

ISSN 2447-2336

REVISTA **DireitoUFMS**
Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito V5 N2

Direitos Humanos e Fundamentais



Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2019 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





REITOR

Marcelo Augusto Santo Turine

VICE-REITORA

Camila Celeste Brandão Ferreira Itavo

PRÓ-REITOR DE ENSINO E GRADUAÇÃO

Ruy Alberto Caetano Filho

PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

Walvo Franco de Almeida Júnior

DIRETORA DA FACULDADE DE DIREITO

Ynes da Silva Félix

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Lívia Gaigher Bóbio Campello

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Andrea Flores

CONSELHO CIENTÍFICO

Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas - UNAMA, Brasil

Helena Taveira Torres

Universidade de São Paulo - USP, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Brasil

Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid - UCM, Espanha

Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa - UNL, Portugal

Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Brasil

Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Brasil

Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Luiz Otávio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Brasil

Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca - USAL, Espanha

Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo - USP, Brasil

Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca - USAL, Espanha

Vladimir Oliveira da Silveira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

REVISTA Direito UFMS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

Prof.ª Dr.ª Lívia Gaigher Bóbio Campello

Faculdade de Direito - Fadir/UFMS

Prof.ª Dr.ª Luciana Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito - Fadir/UFMS

ASSISTENTE EDITORIAL

Rafaela de Deus Lima

Mestranda - PPGD/UFMS

Bolsista CAPES

Endereço para correspondência

REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito - FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -
Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Coordenadoria de Biblioteca Central - UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. -
Edição especial - Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015. -
v. ; 25 cm.

Semestral
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos fundamentais – Periódicos. 4. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085

CDD (22) 342.085

CDD (22) 340.05

CDDir (4) 341.27

SUMÁRIO

EDITORIAL <i>Lívia Gaigher Bósio Campello</i> <i>Luciani Coimbra de Carvalho</i>	5
LOS CIMENTOS DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y FUNCIONAL Pedro Garrido Rodríguez	7
TOWARDS AN AUTOPSY OF THE INTERPRETATION OF EUROPEAN UNION LAW THROUGH THE CJEU Dimitris Liakopoulos	26
ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM NA ERA DIGITAL Fernando Gustavo Knoerr Gustavo Henrique Fernandes Sganzerla Leonardo Luís da Silva	59
IMPACT OF GLOBALIZATION ON BRAZIL'S NATURAL ENVIRONMENT Antonio Conceição Paranhos Filho Daniela de Sousa Franco Coimbra Vladmir Oliveira da Silveira	81
ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO E OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL Lidiania Costa de Sousa Trovão Rogerio Mollica	96
“SEM” ESTADO E “COM” ESTADO: APROXIMAÇÕES BIOPOLÍTICAS DA (IN)APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS AOS APÁTRIDAS NA EUROPA DO SÉCULO XX E AOS CRIMINALIZADOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO André Giovane de Castro Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth	119

ESTUDO COMPARADO SOBRE A INCAPACIDADE TRANSITÓRIA DE EXPRESSÃO DA VONTADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E ALEMÃO	144
Bruno Maia	
Eliana Franco Neme	
CAPITALISMO E DEMOCRACIA: DA CRISE ECONÔMICA DE 2008 À CRISE DE LEGITIMAÇÃO POLÍTICA	166
Felipe Chiarello de Souza Pinto	
Giovanna Nony Failache da Silva	
Orlando Villas Bôas Filho	
A SUSTENTABILIDADE DOS PROJETOS DE ASSENTAMENTO DE REFORMA AGRÁRIA	187
Eduardo Henrique Magiano Perdigão Lima Cardoso Ferro	
O DIREITO DE ACESSO A TRIBUNAL, À MEDIAÇÃO E À ARBITRAGEM NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	207
Adriane Garcel	
José Laurindo de Souza Netto	
Miguel Kfouri Neto	
BIPOLÍTICA E BIOPoder COMO FORMA DE INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA E DE CONTROLE SOCIAL: A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO INIBITÓRIA DA MANIPULAÇÃO SOCIAL	226
Elaine Cristina Sotelo Fachini	
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer	
MULTICULTURALISMO, COMUNIDADE ÉTICA E TRANSNACIONALIDADE	247
Josemar Sidínei Soares	
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E ATUALIDADES	270
Bruno Ricardo Cogan	
Marco Antonio Marques da Silva	
A CRIMINALIZAÇÃO DA LGTFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL	294
Christiano Jorge Santos	
LINHA EDITORIAL	318

EDITORIAL

Neste volume, a *Revista Direito UFMS* traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Além disso, conta com a brilhante contribuição dos professores convidados, Pedro Garrido Rodríguez, Dimitris Liakopoulos, Fernando Knoerr, Leonardo Luís da Silva e Gustavo Henrique Fernandes Sganzerla.

Destaca-se também nesta edição a abertura conferida a artigos redigidos em língua estrangeira, a exemplo das contribuições dos professores Vladmir Oliveira da Silveira, Antônio Conceição Paranhos Filho e da acadêmica Daniela de Sousa Franco Coimbra.

Cumpre-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos *Direitos Humanos e Fundamentais*; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a Revista Direito UFMS possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto a CAPES/ MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis Periódicos*.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema Double Blind Peer Review, em que a avaliação é feita por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos são registrados no sistema Digital Object Identifier – DOI. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oajinet, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que reiteramos que a Revista Direito UFMS, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo Qualis B2. Esta certificação é uma evidente indicação do amadurecimento, melhoria e excelência alcançados pelo periódico.

Nós, editoras da Revista Direito UFMS, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos e resenhas, em particular, a assistente editorial que gentilmente contribuiu para a realização deste volume, Rafaela de Deus Lima, aluna regular do PPGD/UFMS e bolsista CAPES.

Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, verão de 2019.

Lívia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho
Coordenação editorial da Revista Direito UFMS

LOS CIMENTOS DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y FUNCIONAL

THE FOUNDATIONS OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM: DESCRIPTIVE AND FUNCTIONAL ANALYSIS

Pedro Garrido Rodríguez

Doctor por la Universidad de Salamanca. Docente de los Programas de Posdoctorado de Derechos Humanos DHPCBE y GDHDS de la Universidad de Salamanca; EIPPPD y EIPPS de la Universidad Portucalense, Oporto. Visiting Professor del Programa de Mestrado Direito, Governança e Políticas Públicas de la Universidad UNIFACS (Bahía, Brasil). Visiting Professor de la Universidad Portucalense Infante Dom Henrique (Oporto, Portugal). Profesor del Curso Superior Universitario de Mediación Familiar, Civil y Mercantil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (Zamora, España). Miembro investigador del Instituto Jurídico Portucalense, (UPT, Oporto) y del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos (USAL). Autor del libro: Garrido Rodríguez, Pedro (2014): Inmigración y diversidad cultural en España.

Autor convidado

Resumen: En la presente investigación, se pretende hacer un análisis descriptivo y funcional del discurso normativo internacional de derechos humanos, tomando como objeto de análisis la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Se hace uso para ello de la metodología del análisis normativo descriptivo con el objeto de clarificar el contenido de dichos textos y el análisis normativo funcional, buscando la finalidad última de los mismos. Se asienta también esta investigación en la metodología del análisis de discurso, tratando en cada caso de identificar el emisor o emisores, su contexto, las pretensiones y las estrategias discursivas, sus referentes y lo que desea, espera o teme el emisor de aquellos a los que apela y con los que inevitablemente interactúa.

Palabras clave: Derechos Humanos, Pactos Internacionales de Derechos Humanos, derechos y libertades, sociedad internacional, orden mundial.

Abstract: *This investigation pretends make a descriptive and functional analysis of the international legislative discourse of Human Rights. The object of analysis is the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenants of Human Rights. The methodology used is descriptive analysis of legislation, to clarify the content of this texts and functional normative analysis, to find their objectives. This investigation is also based on the methodology of discourse analysis, pretending to*

identify the issuer or issuers, the context, the claims and discursive strategies, their referents and what the issuer desires or fears those which appeals and with which it inevitably interacts.

Keywords: *Human Rights, International Covenants of Human Rights, rights and freedoms, International Society, global order.*

SUMARIO: Introducción. 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948). 2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966). 3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966). Referencias.

INTRODUCCIÓN

Después de la II Guerra Mundial la Sociedad Internacional decidió recurrir a los Derechos Humanos para construir la paz¹. Éste era, como es sabido, el contexto en que nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1948). La Guerra había dejado Europa devastada y el establecimiento de un sistema de arbitraje que garantizase una paz mundial duradera tras el fracaso de la Sociedad de Naciones² era objetivo prioritario entre los grandes líderes. Por entonces, las migraciones se

¹ La Carta de la ONU fue adoptada el 24 de mayo de 1945 en San Francisco. Como el Pacto de la Sociedad de Naciones, la Carta se apoya sobre una alianza militar entre los Estados miembros que debe garantizar la seguridad colectiva. Así, el Consejo de Seguridad puede *constatar la existencia de una amenaza contra la paz* (en virtud del artículo 39); *tomar medidas y decidir sanciones económicas* (artículo 41) o *una acción militar* (artículo 42). Asimismo, el secretario general tiene competencia para *llamar la atención del Consejo hacia cualquier asunto que, a su juicio, pudiera poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional* (artículo 99). Son muchos los estudios sobre la ONU. Para una información exhaustiva acerca de su estructura, su funcionamiento, sus recursos y su eficacia en el mantenimiento de la paz y seguridad mundial, véanse, entre otros: Cardona Llorens, Jorge (Ed.) (2008): *La ONU y el mantenimiento de la paz en el siglo XXI: entre la adaptación y la reforma de la Carta*. Tirant lo Blanch. Valencia; Menéndez, Ana Luz (2007): *Vulnerabilidad e irrelevancia: el papel de las Naciones Unidas en el siglo XXI*. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid; G. Weiss, Thomas y Daws, Sam (2007): *The Oxford handbook on the United Nations*. Oxford University Press. Oxford; Chemani, Regis y Pellet, Alain (2007): *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?* Pedone. Paris; Cot, Jean Pierre y Pellet, Alain (2005): *La Charte des Nations Unies: commentaire, article par article*. Economica, cop. Paris; Ochoa Ruiz, Natalia (2004): *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*. Cáritas. Madrid; Salado Osuna, Ana (2004): *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*. Universidad de Sevilla. Sevilla; Vacas Fernández, Félix (2002): *La responsabilidad internacional de Naciones Unidas: fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*. Dykinson. Madrid; Yves, Léonard (1993): *L'ONU à l'épreuve*. Hatier. París; Roberts, Adam y Kingsbury, Benedict (Eds.) (1993): *United Nations, Divides World*. Clarendon Press. Oxford; Abi-Saab, George (1980): *Le Concept d'organisation internationale*. UNESCO. París.

² Las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y la Sociedad de Naciones de 1919, así como su papel como antecedentes de la ONU han sido estudiados en: Bertrand, Maurice (1994): *L'ONU. La Découverte*. París; Gerbet, P., Ghebaly, V. y Mouton, M. R. (1973): *Société des Nations/Organisation des Nations Unies*. Ed. Richelieu. París; Ghebaly, V. (1973): *Repertoire des documents de la SDN 1919-1941*. Dobbs Ferry Oceana; Walters, Francis Paul (1952): *History of the League of Nations*. Oxford University Press. Oxford.

caracterizaban por los desplazamientos forzados acontecidos en el transcurso de la II Guerra Mundial y a su término. Estos desplazamientos tuvieron su mayor incidencia en Europa, donde fueron desplazados unos 46 millones de personas entre 1945 y 1967; y en Asia, cuya invasión japonesa en China causó entre 1937 y 1946 el desplazamiento de alrededor de 42 millones de personas (DOLLOT LOUIS, 1971)³. En el ámbito de las migraciones, la DUDH establece un marco de referencia del que dependían los derechos humanos de millones de personas que en ese momento estaban siendo vulnerados.

1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH, 1948)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Durante el periodo 1946-1948, es decir, los años en los que se elabora la DUDH, las Naciones Unidas se definían por una enorme diversidad política e ideológica. Los 58 países que la componían se clasificaban principalmente en tres bloques: occidentales, soviéticos y países del Tercer Mundo, que en su mayoría seguían la pauta de los occidentales. El propio nombramiento del primer Secretario General de la Organización, el noruego Trygve Lie, que ostentó el puesto desde el 2 de febrero de 1946 hasta el año 1953, no estuvo exento de discrepancias, ya que Noruega se consideraba un país filoamericano y el bloque soviético no era favorable a que un representante afín a los occidentales liderase la organización. Las principales discrepancias no eran entre oriente y occidente o entre los países ricos y los países pobres, como sucede en la actualidad, sino que éstas se produjeron, como afirma Cassese (1993)⁵, entre el bloque occidental y el bloque socialista. Los grupos de poder eran esencialmente cuatro. En primer lugar, los países occidentales, con el mayor poder de influencia, encabezados por Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña. Junto a ellos, los países Latinoamericanos, que apoyaron desde el principio la causa y secundaron las tesis de los países occidentales, yendo incluso por delante de éstos en algunos de sus planteamientos. En tercer lugar, contraviniendo e incluso oponiéndose a las ideas del bloque occidental,

³ En este sentido, se ofrece también un estudio exhaustivo de las migraciones y su impacto en los ámbitos laboral, asistencial, demográfico, económico y social en el contexto inmediatamente posterior a la II Guerra Mundial en: Oficina Internacional del Trabajo (1959): *Las migraciones internacionales: 1945-1957*. OIT. Ginebra.

⁴ Acerca de la Declaración Universal, véase, entre otros: LAGEOT, Céline (Dir.); SAWYER, Caroline; GORNING, Gilbert, Despeux; GILLES, Dionnet; PERRE, Jean; MARTÍNEZ QUINTEIRO, M^a. Esther (Coords.). *Diccionario Plurilingüe de los Derechos y Libertades del Espíritu. Estudio de Derecho Europeo Comparado*. Bélgica Bruylant, 2008.

⁵ Cassese (1993) elabora un profundo análisis del desarrollo del discurso de los Derechos Humanos a lo largo del S. XX y de su situación internacional en la actualidad.

los países de la Europa socialista. Por último, estaban los países asiáticos, entre los que la mayor influencia la ejercieron los musulmanes, liderados por Arabia Saudita y Pakistán. No se alinearon ni con los occidentales ni con los socialistas. Su papel principal fue el de hacer valer las reticencias fundamentadas en su tradición cultural musulmana en los ámbitos de la religión y la vida familiar.

En el primer momento de la elaboración de la Carta Internacional de Derechos Humanos⁶, la Comisión de Derechos Humanos quiso que la protección internacional de los derechos humanos se asentase en tres pilares: la Declaración, un Pacto de Derechos Humanos y un conjunto de medidas para garantizar la vigencia de los derechos que fuesen reconocidos en la Declaración y en el Pacto. A pesar de esta intención inicial, desde el principio fue notable la poca predisposición de los Estados a asumir compromisos normativos específicos y vinculantes. Así las cosas, se optó por crear en primera instancia una Declaración en la que estuviesen presentes los derechos humanos más relevantes y esperar a que estos estuviesen más asentados y a un contexto internacional más favorable para poder desarrollar de manera más precisa su contenido y los mecanismos necesarios para garantizar su protección y el cumplimiento y puesta en práctica de sus preceptos por los Estados partícipes de ella.

En todo momento, hubo posturas divergentes. Por un lado, países como Australia y Gran Bretaña querían establecer un Tratado de cumplimiento obligatorio y vinculante. Por otro lado, estaba la postura de aquellos países que preferían una Declaración en la que las obligaciones para los estados firmantes fuesen más indeterminadas. El proceso de elaboración de la Declaración estuvo marcado por las posturas divergentes en cuanto a distintos temas⁷. La URSS y los países afines al bloque socialista no querían renunciar a la preponderancia del Estado en cuestiones internas ni tampoco llegar a acuerdos de obligado cumplimiento que chocaran con sus presupuestos totalitarios y que pudieran suponerles críticas por parte de los países occidentales en el futuro. Por otra parte, estaban

⁶ La Carta Internacional de Derechos Humanos es el término con el que se hace referencia al conjunto formado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, junto con los dos Protocolos Facultativos del primero. Juntos constituyen el marco fundamental de reconocimiento, garantía y protección de los Derechos Humanos en el ámbito internacional.

⁷ En este sentido, Carrillo Salcedo explica que: El proceso de adopción de la Declaración estuvo plagado de escollos y dificultades ya que en él se enfrentaron diferentes posiciones: así, por mencionar tan sólo tres ejemplos, la concepción iusnaturalista de los derechos humanos, representada en especial por un filósofo como Charles Malik, frente a una visión positivista de los mismos; la concepción marxista frente a la liberal; la fuerte impronta de la cultura occidental frente a la exigencia de universalismo, intrínseca a una Declaración Universal, pero en un mundo en el que todavía no estaba plenamente planteado el problema del relativismo cultural, sino que, por el contrario, el plena Guerra Fría, estaba dominado por el choque ideológico entre el Este y el Oeste (CARRILLO SALCEDO, 1999, p. 49).

especialmente interesados en hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales, esto es, los llamados derechos humanos de segunda generación. Más incluso que en los derechos de primera generación, los derechos civiles y políticos, que veían con un cierto recelo por la intromisión en las competencias del Estado que se podrían derivar de su cumplimiento y control y por el temor a que los países occidentales pudieran utilizarlos como herramienta de presión política⁸. Los representantes de los países occidentales, conforme a su concepción liberal, hicieron más interés en los derechos civiles y políticos, aunque también tomaron en consideración los derechos económicos, sociales y culturales, eso sí, de manera más laxa que los primeros. La principal dificultad con la que se enfrentó la Comisión de Derechos Humanos en la elaboración de la Declaración, que continuará también en la elaboración de los Pactos de Derechos Humanos de 1966, como se analiza más adelante, fue el desacuerdo político e ideológico existente en el seno de la Sociedad Internacional entre el bloque de países aliados occidentales liderados por Estados Unidos por un lado y, por otro, el bloque de países socialistas encabezados por la URSS. Para los países del bloque socialista la Declaración en sí era un asunto secundario. Su mayor motivación en el proceso de negociación de la Declaración era garantizar los derechos económicos, sociales y culturales y lograr que los acuerdos tomados para la salvaguarda de los derechos civiles y políticos no limitasen la soberanía del Estado. Por el contrario, los países del bloque occidental hicieron el mayor hincapié en los derechos civiles y políticos, de conformidad con el paradigma de las libertades propias de las democracias occidentales y se mostraron favorables a la limitación de las competencias internas de los Estados en materia de derechos humanos.

La falta de acuerdo obligó a la Comisión de Derechos Humanos a conformarse con una Declaración y dejar para más adelante la realización de un convenio de derechos humanos que estableciese de manera más concreta y precisa los derechos humanos de obligado cumplimiento y puesta en práctica, cuestión que se lleva a cabo en 1966 con los Pactos de Derechos Humanos. Sin embargo, pese a las controversias existentes a lo largo de todo el proceso de elaboración de la Declaración, sí puede decirse que el resultado final fue un documento de

⁸ La elaboración de la DUDH estuvo fuertemente mediatisada por la toma de posiciones de los diferentes países en los que fueron los primeros años de la guerra fría. La Declaración no escapó a las presiones políticas y a menudo fue empleada como herramienta de presión con fines partidistas. En este sentido, Carrillo Salcedo, si bien sostiene que finalmente se logró con la Declaración un documento de consenso satisfactorio para todas las partes, también afirma que: En aquellos años iniciales de la guerra fría, los derechos humanos fueron utilizados como un arma arrojadiza en la lucha ideológica y política entre bloques enfrentados, incluso durante el proceso de elaboración de la Declaración Universal; de este modo, lo que parecía ser una victoria de la ética sobre la política, terminó siendo un triunfo de la política. En efecto, el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos, se transformó, como toda política, en algo subjetivo y selectivo (CARRILLO SALCEDO, 1999, p. 51).

consenso en el que todas las partes se vieron representadas⁹. En este sentido, Cassese reflexiona acerca de lo ganado y lo perdido por los países que protagonizaron las negociaciones y señala que, aunque a primera vista podría parecer que la Declaración supuso una clara victoria para Occidente, que consiguió manifestar en ella los valores más fundamentales de su tradición democrática, convirtiéndolos así en referencia mundial, sin embargo, también los socialistas consiguieron recoger en ella elementos importantes de su ideología. Pese a que en un primer momento los socialistas desconfiaban de los derechos humanos y los consideraban una herramienta política y propagandística de Occidente, cuando constataron que se le daba cabida y peso específico a los derechos económicos y sociales dentro de la Declaración, comenzaron a implicarse progresivamente en ésta y a concebirla cada vez menos como un instrumento y cada vez más como una referencia ideal a proteger y potenciar.

Al mismo tiempo, también la Declaración tuvo un enorme efecto positivo en los países del Tercer Mundo, especialmente en las décadas siguientes. En los años cincuenta y sesenta, en los que los países coloniales comenzaron a conseguir su independencia, la DUDH fue vista como modelo a seguir en la constitución de un orden estatal compatible con los presupuestos fundamentales de la dignidad humana. Muestra de ello es el hecho de que numerosos países en vías de desarrollo la han incluido en sus ordenamientos nacionales, haciendo así de ella un texto legislativo vinculante de obligado cumplimiento en su ámbito estatal.

A la luz de los acontecimientos, puede decirse que finalmente la Declaración cumplió con el objetivo de servir de referencia universal para el reconocimiento de los valores intrínsecos de la dignidad humana¹⁰ y que la Comisión de Derechos Humanos logró concretar un documento de consenso en el que respondió a las expectativas de todas las partes¹¹.

⁹ Sobre las implicaciones políticas de la Declaración, los intereses que cada bloque trató de hacer valer en ella y lo que finalmente hubo de unos y otros en el texto final, es digna de destacar la valoración de Cassese: Fue una victoria de los occidentales, pero también de los demás países; sobre todo, fue una victoria –no total, ciertamente– de la humanidad entera (CASSESE, 1993, p. 53).

¹⁰ Resulta muy destacable el valor de la Declaración como referencia del compromiso adoptado por la Comunidad Internacional, así como su capacidad de movilización en defensa de la dignidad humana en todo el mundo. En relación con ello, el reconocido historiador Paul Kennedy (2007), realiza el siguiente balance: Si tomamos todos los artículos y derechos proclamados en conjunto, se trata con diferencia de la apuesta más importante que se haya hecho jamás, ni antes ni desde entonces, a favor de la prescripción internacional de los derechos y la dignidad humanas. Fue calificada de inmediato como la «Carta Magna» de la humanidad y traducida a casi todos los idiomas. Era lo bastante breve como para poder ser impresa en un único cartel y fue colgada en las escuelas y bibliotecas de todo el planeta. Su publicación y su aprobación en la Asamblea General fueron aclamadas con júbilo, y su aguerrida presidenta, Eleanor Roosevelt, se convirtió en la heroína de la década. Además, es sin duda una de las declaraciones políticas más importantes de la historia del mundo.

¹¹ En este sentido, Cassese realiza una valoración muy ilustrativa de lo que supuso el texto final

En este contexto mundial, se elabora la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su contenido puede clasificarse, como hace Carrillo Salcedo (1999), en cinco categorías de derechos¹²: 1. En primer lugar, los derechos implícitos en la persona (artículos 3, 4, 5, 6, y 7); 2. Los derechos que salvaguardan la seguridad del individuo (artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 14); 3. Los derechos referidos a la vida política de las personas (artículos 18, 19, 20 y 21); 4. Los derechos económicos y sociales (artículos 17, 22, 23, 24, 25, 26 y 27), 5) y, por último, 5. Los derechos vinculados a la vida jurídica y social de las personas (artículos 13, 15 y 26).

La DUDH se establece sobre la base de la universalidad de los derechos que recoge. Según la Declaración, éstos han de ser poseídos por todos los seres humanos por la dignidad que les confiere el mero hecho de serlo, sin ningún tipo de distinción. Ello aparece recogido en el artículo 2:

Artículo 2:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Es preciso enfatizar que el reconocimiento de los derechos y libertades de la DUDH se hace a toda persona al margen de consideraciones como el origen nacional o –se entiende- la situación jurídica en que se pueda estar.

de la Declaración: La Declaración, pese a todos sus puntos débiles, ha tenido, por tanto, la fuerza de arrastre de los grandes textos políticos o religiosos. Ha erosionado, poco a poco, las diversas resistencias de los Estados que inicialmente no la reconocían y los ha implicado en el aspecto étnico-político. Vale decir que, si bien al principio la aprobación de la Declaración significó sobre todo una victoria de Occidente, a la larga toda la comunidad mundial ha resultado vencedora porque se ha dado a sí mismas un «código de conducta» válido para todos (CASSESE, 1993, p. 54).

¹² Otros autores han trazado diversas clasificaciones de los derechos recogidos en la Declaración. El profesor René Cassin, uno de los ilustres redactores del texto, destaca la importancia de los principios de libertad, igualdad, no discriminación y fraternidad, que se proclaman en los artículos 1 y 2 y explica que la Declaración se asienta sobre cuatro columnas de igual importancia: 1) en primer lugar, los derechos y libertades de carácter personal (artículos 3-11); 2) los derechos del individuo en sus relaciones con los demás (artículos 12-17); 3) los derechos y libertades políticos fundamentales (18-21), y 4) los derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22-27). Sobre ello, véase: CASSIN, René. *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'Homme. RCADI*, La Haya, v. 79, p. 239-367, 1951.

2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP, 1966)

A partir de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas trabajó con el propósito de dotar a los derechos y libertades enunciados en ella una verdadera fuerza vinculante dentro del marco de los Estados. Con ello, se buscaba lograr una protección internacional de los derechos humanos más precisa y efectiva. La Carta de San Francisco constituía la obligación de respetar los derechos humanos, pero en ella estos no aparecían enumerados, sino que se formulaban de manera abstracta. La Declaración Universal cumplía el objetivo de definir y enumerar estos derechos, pero seguía teniendo la debilidad de carecer de fuerza vinculante. De esta forma, la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derechos Humanos la tarea de elaborar un instrumento normativo vinculante en materia de derechos humanos. Una herramienta que conllevara obligaciones para los Estados participantes de ella y que no se quedase únicamente en recomendaciones. Este Convenio internacional debería así establecer con total claridad y precisión los derechos y libertades a salvaguardar y también los mecanismos de control que garantizasen su puesta en práctica.

En este contexto, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) que construyera un proyecto de Pacto Internacional de Derechos Humanos. La Comisión de Derechos Humanos no tuvo nada fácil la tarea de buscar acuerdos. La principal dificultad, fue la enorme heterogeneidad de sistemas políticos de gobierno y la disparidad de planteamientos sobre el orden mundial que se daban cita en el seno de la ONU. A ello, hay que añadir el clima de tensión política que se vivía durante estos años, que fueron precisamente aquellos en los que la Guerra Fría se encontraba en su momento más álgido y las posturas entre los países occidentales y socialistas estaban más alejadas.

De este modo, la Comisión de Derechos Humanos tenía ante sí el difícil objetivo de conciliar la posición de los países del bloque occidental con la de los países del bloque socialista e integrar también las aspiraciones de los países del Tercer Mundo que se estaban descolonizando y reclamaban cotas más altas de independencia, especialmente en el terreno económico.

Los países occidentales, caracterizados en su mayoría por una cultura judeo-cristiana y una tradición liberal, hacían hincapié en un Convenio en el que los derechos civiles y políticos, relacionados con las libertades individuales, tuviesen preponderancia, quedando así los derechos sociales y económicos, esto es, los derechos colectivos, en un segundo plano. Por el contrario, los países socialistas

no eran muy proclives al reconocimiento de algunos derechos civiles y políticos de naturaleza individual, mientras que eran más partidarios de los derechos de naturaleza colectiva, sociales y económicos, para los cuales pretendían un mayor peso dentro del Convenio.

En el trasfondo de las negociaciones se encontraba, como indica Durán Laguna (1993), una concepción dispar de la libertad. Para los países socialistas, inspirados en el concepto marxista, las libertades que parten de un fundamento colectivo, social y económico se sitúan en un nivel superior de importancia. Según este concepto, solamente se puede hablar con propiedad de libertades si partimos previamente de una distribución más equitativa de la riqueza y de los medios de producción. De este modo, es necesario disponer de un cierto nivel de recursos para que el trabajador pueda verdaderamente hacer uso y, por tanto, beneficiarse, de las libertades civiles y políticas, ya que sin esos mínimos exigibles en sus condiciones de vida, no podrían en realidad beneficiarse de ellas.

Por otra parte, para los países occidentales, según su concepción liberal, la libertad consiste más bien en el disfrute de las denominadas libertades formales, de naturaleza personal y política, que están relacionadas más bien con el individuo en sí que con la colectividad.

Tras estas negociaciones, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a ambos se les conoce también con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York¹³. Ambos desarrollan las ideas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y establecen así para los Estados firmantes las obligaciones que el contexto sociopolítico del momento aconsejó no incluir en el texto de la Declaración Universal por el riesgo de que ésta fuese rechazada. De este modo, cuando la Declaración, estuvo ya más consolidada y el contexto sociopolítico permitió continuar desarrollando sus principios, la Comisión de Derechos Humanos logró concretar unos Pactos de consenso que vinculan claramente a los Estados con el discurso de los Derechos Humanos.

El PIDCP fue adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966¹⁴.

¹³ Sobre los Pactos de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York, véase, entre otros: LAGEOT, Céline (Dir.); SAWYER, Caroline; GORNING, Gilbert; DESPEUX, Gilles; DIONNET, Jean-Pierre; MARTÍNEZ QUINTEIRO, M^a. Esther (Coords.). *Diccionario Plurilingüe de los Derechos y Libertades del Espíritu*. Estudio de Derecho Europeo Comparado. Bélgica: Bruylant, 2008.

¹⁴ Para una información exhaustiva sobre el Pacto de Derecho Civiles y Políticos, véase: NOWAK, M. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. En: GÓMEZ ISA, F. (Dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004. pp

Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a su artículo 49¹⁵. España lo firmó el 28 de septiembre de 1976 y lo ratificó el 27 de abril de 1977. Asimismo, se adhirió al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 el 25 de enero de 1985. Con respecto al Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, de 1986, lo firmó el 23 de febrero de 1990 y lo ratificó el 11 de abril de 1991.

Coherenteamente con la universalidad de los Derechos Humanos, reconocida ya en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto recalca en su artículo 2 el compromiso de todos los Estados Partes de garantizar los derechos que se establecen sin ningún tipo de distinción a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén bajo su jurisdicción¹⁶. Más en concreto, la primera disposición del artículo 2 del Pacto dice así:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1966a).

También el derecho a la libre circulación en el territorio de un Estado es reconocido en el artículo 12 para toda persona que se encuentra legalmente en él. Es importante la puntualización “legalmente” ya que supone una distinción en función de la situación jurídica del individuo, aparte de que es competencia

185-213; RUILOBA ALVARIÑO, J. *Los pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966*. En: Fdez de Casadevantes (Coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Dilex. Madrid, 2003, pp. 11-164; MC GOLDRICK, D. *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Oxford: Clarendon Press, 199; HENKIN, L. (Ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*. Nueva York: Columbia University Press, 1981; Se ofrece también un amplio comentario de cada artículo y de las disposiciones más importantes del PIDCP y sus Protocolos Facultativos en: NOWAK, M. *UN Conveant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl: Engel Publishers, 1993.

¹⁵ Hay 149 Estados Partes, entre los que se encuentra España. Además, 8 Estados son firmantes.

¹⁶ Para Nowak (2004): “La obligación de respetar que establece el artículo 2.1 del PIDCP indica el carácter negativo de los derechos civiles y políticos. Esto significa que los Estados Partes deben abstenerse de restringir el ejercicio de estos derechos en aquellas cuestiones para las que expresamente no tienen autorización (...) La obligación de garantizar del artículo 2.1 del PIDCP indica el carácter positivo de los derechos civiles y políticos. Esto significa que, como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes deben realizar avances positivos para dar efecto a los derechos del Pacto y permitir a las personas disfrutar de sus derechos”.

de cada Estado establecer de manera autónoma qué considera situación jurídica legal y qué no. Una vez más, como ya se estableció en el artículo 13 de la Declaración Universal de 1948 y en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el discurso internacional da prioridad a la competencia de los Estados en materia de inmigración y de distinción entre nacionales y no nacionales, frente a la libertad personal del individuo a migrar sin restricciones. Esta libertad del individuo queda más limitada por la tercera disposición del artículo, en la que se reconoce al Estado la potestad de restringir los derechos anteriormente mencionados en circunstancias excepcionales:

Artículo 12:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1966a).

Esta prioridad de la potestad del Estado¹⁷ frente a la libertad individual se manifiesta también en el artículo 13, que le reconoce a aquél la posibilidad de expulsar a un extranjero en situación legal, siempre y cuando, eso sí, se haga conforme a la ley y permitiéndole exponer sus razones en contra de la expulsión:

Artículo 13:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones

¹⁷ Según el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos todos los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar a todas las personas que estén bajo su jurisdicción el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, sin ninguna clase de discriminación. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su correspondiente artículo 2.1 sólo establece para los Estados Partes la obligación de dar pasos, de manera individual y gracias a la cooperación internacional, los máximos recursos de que disponga, con objeto de lograr de manera progresiva el cumplimiento verdadero de los derechos económicos, sociales y culturales que se reconocen en el Pacto (NOWAK, 2004).

imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1966a).

Por otro lado, el artículo 24, sin referirse directamente a las migraciones, afecta indirectamente a los niños que puedan encontrarse en ese contexto, reconociendo el derecho que tiene todo niño a recibir por parte de su familia, la sociedad y el Estado las medidas de protección propias de su condición sin discriminación de ningún tipo, entre las cuales se incluye la del origen nacional o social. En esta misma línea de protección especial a los niños, como ya se había recogido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, se le reconoce al niño el derecho a ser inscrito tras su nacimiento y a la adquisición de un nombre y una nacionalidad.

Artículo 24:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1966a).

Hay otros dos artículos, el 26 y el 27, que aunque no hacen referencia explícita a personas migrantes, afectan o pueden afectar a éstas indirectamente. En el artículo 26 se establece el derecho a la igualdad ante la ley de todas las personas sin discriminación de ninguna clase, entre las cuales se incluye la motivada por el origen nacional. En el artículo 27 se reconoce el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a pertenecer a ellas y a elegir su opción cultural, religiosa y lingüística.

Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, ori-

gen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 27: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1966a).

3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC, 1966)

A partir del primer momento en que la Comisión de Derechos Humanos comenzó a trabajar en la integración de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸ en el proyecto de convención internacional, hubo dos posturas enfrentadas. Por un lado, los países capitalistas pretendían hacer dos Pactos, uno para cada categoría de derechos. Esto es, uno de derechos civiles y políticos y otro de derechos económicos, sociales y culturales, de tal modo que ambos quedasen bien diferenciados. Por otro lado, los países del bloque socialista y del Tercer Mundo pretendían que se elaborase un solo Pacto que integrara ambas categorías de derechos y los mecanismos para su protección. Dada la falta de acuerdo, la Comisión decidió consultar a la Asamblea General¹⁹ si recomendaba hacer uno o dos Pactos. Como en la Asamblea General había mayoría de países del bloque socialista y del Tercer Mundo, ésta recomendó integrar las dos categorías de derechos en un solo Pacto. Sin embargo, los países capitalistas no aceptaron la recomendación de la Asamblea General, amenazando incluso con abandonar el Pacto. Así pues, influenciada por estas presiones, la Asamblea General emitió la resolución 543 (VI) de 1953 a favor de la elaboración de dos Pactos. La redacción de éstos terminó en 1954, pero no fue hasta 1966 que se aprobaron de manera conjunta por la Asamblea General, lo que da muestra del largo e intenso proceso de discusión y aprobación.

¹⁸ Para una mayor información acerca de la historia de los derechos económicos, sociales y culturales desde sus primeras manifestaciones, véase: DENIS, H. *Historia del Pensamiento Económico*. Barcelona: Ariel, 1970 p. 287-315; CAMACHO, I. *La Doctrina Social de la Iglesia*. Madrid: Paulinas, 1991, p. 50-55; DE CASTRO CID, B. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. León: Universidad de León, 1993; AMUCHÁSTEGUI, J. C. *Louis Blanc y los orígenes del Socialismo Democrático*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1989

¹⁹ En relación con la evolución de fuerzas políticas e ideológicas en el marco de la Asamblea General de la ONU desde 1945 (CASSESE, 1996).

De todos modos, a pesar de los esfuerzos de los países capitalistas por disociar las dos categorías de derechos, el preámbulo común a ambos Pactos retoma la interdependencia que poseen todos los Derechos Humanos. En este sentido, subraya que:

con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (MILÁ MORENO, 2004, p. 185-213)²⁰.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (MILÁ MORENO, 2004). Con entrada en vigor el 3 de enero de 1976, conforme al artículo 27²¹. Al igual que con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, España lo firmó el 28 de septiembre de 1976 y lo ratificó el 27 de abril de 1977. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008 fue firmado por España el 24 de septiembre de 2009 y ratificado el 23 de septiembre de 2010.

Al igual que ocurrió con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estuvo fuertemente influenciada por las tensiones de la Guerra Fría. A partir de 1955, el proceso de descolonización hizo que un importante número de países se fueran incorporando a la ONU. Estos países se marcaron la meta de lograr un desarrollo económico y social suficiente para lograr una cierta autonomía con respecto a los países industrializados y salir de la situación de dependencia, pobreza y subdesarrollo en que estaban.

El PIDESC supuso un avance muy significativo ya que los Estados ratificantes se comprometieron en él a someterse a una serie de normas universales y vinculantes bajo el control de un sistema de supervisión internacional que estuviera por encima de la soberanía estatal. Sin embargo, aunque estos derechos existan y hayan sido ratificados en el Pacto, para una puesta en práctica efectiva de los mismos, el contexto actual plantea nuevas dificultades como la progre-

²⁰ Por su parte, Philip Aston (1996, p. 190) afirma que la afirmación “fue aceptada parcialmente como compromiso político necesario entre las dos visiones opuestas. Pero, además, refleja el hecho de que estas dos categorías de derechos no pueden ni lógica ni prácticamente ser separadas en compartimentos estancos”.

²¹ Tiene 146 Estados Partes, España entre ellos (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977). Además, hay 7 Estados firmantes.

sividad²² de su fomento práctico, el condicionamiento económico y la garantía jurídico-económica de su realización (MILÁ MORENO, 2004).

En primer lugar, es preciso resaltar que el PIDESC, al igual que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, subraya desde el principio la universalidad de los derechos que enuncia, como queda recogido en el artículo 2.2:

Art. 2.2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1966b).

Sin embargo, dado el contexto mundial en el que los países menos desarrollados no estaban en condiciones de poder garantizar la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto, el artículo 2.3. deja un cierto margen a los países en vías de desarrollo para que determinen, en función de sus posibilidades reales, en qué medida podrán garantizar los derechos económicos que se enuncian:

Art. 2.3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1966b).

Dentro de este marco de universalidad de los derechos, se enuncian los derechos económicos, sociales y culturales que deben ser garantizados por todos los Estados, los cuales se someten de este modo a una serie de obligaciones mínimas que deben respetar²³. En virtud del citado artículo 2.2., debe entenderse que los migrantes están incluidos en los derechos reconocidos por el PIDESC. Entre

²² Desde la publicación de los Pactos Internacionales, ha existido la opinión generalizada de que hay una diferencia fundamental entre los derechos de primera generación, de obligado cumplimiento, representados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los de segunda generación, representados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sólo comprometen a los Estados Partes a progresar paulatinamente hacia su realización. Sin embargo, lo cierto es que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también incluye obligaciones, de conducta y de resultado, para los Estados Partes (NOWAK, 2004).

²³ Acosta Estévez (2005) distingue entre la inmediatez de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la progresividad de los derechos que reconoce el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: En definitiva, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos define obligaciones automáticas, correspondiendo al Estado el deber de reconocer y garantizar los derechos proclamados en dicho texto (art. 2.1.); por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales esté concebido como un instrumento progresivo, pues la plena efectividad de los derechos en él definidos vendrá dada por la adopción de medidas económicas, técnicas y legislativas por el Estado (art.2).

estos derechos, son especialmente reseñables: la igualdad del disfrute de derechos entre hombres y mujeres (art. 3); el derecho a condiciones equitativas de trabajo, esto es, “salario igual por trabajo igual” (arts. 6 y 7); el derecho a la sindicación (art. 8); el derecho a la seguridad social (art. 9); el derecho a la protección de la familia, la mujer y los niños (art. 10); el derecho al disfrute de un nivel de vida adecuado (art. 11); el derecho a la salud (art. 12); el derecho a la educación²⁴ (arts. 13 y 14); el derecho a la cultura²⁵ (artículo 15).

Sin embargo, las circunstancias políticas del momento hicieron que el PIDESC sólo dispusiera inicialmente de un mecanismo de supervisión, que es la presentación de informes periódicos por parte de los Estados parte, que luego son analizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, un órgano de naturaleza técnica compuesto por expertos independientes, semejante al Comité de Derechos Humanos que supervisa al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos contaba desde su misma creación con el mecanismo contencioso de resolución de casos concretos por medio de la presentación de quejas interestatales y comunicaciones individuales. Esta diferenciación entre los mecanismos de protección de uno y otro Pacto es discriminatorio para el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y supone una ruptura con el criterio de indivisibilidad e interdependencia entre las dos categorías de derechos que se proclamaba en la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como en el preámbulo común a los dos Pactos. Esta asimetría se mantiene hasta la aprobación en 2008 del Protocolo Facultativo del PIDESC, que recoge los dos mecanismos de control de convencionalidad de los que no disponía en su origen y que, sin embargo, el PIDCP sí: queja de un Estado parte a otro Estado parte de incumplimiento de sus obligaciones recogidas en el Pacto (Art. 10 del Protocolo Facultativo) y denuncia de un individuo que alegue vulneración de alguno de los derechos recogidos en el Pacto (Art. 2 del Protocolo Facultativo) (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 2008)²⁶.

²⁴ Sobre el derecho a la educación, resulta interesante la lectura de: LAGEOT, Céline (Dir.); SAWYER, Caroline; GORNIG, Gilbert; DESPEUX, Gilles; DIONNET, Jean-Pierre; MARTÍNEZ QUINTEIRO, M^a. Esther (Coords.). *Diccionario Plurilingüe de los Derechos y Libertades del Espíritu. Estudio de Derecho Europeo Comparado*. Ed. Bélgica: Bruylant, 2008.

²⁵ Acerca del derecho a la cultura, véase: LAGEOT, Céline (Dir.); SAWYER, Caroline; GORNIG, Gilbert; DESPEUX, Gilles; DIONNET, Jean-Pierre; MARTÍNEZ QUINTEIRO, M^a. Esther (Coords.). *Diccionario Plurilingüe de los Derechos y Libertades del Espíritu. Estudio de Derecho Europeo Comparado*. Ed. Bélgica: Bruylant, 2008.

²⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2008): *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Resolución A/63/117, de 10 de diciembre de 2008.

REFERENCIAS

- ABI-SAAB, G. *Le Concept d'organisation internationale*. París: UNESCO, 1980.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J. La internacionalización de los derechos humanos y los mecanismos de protección de los refugiados. En: CAMPS MIRABET, N. *El derecho internacional ante las migraciones forzadas*. Lleida: Universidad de Lleida, 2005.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III), Paris, 10 dic. 1948.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), de 16 dic. 1966.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Resolución 2200 A (XXI), de 16 dic. 1966b.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Resolución A/63/117, 10 dic. 2008.
- AMUCHÁSTEGUI, J. C. *Louis Blanc y los orígenes del Socialismo Democrático*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1989.
- BERTRAND, M. *L'ONU*. París: La Découverte, 1994.
- CAMACHO, I. *La Doctrina Social de la Iglesia*. Madrid: Paulinas, 1991.
- CAMPS MIRABET, N. *El derecho internacional ante las migraciones forzadas*. Lleida: Universidad de Lleida, 2005.
- CARDONA LLORENS, J. (Ed.). *La ONU y el mantenimiento de la paz en el siglo XXI: entre la adaptación y la reforma de la Carta*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- CASSESE, A. The General Assembly: Historical Perspective 1945-1989. En: STEINER, H.; ALSTON, P. *International Human Rights in Context*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 25-54.
- CASSESE, A. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1993.
- CASSIN, R. La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'Homme. *RCADI*, La Haya, v. 79, p. 239-367, 1951.
- CHEMANI, R.; PELLET, A. *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?* Paris: Pedone, 2007.
- COT, J. P.; PELLET, A. *La Charte des Nations Unies: commentaire, article par article*. Paris: Coop. Económica, 2005.
- DE CASTRO CID, B. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. León: Universidad de León, 1993.
- DENIS, H. *Historia del Pensamiento Económico*. Barcelona: Ariel, 1970.
- DOLLOT, L. *Las migraciones humanas*. Oikos-Tau, 1971.
- DORDRECHT CRAVEN, M. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. En: HANSKI, R.; SUKSI. *An Introduction to the International Protection of Human Rights*. A Textbook. Turku: Abo Akademi University, 1999. p. 101-124.

- DRZEWICKI, K.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Eds.). *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*. Turku: Abo Akademi University, 1994.
- DURÁN LAGUNA, P. (Coord.). *Manual de Derechos Humanos*. Granada: Ed. Comares, 1993.
- EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Eds.). *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*. [S. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, P. *Inmigración y diversidad cultural en España. Su gestión desde la bonanza económica a la crisis*. Madrid: Ed. Fundamentos, 2014.
- GERBET, P.; GHEBALY, V; MOUTON, M. R. *Societé des Nations/Organisation des Nations Unies*. París: Ed. Richelieu, 1973.
- GHEBALY, V. *Repertoire des documents de la SDN 1919-1941*. Dobbs Ferry: Oceana Publications Inc, 1973.
- HENKIN, L. (Ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*. Nueva York: Columbia University Press, 1981.
- KENNEDY, P. *El Parlamento de la Humanidad. La historia de las Naciones Unidas*. Barcelona: Ed. Debate, 2007.
- LAGEOT, C. (Dir.); SAWYER, C. et al. (Coords.). *Diccionario Plurilingüe de los Derechos y Libertades del Espíritu*. Estudio de Derecho Europeo Comparado. Brussel: Ed. Bruylant, 2008.
- MARTÍNEZ QUINTEIRO, M. E. El discurso de los derechos humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la torre de Babel. En: PANDO BALLESTEROS, M. P.; GARRIDO RODRÍGUEZ, P.; MUÑOZ RAMÍREZ, A. (Eds.). *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora Mª. Esther Martínez Quinteiro*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2018. p. 79-106.
- MC GOLDRICK, D. *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- MENÉNDEZ, A. L. *Vulnerabilidad e irrelevancia: el papel de las Naciones Unidas en el siglo XXI*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2007.
- MILÁ MORENO, J. El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. En: GÓMEZ ISA, F. (Dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004. p. 185-213.
- NOWAK, M. *UN Conveant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl: Engel Publishers, 1993.
- NOWAK, M. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En: GÓMEZ ISA, F. (Dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004. p 185-213.
- OCHOA RUIZ, N. *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*. Madrid: Cívitas, 2004.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las migraciones internacionales: 1945-1957*. Ginebra: OIT, 1959.
- PANDO BALLESTEROS, M. P.; MUÑOZ RAMÍREZ, A.; GARRIDO RODRÍGUEZ, P. (Dirs. y Eds.). *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*. Madrid: Editorial Los Libros de la Catarata, 2016.

PANDO BALLESTEROS, M. P.; GARRIDO RODRÍGUEZ, P.; MUÑOZ RAMÍREZ, A. (Eds.). *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU*. Homenaje a la Profesora M^a. Esther Martínez Quinteiro. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2018.

RUILOBA ALVARIÑO, J. Los pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966. En: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTES ROMANI, C. (Coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Dilex, 2003. p. 11-164.

SALADO OSUNA, A. *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2004.

STEINER; ALSTON. *International Human Rights in Context*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

VACAS FERNÁNDEZ, F. *La responsabilidad internacional de Naciones Unidas: fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*. Madrid: Dykinson, 2002.

WALTERS, F. P. *History of the League of Nations*. Oxford: Oxford University Press, 1952.

WEISS, T. G.; DAWS, S. *The Oxford handbook on the United Nations*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

YVES, Léonard. *L'ONU à l'épreuve*. Paris: Hatier, 1993.

TOWARDS AN AUTOPSY OF THE INTERPRETATION OF EUROPEAN UNION LAW THROUGH THE CJEU

RUMO À AUTOPSIA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI DA UNIÃO EUROPEIA ATRAVÉS DO TJEU

Dimitris Liakopoulos

Full Professor of European Union Law at the Fletcher School-Tufts University (MA in international law and MA of Arts in Law and diplomacy). Full Professor of International and European Criminal and Procedural Law at the De Haagse Hogeschool-The Hague. Attorney at Law a New York and Bruxelles. ORCID ID: 0000-0002-1048-6468. The present work is updated until June 2019.

E-mail: prof.d.liakopoulos94@gmail.com.

Autor convidado

Abstract: The purpose of the present work is to focus and analyze the profiles of the interpretation of EU law through the role and the position carried out ab initio until today CJEU, playing its role not only interpretative, expansive but also creative. Interpretation in a community sense includes the development of law and the activity of the Court is fundamentally legal production through the interpretation and development of law. The interpretative strategy developed through CJEU takes into account the *sui generis* character of EU system and its right by adopting interpretative choices functional to the development of integration process as a fundamental objective of the treaty.

Keywords: interpretation of EU law, CJEU, EU law, legal certainty.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar os perfis da interpretação do direito da UE por intermédio do papel e da posição exercida ab initio até hoje pelo TJUE, ao desempenhar não apenas seu papel interpretativo e expansivo, mas, também criativo. A interpretação no sentido comunitário inclui o desenvolvimento do direito, e, a atividade do Tribunal é a produção legal por meio da interpretação e desenvolvimento do direito. A estratégia interpretativa desenvolvida pelo TJUE leva em consideração o caráter *sui generis* do sistema da UE e seu direito, ao adotar escolhas interpretativas e funcionais em prol do desenvolvimento do processo de integração como objetivo fundamental do tratado.

Palavras-chave: interpretação do direito da UE, TJUE, direito da UE, segurança jurídica.

SUMMARY: Introduction. 1. The absence in the treaties establishing provisions relating to interpretation: the role of the Court of Justice of the European Union. 2. EU's law interpretation methods. 3. The reasons for the prevalence of teleologi-

cal interpretation in the first decades of European integration. 4. The importance in EU law of interpretation rules applicable to international treaties. Concluding remarks.

INTRODUCTION

Identification and affirmation of treaties interpretative rules has accelerated especially after the establishment of the European community, today EU when the passage from international law's coexistence to cooperation has led to multiplication of international agreements, making more pressing the problem concerning their legal regulation including that of their interpretation. For interpretation it is necessary to use the natural and ordinary meaning of treaty terms considered in their context according to good faith to and in the light of international law principles. The natural and ordinary meaning of a term can be set aside if it is established that the same must be interpreted differently through subsidiary means of interpretation with a simplifying list of preparatory works, the practice followed, in our thing by means of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the effective application of the treaty and the purpose of the latter. A first interpretative strategy is known as an objective method of interpretation (textual or literal) which gives prevalent emphasis to the text of the treaty, which is deemed to correspond to the will expressed by the contracting parties. In this regard, it is believed that these are bound by the treaty as they have, as a rule and according to the ordinary treaty formation process, participated in its negotiation and have authenticated the text by signing it and have decided to oblige themselves to comply with the ratification (GAGARDINER, 2015; FITZMAURICE, 2017).

Another strategy is known as a subjective (historical) method, which is aimed at seeking the effective will of contracting parties, which could also be different from that expressed in the text of the treaty. The application of this method may allow the differences in the interests of the aforementioned parties to be re-interpreted, as well as between national rules and practices in terms of interpretation. And given that the treaties are by their nature a compromise between distinct positions, the method in question can allow the contractors themselves to take an interpretative part, a part of what they have granted through negotiation, formalized in the text of the treaty.

Another interpretative strategy is known as a functional (teleological) method that enhances the purpose for which the treaty is concluded, interpreting the text in function, precisely of it. This method is inherently neutral since the result it leads to depends on the content of the specific standard to be inter-

preted. When the aims of a treaty are broad and indeterminate, its application is likely to produce an extensive interpretation of it with the consequence of limiting the sovereignty and autonomy of the contractors to a greater extent. The teleological method is not only a glare of one of the other two depending on whether the text or the will of the parties is enhanced, in our case the participating states. It is the manifestation of an interpretative strategy that, more than the others, shifts attention from the legislator to the interpreter who has the task of seeking the rational end pursued by the norm. It is a dynamic method, since it can adapt the treaty to the changed context of the international community, a rectius of the participating states speaking for the Union treaties. This is a more creative method.

Such strategies are susceptible to a more or less "pure" application and the methods attributable to them can also be ordered differently. This depends as mentioned by the approach that characterizes the interpreter as well as the type of treaty and the context considered from time to time. The positive conception favors objective interpretation because otherwise through the teleological interpretation the interpreter could transform the norm while remaining firm that the subdivision of the interpretation of treaties into the various strategies indicated seems more convincing and corresponding to the Union practice.

1. THE ABSENCE IN THE TREATIES ESTABLISHING PROVISIONS RELATING TO INTERPRETATION: THE ROLE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

In EU legal order there are no written rules that determine how it should be interpreted. CJEU¹ has made up for this lack that unites both primacy law including the Charter of the Fundamental Rights of the European Union (CFREU) and derivative law, which in its jurisprudence has identified and applied some methods of interpretation of EU law (POIARES MADURO, 2007; RITLING, 2016), qualified as unwritten general principles of EU law.

CJEU has recognized these methods of interpretation taking into account those used by the judicial organs of member states in order to interpret the respective internal legal systems (KUTSCHER, 1976; MERTENS DE WILMARS, 1985; VAN RAEPENBURSCH, 2016), as well as the interpretative methods applicable to international treaties. However, faced with the need to interpret the rules

¹ "(...) the sacred task, indeed the core function, of the judge in both the EU and the United States is the interpretation of law" (LENAERTS, 2007). See also: «Le juge n'existe qu'e fonction de son indépendance et cette indépendance concerne en premier lieu la définition des sources du droit et le méthode d'interprétation (...)» (PESCATORE, 1994).

of an unusual and peculiar legal system such as EU, which does not include only a set of reciprocal rules created by treaties connected to each other, CJEU has developed its own interpretative strategy and its own system of juridical argumentation (BEHR, 1958-1959; KOOPMANS, 1991; EVERLING, 1994; FENNELL, 1997; SCHIEMANN, 2005; FAHEN, 2016), affirming its role not only as a judge of the rights and obligations of member states but also of individuals. In this perspective CJEU has also played its creative role. Interpretation in the community sense includes the development of law and “the activity of the Court is fundamentally legal production through the interpretation and development of the law”². This is not unusual for courts and in the present case is the current art. 19, par. 1 TEU to assign exclusively to CJEU the task (LENAERTS; GUTIÉRREZ-FONS, 2013) of ensuring compliance with the law “in the interpretation” of treaties³, while art. 267 TFEU commissioned to interpret the entire legal system of EU law through the mechanism of preliminary reference.

In some celebrated judgments it has stated that EU is “a new legal order in the field of international law” (CJEU, 1963)⁴ (note that the final sentence referring to international law is eliminated in subsequent rulings that take up this statement) (CJEU, 1968)⁵, that the treaty is the “constitutional charter” of a law

² “(...) il est indéniable que devant les tergiversations du monde politique, elle (la Corte) a ainsi réussi à faire prévaloir sa conception de la construction européenne (...)” (SCHOCKWEILER, 1995). See also: BAILLEUX, H. A. DUMONT. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Le pacte constitutionnel européen en contexte. Bruxelles : Bruylant, 2015.

³ “(...) the overarching principle guiding the court of justice's interpretative approach” (LENAERTS, 2007) see also: who believes that art. 19 should not be interpreted as “a balk check-provision” as it binds the court and the court to ensure compliance with the “within their own jurisdiction” right (DE WAELE, 2010).

⁴ The fundamental characteristics of the Community legal order are in particular its pre-eminence over the rights of the Member States and the direct effect of a whole series of rules which apply to the citizens of those States, as well as to the States themselves. For an analysis on the fundamental principles of EU law (CJEU, 1963).

⁵ Opinion in case 1/91 of 14 December 1991, ECLI:EU:C:1991:490, I-06079, parr. 39-40; In Opinion 1/91, on the first EEA agreement, the CJEU proclaimed the constitutional character of the EU, asserting that this constitutional nature distinguished it from international law. In Opinion 1/00 the Court stated more specifically: “(...) preservation of the autonomy of the Union legal order requires therefore, first, that the essential character of the powers of the (Union) and its institutions as conceived in the Treaty remain unaltered (...) it requires that the procedures for ensuring uniform interpretation of the rules of the (...) Agreement and for resolving disputes will not have the effect of binding the (Union) and its institutions, in the exercise of their internal powers, to a particular interpretation of the rules of (Union) law referred to in that agreement (...).” See also the Opinion 1/00, Opinion pursuant to Article 300(6) EC-Proposed agreement between the European Community and non-Member States on the establishment of a European Common Aviation Area) of 18 April 2002, ECLI:EU:C:2002:231, I-03493, par. 12-13, to which par. 12 states that: “Ensuring the autonomy of the Community legal order therefore presupposes, on the one hand, that the competences of the Community and its institutions, as conceived in the Treaty, are not distorted: “(...) since the draft agreement substantially establishes a new jurisdictional structure, it is necessary

community (CJEU, 1986)⁶ and that the transfer of powers from states to the community (today EU) involves a “definitive limitation of their sovereign powers” (CJEU, 1964)⁷. These are all very significant statements that show a tendency of CJERU to bring EU closer to a state subject (MERTENS DE WILMARS, 1985)⁸,

to recall, in the first place, the fundamental elements of the legal system and the judicial system of the Union, as conceived by the founding Treaties and developed by the jurisprudence of the Court in order to assess the compatibility with those elements of the TB institution (...). In Opinion 1/00 the Court stated more specifically: “(...) preservation of the autonomy of the Union legal order requires therefore, first, that the essential character of the powers of the (Union) and its institutions as conceived in the Treaty remain unaltered (...) it requires that the procedures for ensuring uniform interpretation of the rules of the (...) Agreement and for resolving disputes will not have the effect of binding the (Union) and its institutions, in the exercise of their internal powers, to a particular interpretation of the rules of (Union) law referred to in that agreement (...).” from the perspective of the autonomy of EU law, it is not clear at all that the principle of mutual trust, as a “specific characteristic” of EU law, trumps the protection of fundamental rights. It is true that the principle is a cornerstone of the Area of Freedom Security and Justice, and that the relevant TFEU provisions make several references to mutual recognition. But the protection of fundamental rights is a foundational EU value, and the TFEU’s opening provision on the AFSJ predicates the area on respect for fundamental rights-such respect is also a “specific characteristic” of EU law. According to our opinion arbitral tribunals have no obligation to keep up to date and take account of the CJEU’s case law when the disputing parties invoke EU law arguments. Tribunals can of course do so either on their own initiative or by hearing the parties and expert witnesses, but the essential question is whether the general ability of arbitral tribunals to interpret and apply EU law, to be discussed further below, constitutes a problem in light of Opinions 1/91 and 1/00. Situations where the CJEU’s rulings are open to different interpretations, or where the Court has not clarified the meaning of specific EU law provisions may arise, and this will compel the tribunals to interpret the relevant rulings and provisions in one or another way. See for details: B. DE WITTE, EU law: How autonomous is its order?, in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 65, 2010, pp. 162ss. P. JAN KUIJPER, J. WOUFERS, F. HOFFMEISTER, *The law of EU external relations: Cases, materials and commentary on the EU as an international legal actor*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 520ss. M. DERLÉN, J. LINDOLM, *The Court of Justice of the EU: Multidisciplinary perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2018. F. CASTILLO DE LA TORRE, Opinion 1/00, *Proposed agreement on the establishment of a European Common Aviation Area*, in *Common Market Law Review*, 39 (6), 2002, pp. 1373-1393 pp. 1392ss.

⁶ In the same spirit see: C-2/88, IMM, Zwartveld of 13 July 1990, ECLI:EU:C:1990:440 I-04405. C-314/91, Beate Weber v. European Parliament of 23 March 1993, ECLI:EU:C:1993:109: I-01093. C-15/00, Commission v. EIB of 10 July 2003, ECLI:EU:C:2003:396 I-07281. CJEU, joined cases: C-415/05 P, Kadi & Al Barakaat Int’l Foundation v. Council of 8 November 2008, ECLI:EU:C:2008:461, I-6351. For details see, R. UERPMANN-WITZACK, *Rechtsfragen und Rechtsfolgendes Beitritts der Europäischen Union zur EMRK*, in *Europarecht*, 2012, pp. 167ss. C. NOWAK, *Europarecht nach Lissabon*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2011. D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *EU law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. J. TILLOTSON, N. FOSTER, *Text, cases and materials on EU law*, Gavedish Publishing, New York, 2013. M. HORSPOOL, M. HUMPHREYS, *EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 552ss. SATZGER, *International and European criminal law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017. T. OPPERMANN, C.D. CLASSEN, M. NETTESHEIM, *Europarecht*, C.H. Beck, München, 2016.

⁷ par. 114. From this it follows that, if we accept the theory of control, that if the Member States does not respect the obligations imposed by the Union, the latter can be held responsible. In the sape spirit of orientation see the case: C-48/71, *Commission of the European Communities v. Italy* of 13 July 1972, ECLI:EU:C:1972:65, not published.

⁸ “la cour a progressivement situè son système d’interprétation dans un contexte normatif et institu-

applying to it and its legal system some notions of domestic law (MERTENS DE WILMARS, 1985)⁹, especially the constitutional one¹⁰.

Since the early years of its operation, the quality and of some of its judges and advocates general have contributed to the progressive definition of CJEU's interpretative strategy¹¹. As was also noted:

(...) all ECJ judges came from civil law countries and thus may have been predisposed toward the french approach. Be that as it may, by using the deductive conclusory french style, ECJ was able to communicate to member states that the treaties they had entered into compelled the "constitutional" results reached by the court (...) (ROSENFIELD, 2006, p. 642).

This is even more true considering that while CJEU expresses its opinions through jurisprudence at the same time its members often intervene in the scientific debate related and consequent to it¹². From this point of view, the opinions expressed by its members reinforce the persuasive relevance recognized to the doctrine that especially in the first years of activity of CJERU, it has reconstructed the interpretative approach and directed action¹³.

The interpretative strategy developed by it takes into account the *sui generis* character of EU system and its right by adopting interpretative choices functional to the development of the integration process as a fundamental objective of the treaty. The reference to the law was understood by CJEU in a very broad sense not limiting itself to the letter of treaties or secondary law but considering EU as an autonomous legal order with the consequence of referring to the object and purpose of the treaties, also to fill the gaps (POLLICINO, 2004)¹⁴. Since their aims

tionnel de nature constitutionnelle" (MERTENS DE WILMARS, 1985. p. 8).

⁹ "le droit communautaire est le droit interne des Communautés européennes (...) qu'il présente pas pour autant les mêmes caractéristiques qu'un droit interne national (...)" (MERTENS DE WILMARS, 1985. p. 8).

¹⁰ "(...) the court in the context of the specificity of the legal ordering process whose law acquires the constitutional validity (in a material sense) of the legal system whose law acquires effectiveness because it is legitimized by the respect of the rules attributing jurisdiction and reinforced by a set of founding elements and values or structural that it itself reconstructs (...)" (POIARES MADURO, 2007).

¹¹ "(...) ce qui ressemble à de l'héroïsme exerce une attraction puissance sur un certain type de tempérament parmi les juges et peut fournir à la cour une excuse à son désir d'adopter une attitude spectaculaire spécialement si le coût semble aussi minime (...)" (HAMSON, 1976, p. 20-). See also: RASMUSSEN, H. *On law and policy in the European Court of Justice*. Dordrecht: Springer, 1986.

¹² "(...) many worked for one of the community institutions (...) and shared the spirit of excitement generated by the new venture (...)" (ARNULL, 2013, p. 212).

¹³ "(...) the authors of much of the early literature on community law did indeed seem to see their main task as being merely to explain the new system to the uninitiated (...)" (ARNULL, 2013, p. 212-).

¹⁴ "(...) it is precisely in connection with such silences or insufficiencies that we see appearing for the first time the desire of the court (...) to free itself from the straight-jacket of the jurisdictional

are generic and oriented towards progressive integration, CJEU has been able to use an interpretative strategy aimed at this¹⁵.

2. EU'S LAW INTERPRETATION METHODS

In CJEU jurisprudence we find according to the most famous classification the following interpretative methods: literal, historical, comparative, systematic and teleological (MERTENS DE WILMARS , 1985; KUTSCHER, 1978; ALBORS LLORENS, 1999; BROBERG; FENGER, 2014). Under a different visual angle, considering the effects following from the application of different interpretative methods, they could be traced back to the macro-division between static and dynamic or evolutionary interpretation methods (BENGOETXEA, 1993; DUMON, 1978).

Literal interpretation according to which the terms of a provision are interpreted in their usual meaning, even if used¹⁶, may present some drawbacks (WIJCKERHELD, 1965)¹⁷: sometimes it leads to absurd results, because contrary to the object of the discipline (MERTENS DE WILMARS , 1985); moreover, even the simplest term can have margins of ambiguity and therefore makes its interpretation necessary. There is also the issue of multilingualism to be considered (DICKSHAT, 1968; VAN CALSTER, 1997; SHARPSTON, 2009-2010; LIPSTEIN, 1974-1975; PAUNIO, 2016; DICKSON; ELEFTHERIADIS, 2012; FOLLESDAL *et al*, 2018), where the different versions of treaties and derived law are equally authentic (article 55, paragraph 1 TEU) and it is necessary to find an interpretation capable of overcoming this obstacle (MERTENS DE WILMARS, 1985).

powers conferred upon it (...)" (CHEVALLEIR, 1965, p. 25). "(...) in doing so, the ECJ is in a similar position to a law-making constitutional court (...)" (CONSTANTINESCO, 2000, p. 76). See also: TRIDIMAS, T. The Court of justice and judicial activism. European Law Review, n. 2, 1996, p. 206-.

¹⁵ "(...) particulièrement appropriée aux caractéristiques propres des traités instituant le communautés (...)" (PESCATORE, 19--, p. 328). See also: LIPSTEIN, K. Some practical comparative law: the interpretation of multi-lingual with special regard to the EEC treaties. Tulane Law Review, 1974, p. 910-.

¹⁶CJEU, C-10/61, Commission v. Italy of 27 February 1962, ECLI:EU:C:1962:2 I-00001. C-43/69, B.A. Bilger of 18 March 1970, ECLI:EU:C:1970:20 I-00127. C-57/72, Westzucker GmbH v. Einfur-un Vorratstelle für Zucker of 14 March 1973, ECLI:EU:C:1973:20 I-00321. C-149/73, Witt v. Hauptzollamt Hamburg-Ericus of 12 December 1973, ECLI:EU:C:1973:160 I-01587. C-19/81, Burton v. British Railways Board of 16 February 1982, ECLI:EU:C:1982:58, I-00554, par. 9. C-152/84, Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority of 26 February 1986, ECLI:EU:C:1986:84, I-00723, par. 35. C-91/92, Faccini Dori v. Recreb Srl of 14 July 1994, ECLI:EU:C:1994:292, I-03325, par. 14.

¹⁷ "(...) lorsque la norme en question est claire exclut la nécessité d'en référer au contexte (...)" (MONACO, 1965, p. 178-).

Finally, there is the question of the generic nature of some EU provisions, especially those of the founding treaties, which need to be interpreted (ALBORS LLORENS, 1999). The literal method as the main interpretative method was employed by CJEU in the very first years of its operation even if almost immediately it was flanked by other methods because as observed in the doctrine, in interpreting EU law it must be recognized that the letter of the text it does not exhaust all the interpretation but serves only as a base (MERTENS DE WILMARS, 1985)¹⁸.

The historical method has two variants, both little used by CJEU for the purposes of interpreting EU law. The first enhances legislator's intention by interpreting the rule according to the objective will expressed by its authors, but in EU law the use of preparatory works that do not exist for the original founding treaties is of little use, while they have sometimes been used for subsequent ones and for secondary law¹⁹. The second variant considers the function that the provision to be interpreted had at the time it was approved. Also unlike the interpretation in a historical-evolutionary sense²⁰ to which CJEU referred in C-283/81, CILFIT sentence of 6 October 1982²¹ does not appear useful for the purposes of EU law

¹⁸ “(...) even if the wording used seems to be clear, it is still necessary to refer to the spirit, general scheme, and context of the provision (...)” (BENGOETXEA, 1995).

¹⁹ Mertens de Wilmar (1985, p. 15) which is declared that: «(...) la cour n'a aucune espèce de prévention contre cette méthode d'interprétation (...). CJEU, C-336/03, easyCar of 10 March 2005, ECLI:EU:C:2005:105, I-01947, par. 20. C-62/14, Gauweiler and others of 16 June 2015, ECLI:EU:C:2015:400, published in the electronic Reports of the cases, par. 100, and is referred in the treaty of Maastricht. In the same orientation see: C-292/89, Antonissen of 26 February 1991, ECLI:EU:C:1991:80, I-00745, joined cases C-283, 291 and 292/94, Denkavit of 17 October 1996, ECLI:EU:C:1996:387, I-05063, par. 29, in which the CJEU does not, for the purposes of legal certainty, emphasize whether they have been included in the EU law. See for further details and analysis: SCHØNBERG, S.; FRICK, F. Finishing, refining, polishing. On the use of travaux préparatoires as an aid to the interpretation of community legislation. *European Law Review*, 2003. Also, for more details: LENAERTS, K.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A. *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, EUI working paper, 2013.

²⁰ CJEU, C-58/17, INEOS of 18 January 2018, ECLI:EU:C:2018:19. C-540/16, Spika and others of 12 July 2016, ECLI:EU:C:2016:565. C-291/16, Scheppers of 9 March 2017, ECLI:EU:C:2017:950. C-398/15, Manni of 9 March 2017, ECLI:EU:C:2017:197. C-534/13, Fipa Groupad and others of 4 March 2015, ECLI:EU:C:2015:140, all the cited cases was published in the electronic Reports of the cases.

²¹ As was envisaged by the interpretative pronouncement of the Cilfit judgment (C-283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health of 06 October 1981, ECLI:EU:C:1981:335, I-03415) where the CJEU has stated “(...) any provision of Community law must be relied on its own context and interpreted in the light of all the provisions of that right, its aims and its evolution stage at the time when the application of the provision in question is adopted (...) of the terms of a provision of European Union law which does not contain any express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and its scope must normally be an autonomous and uniform interpretation throughout the European Union, taking into account the context of the provision and the purpose pursued by the legislation in question (...).” See in argument: (AZOULAI, 2010; BECK, 2012; LENAERTS; GUTIÉRREZ-FONS, 2013; LÜTTRINGHAUS, 2013).

interpretation, considered which is governed by a legal order which by its nature has a dynamic character (ALBORS LLORENS, 1999; KUTSCHER, 1976).

With regard to the comparative method²², CJEU has resorted more to it in the conclusions of the Advocate General and in the processing phase of sentences, than of the text of the same (PESCATORE, 1980; LENAERTS, 2003; ALMEIDA, 2014; LENAERTS; GUTMAN, 2016; ANDENAS; FAIRGRIEVE, 2015; MOORHEAD, 2014; DERLÉN; LINDHOLM, 2018) also because, as has been acutely observed, this method is opposed to the idea itself of autonomy of EU legal system that also includes autonomy of its concepts and its technical language²³.

The systematic method (also called contextual) according to which the rule must be interpreted by referring to other EU regulations or even more extended to the order of its whole is frequently used by CJEU²⁴ as well as the teleological method that states that interpret a provision in light of the aims pursued by the order to which it belongs²⁵ in its jurisprudence CJEU refers to one or more methods of interpretation among those just mentioned, depending on the norm and question that are from time to time the subject of its judgment (MONACO, 1965) while the cases in which CJEU has stated in general terms and principle its own criteria of interpretation or its own interpretative strategy, preferring to highlight the result rather than the path that produced it²⁶.

A sentence in which CJEU presented its interpretative strategy is the well-known and already mentioned CILFIT sentence of 1982 in which, after having

²² CJEU, C-421/14, Banco Primus of 26 January 2017, ECLI:EU:C:2017:60, published in the electronic Reports of the cases.

²³ Bengoetxea (2016, 1993, p. 216) has affirmed that: “(...) it does not seem possible to demonstrate the existence of a principle or a norm that are not explicitly foreseen by the Treaty of Union in virtue of which the practice of an organ would have efficiency modification or relevance of authentic interpretation towards of all the Member States (...) the situation is clearly different and the juridical reconstruction of the phenomenon must be a completely different one where a formal jurisdiction of interpretation is attributed to not determined organ of an international organization... view of the Vienna Convention it seems clear that the cases of this gender are covered by the reservation of any rule relevant to the organization (art. 5 of the Convention) (...).” In jurisprudence see: CJEU, C-30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen of 23 February 1961, ECLI:EU:C:1961:2 I-00001. C-188/00, Kurz of 19 November 2002, ECLI:EU:C:2002:694, I-10691. joined cases C-187 to 190/05, Agorastoudis of 7 September 2006, ECLI:EU:C:2006:535, I-07775, par. 28. For frurhs analysis see: (KACZOROWSKA-IRELAND, 2016; CARBELL, 2014; SÁNCHEZ GRAELLS, 2015).

²⁴ CJEU, C-14/59, Société des fonderies de Pont-à-Mousson of 17 December 1959, ECLI:EU:C:1959:31, I-00215. C-15/60, Simon of 1st June 1961, ECLI:EU:C:1961:11 I-00220.

²⁵ CJEU, C-8/55, Fédération Charbonnière de Belgique v. High Authority of 16 July 1956, ECLI:EU:C:1956:7 I-00245. C-8/57, Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges of 21 June 1958, ECLI:EU:C:1958:9, I-00225. For further details see: (SCHEINGOLD, 2013; MANN, 2013).

²⁶ “(...) it focuses attention on outcomes, rather than process (...)” (CONWAY, 2012, p. 26). In argument see also: (SHAW, 2018; HORSLEY, 2018).

enunciated the theory of the clear act, it focused on the particular difficulties presented by EU law interpretation: multilingualism, the autonomy of its terms compared to the identical ones present in the various national rights; the fact that every provision of EU law (literal interpretation) must be relocated in its own context and interpreted in the light of all the provisions of the aforementioned law (systematic interpretation)²⁷, of its aims (teleological interpretation)²⁸ as well as its stage of evolution to moment in which the provision in question must be applied. In the slightly later C-292/82, Merck sentence of 17 November 1983 states that: “(...) as the court has emphasized in its jurisprudence for the purposes of interpreting a rule of EU law it must be taken account not only of the letter of the same but also of its context and the aims pursued by the legislation of which it is part (...)” (CJEU, 1999). Over time, a concise formula has been consolidated in CJEU jurisprudence according to which the interpretation of EU provision takes into account at the same time the letter, context and its purpose (...)²⁹, to the point that for take up the words of Fennelly:

(...) the court now repeats in a stereotypical form that for the purpose of interpreting a rule of EU law one must take into account not only its letter but also its context and aims pursued from the legislation of which it is part (...) the refrain has become a customary repetition of a formula that flattens all the sources into a single interpretative perspective (...) (FENNELLY, 1997, p. 664)30.

²⁷ CJEU, C-415/17, Mniero of 11 September 2018, ECLI:EU:C:2018:912. C-89/17, Banger of 12 July 2018, ECLI:EU:C:2018:570. C-647/16, Hassan of 31 May 2018, ECLI:EU:C:2018:368. C-165/16, Lounes of 14 November 2017, ECLI:EU:C:2017:862. C-617/15, Hummel Holding of 18 May 2017, ECLI:EU:C:2017:390. C-19/15, Veband sozialer Wettbeverb of 14 July 2016, ECLI:EU:C:2016:563. C-276/14, Gmina Wroclaw of 29 September 2015, ECLI:EU:C:2015:635, all the cited cases was published in the electronic Reports of the cases.

²⁸ CJEU, C-292/83, Merck v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas of 15 December 1999, ECLI:EU:C:1999:326, I-03663.

²⁹ CJEU, C-162/91, Tenutl Bosco of 15 October 1992, ECLI:EU:C:1992:392, I-05279. C-83/94, Leifer and others of 17 October 1995, ECLI:EU:C:1995:329, I-03231, par. 22. C-301/98, KVS International of 18 May 2000, ECLI:EU:C:2000:269, I-03583, par. 21. C-315/00, Maierhofer of 16 January 2003, ECLI:EU:C:2003:23 I-00563, par. 27. C-321/02, Harbs of 15 July 2004, ECLI:EU:C:2004:447, I-07101, par. 24. C-298/07, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände of 16 October 2008, ECLI:EU:C:2008:572, I-07841, par. 15. C-403/09 PPU, Detiček of 23 December 2009, ECLI:EU:C:2009:810, I-12193, par. 33. C-433/08, Yaesu Europe of 3 December 2009, ECLI:EU:C:2009:750, I-11487, par. 24. C-533/08, TNT Express Nederland of 4 May 2010, ECLI:EU:C:2010:243, I-04107, par. 44. C-112/11, ebookers.com Deutschland of 19 July 2012, ECLI:EU:C:2012:487, published in the electronic Reports of the cases, par. 12. C-219/11, Brain Products of 22 November 2012, ECLI:EU:C:2012:742, published in the electronic Reports of the cases, par. 13. For further details and analysis see: (EDWARD, 2013; ACOSTA ARCARAZO; MURPHY, 2014; PEERS, 2016).

³⁰ The standard of teleological method “(...) to consider not only its wording, but also the context in which it occurs and the objects of the rules of which it is a part (...)” (FENNELLY, 1997, p. 664).

The three methods most used are the literal, systematic and teleological with the last two being frequently considered together³¹, giving life to what Kolb defines an extended teleological method, since it does not refer to a specific arrangement, but uses a whole treaty (KOLB, 2006). Furthermore, as reported by Arnulf, the teleological and systematic approach “(...) is more frequently employed with the court is with questions of a constitutional nature (...)” (ARNULL, 2013, p. 621).

The three methods in question are not on the same level. The frequency with which CJEU uses it in its jurisprudence as well as the importance attributed to them allow the identification of the interpretative strategy developed and followed by it within which there is a solid prevalence for teleological and systematic interpretation (KUTSCHER, 1946; MONACO, 1965)³². On some occasions, as in C-14/81, Alpha Steel sentence of 3 March 1981³³, CJEU rejected one of the arguments advanced by the applicant, stating that admitting it would have meant not interpreting, but modifying a clear and unambiguous text³⁴. And in other cases it was CJEU itself, recalling reasons of certainty of the right not to accept teleological and extensive interpretations in some of its pronouncements³⁵. On other occasions, CJEU has not taken into account the clear literal data of the provision that was called to evaluate and made the teleological interpretation prevail over the literal³⁶, using for this purpose also the systematic method and transforming EU objectives into principles of interpretation of the treaties (SOREL, 2011)³⁷.

³¹ “(...) the teleological and contextual method (...)” (BENGOETXEA, 1993, p. 250). “(...) the teleological and contextual approaches (...)” (POIARES MADURO, 2007, p. 140; KUTSCHER, 1976; ARNULL, 2013).

³² Bredimas (1978, p. 80) has declared that: “(...) the functional method (...) is the method for interpretation of community law (...).” Mertens de Wilmars (1985, p. 16) affirmed that: “(...) la place reconnue à l’interprétation systématique et télologique correspond donc à la fois aux particularités légistiques des traités et au caractère dynamique et finalisé de la construction communautaire (...).”

³³ CJEU, C-14/81, Alpha Steel Ltd v. Commission of the European Communities of 3 March 1982, ECLI:EU:C:1982:76, I-00749.

³⁴ CJEU, C-14/81, Alpha Steel Ltd v. Commission of the European Communities of 3 March 1982, op. cit, par. 32

³⁵ CJEU, C-506/06, Glaxosmithkline services and others v. Commission and others of 6 October 2009, ECLI:EU:C:2009:610, I-09291. C-528/08 P, Marcuccio v. Commission of 9 December 2009, ECLI:EU:C:2009:761, I-00212, according the CJEU refers to previous judgments such as the case: C-48/07, Les Vergers du Vieux Tauves of 22 December 2008, ECLI:EU:C:2008:758, I-10627, par. 44., which is affirmed that: “(...) we cannot proceed by ignoring the clear and precise formulation of a provision (of a directive) to an interpretation aimed at correcting that provision while expanding the obligations of Member States to it relative (...).”

³⁶ In jurisprudence see: CJEU, C-36/74, Walrave of 12 December 1974, ECLI:EU:C:1974:140, I-01405, parr. 23-25. C-43/75, Defrenne of 8 April 1976, ECLI:EU:C:1976:56, I-00455, par. 27. C-314/85, Foto-Frost of 22 October 1987, ECLI:EU:C:1987:452, I-04199, par. 17. For further details see: (EXNER, 2019).

³⁷ “(...) it thus appears that the ECJ has turned the objectives of community treaties into real principles of interpretation for those treaties (...)” (FITZMAURICE; MERKOURIS, 2010; NOUTE, 2013;

Ultimately, while sharing the assertion that the interpretation is a child of the system to which it refers, it must be acknowledged that with reference to EU law the text (literal method)³⁸ must be considered in its context (systematic method) and analyzed with reference to the purposes of the system to which it

BJORGE, 2014; CORTEN; KLEIN, 2011; DÖRR, 2012; SAMSO, 2011; SOREL; BORÉ EVENO, 2011; GARDINER, 2008; NOUTE, 2013). «(...) cette méthode a permis une évolution au-delà de la signification littérale des textes dans un sens dunamique en considération des finalités poursuivies par le traité dans son ensemble et de son contexte (...)» (SCHOCKWEILER, 1995, p. 74) (ARNULL, 1998).

³⁸ CJEU, C-393/18 PPU, VD of 17 October 2018, ECLI:EU:C:2018:835. C-149/18, Da Silva Martins of 31 January 2019, ECLI:EU:C:2019:84. C-514/17, Sut of 13 December 2018, ECLI:EU:C:2018:1016, C-493/17, Weiss and others of 11 December 2018, ECLI:EU:C:2018:1000. C-349/17, Eesti Pagar of 5 March 2019, ECLI:EU:C:2019:172. C-332/17, Starman of 13 September 2018, ECLI:EU:C:2018:721. C-229/17, Evonik Degussa of 17 May 2018, ECLI:EU:C:2018:323. C-220/17, Planta Tavak of 31 January of 2019, ECLI:EU:C:2019:76. C-127/17, Vossalph Laeis of 24 October 2018, ECLI:EU:C:2018:855. C-122/17, Smith of 7 August 2018, ECLI:EU:C:2018:631. C-105/17, Kamaenova of 4 October 2018, ECLI:EU:C:2018:808. C-51/17, OTP Bank of 20 September 2018, ECLI:EU:C:2018:750. C-49/17, Koppers Denmark of 6 June 2018, ECLI:EU:C:2018:395. C-31/17, Cristal Union of 7 March 2018, ECLI:EU:C:2018:168. C-20/17, Oberle of 21 June 2018, ECLI:EU:C:2018:485. C-506/16, Neto de Sousa of 7 Septembr 2017, ECLI:EU:C:2017:642. C-439/16 PPU, Milev of 27 October 2016, ECLI:EU:C:2016:818. C-395/16, DOCERAM of 8 March 2018, ECLI:EU:C:2018:172. C-256/16, Deichmann of 15 March 2018, ECLI:EU:C:2018:187. C-201/16, Shiri of 25 October 2017, ECLI:EU:C:2017:805. C-76/16, INGSTEEL and Metrostav of 8 February 2017, ECLI:EU:C:2017:549. C-678/15, Khorassani of 8 February 2017, ECLI:EU:C:2017:100. C-600/15, Lemins Lighting of 8 December 2016, ECLI:EU:C:2016:937. C-529/15, Folk of 10 January 2017, ECLI:EU:C:2017:1. C-441/15, Madaus of 9 February 2017, ECLI:EU:C:2017:103. C-233/15, Oniors Bio of 28 April 2016, ECLI:EU:C:2016:305. C-141/15, Doux of 9 March 2017, ECLI:EU:C:2017:188. C-84/15, Sonos Europe of 17 March 2016, ECLI:EU:C:2016:184. C-44/15, Duval of 26 November 2015, ECLI:EU:C:2015:783. C-558/14, Khachab o 21 April 2016, ECLI:EU:C:2016:285. C-494/14, Axa Belgium of 15 October 2015, ECLI:EU:C:2015:692. C-477/14, Pillbox 38 of 4 May 2016, ECLI:EU:C:2016: 324. C-408/14, Wojciechowski of 10 September 2015, ECLI:EU:C:2015:591. C-402/14, Viamar of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:625. C-387/14, Esaprojekt of 4 May 2017, ECLI:EU:C:2017:338. C-371/14, APEX of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:828. C-331/14, Trgovina Prizma of 9 July 2015, ECLI:EU:C:2015:456. C-297/14, Hobohum of 23 December 2015, ECLI:EU:C:2015:844. C-241/142, Bukovansky of 19 November 2015, ECLI:EU:C:2015:766. C-216/14, Covaci of 15 October 2015, ECLI:EU:C:2015:686. C-655/13, Metens of 5 February 2015, ECLI:EU.C:2015:62. C-628/13, Lafonta of 11 March 2015, ECLI:EU:C:2015:16. C-570/13, Gruber of 16 April 2015, ECLI:EU:C:2015:231. C-482/13, Unicaja Banco of 21 January 2015, ECLI:EU:C:2015:21. C-481/13, Quarbani of 17 July 2014, ECLI:EU:C:2014:2101, all the cited cases was published in the electronic Reports of the cases. From the judgments just quoted we can conclude that the CJEU presents itself as a judge of recognition of the autonomy of the Union order which presupposes and fosters mutual trust in that transfer of legality which according to a neo-functional understanding of the Union is in itself a factor of integration. The process is not automatic but requires the conscious assumption of an ethical-political responsibility on the part of the judges who effectively construct the establishment of a Union legal order as a sign and expression of a new historical solidarity complementary to national solidarity. CJEU decisions must be solicited by national judgments. Their duty is serious if judges of last resort to uphold the execution of the law of the Union as a juridical obligation that involves every sentence without doubts as the effect of the moral authority that the judge of the Union has quickly acquired and which has not ceased to acquire. This is a matter of trust that the community institutions must inspire for their own functioning. The CJEU must be a moral authority that inspires confidence even before requesting the fulfillment and execution of its own decisions, the CJEU calls for recognition of its institutional role just as the Community doctrine requires adherence to the federalist project and the prospect of integration legal.

belongs (teleological method) which brings out a hierarchy among the interpretative methods used by CJEU.

3. THE REASONS FOR THE PREVALENCE OF TELEOLOGICAL INTERPRETATION IN THE FIRST DECADES OF EUROPEAN INTEGRATION

CJEU has developed a resolutely teleological jurisprudence that tends to emancipate itself from the intentions of the editors (CORTEN, 2011) and through which it carries out as acutely pointed out in doctrine, the role of guardian and at the same time promoter of the European order³⁹. In this regard, the opinion according to which the teleological interpretation method would not in any case favor the increase EU competences but could also limit the application of EU law (LENAERTS; GUTIÉRREZ-FONS, 2013)⁴⁰ does not appear to be founded.

The reason for the prevalence of the aforementioned method, especially in the early decades of European integration lies in the fact that the institutional treaties were intrinsically suited to teleology⁴¹, as they were structured around functional lines, which left spaces that political institutions and CJEU were called to fill in (LENAERTS, 2007)⁴². It is a method that can be defined as teleological only in a very particular sense qualified first of all by the fact that in addition to the purpose of each rule considered in itself and in the specific context in which it is placed, it pays attention to the purpose of the entire system (hence the combination of teleological and systematic method) and taking into account the structural data that individuals and companies are subjects of EU order and that in the latter operate fundamental principles.

The choice of the court of Luxembourg to privilege the teleological interpretative method often in combination with the systematic one is due to the evident will especially in the first three decades of its jurisprudence to affirm the importance and autonomy of EU order as a system (MERTENS DE WILMARS, 1985; SCHOCKWEILER, 1995) thus overcoming its sectoriality⁴³ and consolidating the harmonization of its rules.

³⁹“(...) convient le mieux au dynamisme de l'intégration européenne (...)” (WIJCKERHELD, 1965, p. 192).

⁴⁰ See also the case: C-189/87, Kalfelis of 27 September 1988, ECLI:EU:C:1988:459, I-05565.

⁴¹“(...) the treaties are imbued by teleology. No persuasive argument has so far been made why, in exercising its interpretative function, it would not be legitimate for the court to seek guidance from the spirit and the scheme of the treaties and to seek for further integration (...)” (TRIDIMAS, 1996, p. 205).

⁴²“(...) les traités instituant les communautés sont entièrement pétris de télèologie (...) derrière cet objectif concret d'ordre économique, financier et techniques se profile una finalité plus lointaine, celle de l'unité politique (...)” (PESCATORE, 19--, p. 327).

⁴³ The low degree of systematicity that a sectoral order presents and forces the judge to reconstruct his principles and general characteristics by deriving them in part from the objectives to which the order in question and general characteristics derive, partly deriving from the comparison with other orders (comparative method) partly still from the logical foundations of law (systematic method).

In the early years CJEU used this interpretative approach in order to build the community legal order and to assert the prevalence (BECK, 2016), favoring the transformation of an international organization into a community of law (FENNELLY, 1997; SCHOCKWEILER, 1995).

CJEU has used the teleological method on numerous occasions for example in order to overcome member states resistance⁴⁴, to fill gaps with C-101/63, Wagner sentence of 12 May 1964⁴⁵ where it states that the treated kings must also be interpreted jointly whether the Treaty of European Coal and Steel Community (ECSC) did not contain, unlike the other two rules of ritual for referral to the Court to prevent state violations of EU law obligations⁴⁶ or to promote and protect EU legal order as in the very well-known judgments van Gend & Loos of 1963⁴⁷, Costa v. ENEL of 1964⁴⁸ and Foto-Frost of 1987⁴⁹. Coming to the conclusion that by emphasizing the aims pursued by the law the teleological method could not be limited to making explicit a legal norm implicit in a text. The teleo-

⁴⁴ CJEU, C-43/75, Defrenne of 8 April 1976, op. cit., parr. 7-15, “(...) the question of the direct effectiveness of Article 119 must be examined in the light of the nature of the principle of equal pay for the aim pursued by that provision and its placement in the system of the treaty. a double purpose (...) from this double economic and social purpose derives that the principle of equal distribution is one of the fundamental principles of the community. This consideration explains why the treaty wanted this principle to be entirely applied sn from the first stage of the transitional period. In interpreting this provision, no argument can be drawn from the delay and resistance which the effective application of the said essential principle (...) has delayed in certain Member States (...)”.

⁴⁵ CJEU, C-101/63, Wagner v. Fohrmann and others of 12 May 1964, ECLI:EU:C:1964:28, I-00381.

⁴⁶ CJEU, joined cases C-6 and 9/90 Francovich of 19 November 1991, ECLI:EU:C:1991:428, I-05357, par. 37: “(...) Community law imposes the principle according to which the member states are obliged to compensate the damage caused to individuals by violations of Community law attributable to them (...)”. See also in argument: STRAND, M. *The pressing on problem in damages and restitution under EU law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2017.

⁴⁷ In this sentence the CJEU affirmed that: “(...) according to the spirit, the structure and the tenor of the treaty, art. 12 (in the matter of customs union) has a preceptive value and attributes to the individuals objective rights which the national judges are required to protect (...)”.

⁴⁸ According to the court: “(...) the integration into the law of each member state of laws emanating from community sources, and more generally the spirit and terms of the treaty have as a corollary the impossibility for states to give precedence against a legal order from they accepted on condition of reciprocity, a further unilateral provision which therefore could not be opposed to the common order. If the effectiveness of the Community law varied from one State to another according to the later internal laws this would endanger the implementation of the aims of the treaty (...) from the set of the aforementioned elements it follows that arising from an autonomous source, the right born of the treaty would not be able precisely to find a limit in any internal provision without losing the priority community and precisely without the juridical foundation of the community itself being shaken (...)”.

⁴⁹ The court speaks of “(...) necessary coherence of the jurisdictional protection system established by the treaty” (par. 16) which makes that the judges cannot declare invalid the EU law acts, since the existence of divergences between the Judges of the Member States on the validity of Community acts could compromise the very unity of the Community legal order and undermine the formal need for legal certainty (...)”, paragraph 15.

logical method also makes it possible to state explicitly a juridical norm which is sunk in the system and which is capable of satisfying the aims pursued by different provisions. The use of such a method is all the more justified in EU law (POIARES MADURO, 2007)⁵⁰.

CJEU pursues the objective of advancing the integration process that permeates an order with an essentially finalistic character (PESCATORE, 19--), of which the judicial institution itself constitutes a fundamental piece (GUTIÉRREZ POSSE, 1972). When the interpretation is entrusted to CJEU its interpretation gives a role also in the development of this right⁵¹. The statement according to our opinion, which was the consistent exercise of its mission by EU judge, is fully understandable. CJEU is not an observer to that process but operates within it and the legal-institutional system that supports it.

The use of an evolutionary and dynamic interpretative strategy by CJEU is a further confirmation of the approach followed by the international judicial bodies called to interpret treaties establishing international organizations, whose jurisprudential practice is generally oriented to reach the object and the purpose provided for them (KOLB, 2006)⁵². In this regard it should be noted that just as European treaties are not entirely similar to other international treaties, including those establishing international organizations, EU is only partly attributable to the ordinary model of international organization, not even CJEU can be considered as a simple international court (BEHR, 1958-1959). The amount of its jurisprudence is far greater than that of international courts with the sole exception perhaps of the European Court of Human Rights. And in terms of quality, Luxembourg court depending on circumstances and cases submitted to it, performs functions similar to those of an administrative, civil, constitutional, international labor court, etc (BEHR, 1958-1959; EDWARD, 1996-1997; KOOPMANS, 2000; KUTSCHER, 1976). And in its operation it has traits reminiscent of a civil law court, others that seem closer to a common law judge (ROSENFIELD, 2006; LENAERTS, 2013; CONSTANTINESCO, 2000).

With specific reference to the subject, the difference in the interpretation of a treaty establishing an international organization and that of a supranational (or integration) organization that also has the character of establishing the organiza-

⁵⁰ “(...) the teleological method of interpretation is perfectly consistent with the dynamic and evolving nature of the European community (...)” (POLLICINO, 2004, p. 289). contra: BECK, 2016.

⁵¹ “(...) the seemingly stable and entrenched nature of effectiveness can compensate or camouflage the novelty of the development which it is no reason why effectiveness should always operate to enlarge the reach or penetration of EC intervention (...)” (ROSS, 2006, p. 482).

⁵² «(...) étant une juridiction supranationale (...) préfère l’interprétation extensive (...) ce qui n’est pas permis aux juridictions internationales normales (...)» (DEGAN, 1963, p. 212).

tion (KUTSCHER, 1976)⁵³ has long been highlighted. Treaties' interpretation and of those instituting international organizations is of contracting states responsibility and any divergences are resolved with the means provided for this purpose by international law, the contracting states of EU treaties that have intended to attribute exclusively to an EU institution the task of interpreting the treaties⁵⁴.

According to a reconstruction based on the consolidated CJEU jurisprudence which affirmed the constitutional nature of the founding treaties⁵⁵ the idea that CJEU should be considered as an internal jurisdiction⁵⁶, rather than an international one, is widely accepted (BECK, 2016). The position of those who recognize the autonomous character of CJEU with respect to both international and internal courts⁵⁷ appears more balanced, and its role in EU goes beyond that of a state jurisdictional body and its jurisprudence has a special importance because as for recognized time the interpretation provided by EU judge succeeds in influencing directly and uniformly the decisions of member states organs, because directly and uniformly the binding value of EU order is recognized in the same area of those states.

CJEU's teleological interpretative strategy has led to changes in the growth of EU competences and powers (FENNELLY, 1997; BENGOTXEA; MACCORMICK; MORAL SORIANO, 2001; TEMPLE LANG, 2011)⁵⁸. It must be recognized that institutions and member states have on several occasions taken up evolutionary statements pres-

⁵³"(...) *le droit communautaire est pour une part un droit interne (...)*" (REUTER, 1964, p. 279).

⁵⁴"(...) si les Etats avaient voulu instituer simplement entre eux une large coopération (...) ils pouvaient aisément se passer des services d'une Cour de justice (...)" (REUTER, 1964, p. 280).

⁵⁵CJEU, C-294/83, Les Verts of 23 April 1986, op. cit., par. 8. C-314/91, Weber v. European Parliament of 23 March 1993, op. cit.,

⁵⁶"(...) neither its status as a transnational court nor its operating in a treaty-based rather than a constitution-based environment seems to prevent any serious impediment to its functioning as a court that engages in constitutional adjudication (...)" (ROSENFIELD, 2006, p. 622). "(...) *cette cour ressemble à une juridiction constitutionnelle interne qui est appelée seulement à interpréter la constitution d'un Etat (...)*" (DEGAN, 1996, p. 198). "(...) in the community system the Court of justice fulfills among its general mission functions similar to those of national constitutional courts (...)" (EVERLING, 2000, p. 33). "(...) the treaty can essentially be considered the constitution of the European community in a substantive, functional sense (...)" (ALTER, 2009; DE VISSCHER, 1958, p. 178; LENAERTS, 2007, p. 1018). "(...) the masterpiece of the European court has been the constitutionalisation of the treaties (...)" (MANCINI, 1989, p. 597; BENGOTXEA; MACCORMICK; MORAL SORIANO, 2001, p. 65; POLLICINO, 2004, p. 284). "(...) the Court has turned itself into a constitutional Court of the Union, which does not shy away from combining different Union norms to reach a preferred outcome (...)" (WESSEL, 2009, p. 142).

⁵⁷"(...) la cour, vue dans sa juste perspective n'est ni un juge international. Ni un juge de droit interne (...)" (MONACO, 1965, p. 181).

⁵⁸"(...) one explanation is a lack of awareness of the court's role choice as regards among politicians (...) never made a truly voluntary choice as regards the policy to be pursued (...)" (DE WAELE, 2010, p. 17).

ent in its jurisprudence and have used them in the context of amendments to the founding treaties or in order to broaden and intensify the process of European integration (STONE SWEET, 2016). If this had not happened it does not seem to us that the teleological CJEU jurisprudence could have on its own alone, to consolidate and reinforce this process⁵⁹. On the other hand, not all the evolutionary affirmations of CJEU have found a follow-up in the European legislation demonstrating the non-automatic transformation of the systematic and teleological interpretation of CJEU into European law norms. It is also undoubted that in the European legal system, if member states wanted to oppose an evolutionary teleological interpretation of CJEU they should in the most relevant cases for example in order to modify the European treaties, unanimously deliberate (HARTLEY, 1996; DE WAELE, 2010; BECK, 2016);⁶⁰.

It is a trivial observation that EU member states as a result of becoming a member of a voluntary choice limited their sovereignty in favor of the same union, giving it powers and competences. In fact, whenever a state concludes a supranational agreement, it limits, to a greater or lesser extent, its sovereignty, meaning to simplify the exercise of the power of government towards its own territorial community. Moreover, this limitation will last as long as the contractual obligation will be binding for the state that may eventually withdraw from a treaty following the occurrence of a cause for extinction thereof.

These observations seem to us to be confirmed also within EU whose existence derives from the will of member states expressed through international treaties, negotiated and stipulated and modified several times, in the case of decades. The fact that this is a very particular organization, because it is endowed with a very complex institutional apparatus, with extensive competences and can be very penetrating towards the member states and those who find themselves in them, does not seem sufficient for us to come minus the basic fate consisting in the fact that the Union still remains the fruit of choices made by the states that are part of it, who have decided to limit their sovereignty in favor of this, which preserves its root in the dimension international.

⁵⁹ For example, consider what is the current Protocol n. 33 of European treaties relating to art. 157 TFEU which was introduced with the treaty of Maastricht following the extensive interpretation of remuneration rendered by the CJEU with the sentence in case C-262/88, Barber Guardian Royal Exchange Assurance Group of 17 May 1990, ECLI:EU:C:1990:209, I-01889. See also in argument: DE CARVALHO MOITINHO DE ALMEIDA, J. C. *L'interprétation par la Cour de justice de l'Union du droit européen de procédure civile*. In: BRADLEY, K. et al. (Eds.). *Of courts and constitutions. Liber amicorum in honour of Nial Fennelly*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 14-.

⁶⁰ Stone Sweet (2010) has affirmed that: “(...) in the EU, the constitutionalization of the treaty of Rome was able to proceed, in part because the decision-rule in place for treaty-revision-the unanimous vote of the member States-effectively insulates the court's constitutional law-making from reversal. In such contexts, dialogue exists, but it is the EC that typically has the “last word” not the member States (...).”

The pretoria origin, creative rectius interpretative EU law methods does not make it easy to identify, in an objective manner, the limits that CJEU meets in the exercise of its interpretative function⁶¹ so that some have criticized activism⁶² and qualified its approach as political rather than juridical (WEILER, 1987; CONWAY, 2012)⁶³, also considering that the same CJEU is required to comply with the principle of loyalty principle established by TEU⁶⁴.

Furthermore, it has been pointed out that the teleological method, linked as it is to the purpose to be pursued, is more difficult to use than the others and can lead to the danger of causing excessive distancing from the text. The reference to the aims may be too indeterminate and risks colliding with one of the fundamental principles of European law, that of legal certainty (NICOLAIDES; GEILMANN, 2012), as well as that of attribution powers. In this regard, it was noted that in the presence of a clear and precise EU regulation, its teleological or systematic interpretation should not put it into question, because this would be contrary to legal certainty and the duty of sincere cooperation between the institutions⁶⁵.

CJEU has not explicitly replied to these criticisms through its jurisprudence, but it is significant that on several occasions CJEU members themselves, through their publications, have diffused the work and interpretative strategy, emphasizing that if it is true that it has having made the political choices regarding the

⁶¹ “(...) l'impatience de la cour peut être justifiée: mais elle ne devrait pas la conduire à aller au-delà de ses compétences et à tenter d'établir de sa propre autorité ce qui conformément aux dispositions du traité devait être établi par un processus tout à fait différent (...)” (TOADER, 2013, p. 425).

⁶² “(...) reduced scholarly support of EU law-making (...) away, legal writing is critical of EU law-making and judicial interpretation as comparable national legal scholarship and the doctrine, taken as a whole, is more reluctant to throw its weight behind plans for “more Europe” (...)” (MUIR; DAWSON; DE WITTE, 2013, p. 2). For further details see: DE WITTE, B. European union law: a unified academic discipline? In: VAUCHEZ, A.; DE WITTE, B. (eds.). *Lawyering Europe*: European law as a transnational social field. Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2013.

⁶³ “(...) paradoxically, the decision making of the CJEU is not subject than those of other courts. They are certain, however, not because its approach is governed by a high degree of methodological rigour, but because the court's pro-union predisposition is so settled (...)” (BECK, 2016, p. 512) for the difference between legal interpretations and a judicial activism see: “(...) the former is considered a legitimate expression of judicial function and the latter its degeneration, involving a judge's arbitrary intrusion into the political arena by giving priority to values other than legal ones (...)” (POLLICINO, 2004, p. 286).

⁶⁴ “(...) the role of the ECJ is indeed neither to anticipate nor to pre-empt choices that fall within the purview of the EU legislator (...)” (LENAERTS; GUTIÉRREZ-FONS, 2013; LENAERTS, 2013, p. 1323), contra: “(...) the court of justice (...) will be aware that lack of judicial interference may very well mean that nothing will happen at all (...)” (KOOPMANS, 2000, p. 58).

⁶⁵ According to the cited authors creative methods of interpretation are particularly unsuitable with reference to judicial cooperation in criminal matters. Another area in which there is little room for the application of the teleological method is that of technical, specific or detailed disciplined regulations (LENAERTS; GUTIÉRREZ-FONS, 2013).

aims and foundation of EU law⁶⁶, its work has not diverged from what is generally done by the supreme internal jurisdictions and has in any case respected the competences of the other institutions and member states political will (PESCATORE, 1994; SCHOCKWEILER, 1995)⁶⁷.

These criticisms derive from a selective approach in examining CJEU jurisprudence which leads to generalizations on the way in which it interprets EU law, which do not take into account the fact that in most cases, CJEU follows a cautious interpretative approach (TRIDIMAS, 1996; ALBORS LLORENS, 1999)⁶⁸. Although reasonable this position is not convincing since it is easy to understand how even if numerically more limited the cases of extensive interpretation are those that attract attention and sometimes criticism because they are placed to some extent as more limiting than state sovereignty (DE WAELE, 2010). This concerns above all the judgments concerning those that have been defined as constitutional issues (CONWAY, 2012) that once resolved in favor of integration are the ones that succeeded in consolidating themselves through the careful use that CJEU made the jurisprudential precedent⁶⁹.

With regard to this discussion, it appears to be founded the opinion of Edward which has affirmed that: “(...) to say that a court is activist tells us only about the speaker's view of the nature of the law and judges role (...)” (EDWARD, 1996, p. 32). Weatherill also notes the difficulty of identifying a parameter against which to evaluate CJEU attitude as an activist (WEATHERILL, 2003) and indicates how it should be placed in relation with its ability to convince internal judges and member states of the validity of its arguments, becoming a question of persuasion rather than legitimacy (MUIR; DAWSON; DE WITTE, 2013; TRIDIMAS, 1996; ARNULL, 2013; LENAERTS, 2013; EVERLING, 1994). In final analysis it is necessary to separate the profile of choices opportunity made by CJEU, which in certain circumstances may be debatable (ARNULL, 2006) from that of their legitimacy which is instead unquestionable (MERTENS DE WILMARS, 1985; EDWARD, 1996; TRIDIMAS, 1996; TEMPLE LANG, 2011)⁷⁰. It was observed that: “(...) the

⁶⁶ “(...) judges cannot avoid taking “political” decisions if by that you mean that they have to take decisions which have political consequences. But that does not mean that the judges themselves are acting as politicians or deciding cases for political reasons (...)” (EDWARD, 1996-1997, p. 69).

⁶⁷ “(...) il doit leur donner tout leur sens et faire porter à leurs dispositions toutes les conséquences utiles, explicites ou implicites que la lettre et l'esprit commandent (...)” (LECOURT, 1976, p. 238).

⁶⁸ “(...) in the majority of cases, the decision will be to the detriment of member states trying to preserve certain sovereign rights or interests (...)” (DE WAELE, 2010, p. 15).

⁶⁹ “(...) a proper use of a “precedent-oriented” approach is only meaningful if it is coupled with a teleological and meta-teleological legal reasoning (...)” (POIARES MADURO, 2007, p. 146).

⁷⁰ “(...) a superior principle in the light of which the case has to be resolved (...)” (CONSTANTINESCO, 2000, p. 80).

question is neither whether the Court uses policy arguments nor whether it goes beyond the literal meaning of legal provisions. The question is rather whether and by what considerations its decision are justified or at very least, rationally justifiable (...)” (BENGOETXEA; MACCORMICK; MORAL SORIANO, 2001, p. 45).

Weatherill reports appropriately how the argumentative approach followed by CJERU was different in the early decades of European integration - up until the first treaty reform with the Single European Act of 1986 - how it laid the solid foundation of EU legal order⁷¹, and the subsequent period in which member states took of defining their contours and limits more precisely and its role was less active (LENAERTS, 2013). From the point of view of the dynamic boost in favor of the consolidation of this legal order produced by CJEU through the teleological interpretation of EU law, it has attenuated at the moment in which it was consolidated and member states started to modify the original founding treaties, summarizing greater control over the integration process as a rule, accepting the evolutionary solutions contained in CJEU jurisprudence, but in some way “irrigating” it in written provisions and reducing the room for maneuver that the original founding treaties gave it.

In more recent times, member states have also introduced in the treaties certain rules that envisage developments that are different from those long envisioned in court’s evolutionary jurisprudence. One of the fundamental choices made with the Treaty of Lisbon concerns precisely the question of competences with a repeated reference, sometimes even redundant, to the principle of attribution and to the circumstance for which the competences not attributed to EU belong to member states (think of articles 1, letters 1, 4, paragraphs 1 and 5, paragraph 1 and 2 TEU). We also refer to the provisions that expressly provide that in matters of concurrent competence, states may act to the extent that the union does not do so and that they “again exercise their competence to the extent that the union has decided to cease one’s exercise”⁷² also art. 28, par. 2 TEU provides that future treaty revision projects may be aimed at increasing or reducing EU powers⁷³.

More generally, it seems to me that with the Treaty of Lisbon an increased sensitivity of member states towards the configuration of EU has emerged as an entity which, although autonomous, has ample but not unlimited competences.

⁷¹ “(...) the court is aware of the changing institutional and constitutional environment and it is responding to it (...)” (WEATHERILL, 2003, p. 256).

⁷² Art. 2, par. 2 TFEU. For further details see: HATJE, A.; TERHECHTE, J. P.; MÜLLER-GRAFF, P. C. *Europarechtswissenschaft*. In: NOMOS, B. B.; SCHWARZE, J.; BECKER, V.; HATJE, A.; SCHOO, J. *EU-Kommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

⁷³ See declaration n. 19 attached to the treaties concerning the delimitation of competence.

It is possible that this also constitutes a manifestation of a ventilation system of member states with respect to the sometimes excessive use of teleological interpretation, almost a defensive reflex of closure protecting its own sovereignty. This is accompanied by the transformation of the national dimension relative to the application of the principle of subsidiarity and to the control over the respect of the same, entrusted to member states parliaments⁷⁴.

The fact that there is no legal obligation for member states to continue to be part of the Union indefinitely is also significant. In this regard, the withdrawal clause introduced by art. 50 of the Treaty of Lisbon confirms the internationalist base of EU by writing down a previously legitimate possibility, even in the absence of an express provision in this regard, and determining the procedures relating to such withdrawal. They are known to have been activated by the United Kingdom in March of 2017.

The principle of loyal cooperation has been redefined in Lisbon, precisely on the basis of CJEU's jurisprudence in the sense that EU and member states respect each other and assist one another (art. 4, par. 3 TEU), while originally it was referring only to the attitude that member states should have held in connection with EU. And it seems to me that even the reference to respect for national identity, inserted with the Treaty of Maastricht and later reiterated and extended with the Treaty of Lisbon (art. 4, par. 2 TEU), shows a clear position of states members in defense of their sovereign prerogatives, as confirmed by the jurisprudence of several of their constitutional courts.

The possibility of starting an enhanced cooperation with the Treaty of Amsterdam and confirmed in the subsequent reform treaties appears to be a limit to the use of the teleological interpretation of EU law. It seems to me that art. 20, par. 1 TEU, where it states that this mechanism is aimed at promoting the achievement of the objectives of the union only among some member states which precludes the possibility for CJEU to recall those objectives also with regard to states not participating in the enhanced cooperation. If a state chooses to stay out of enhanced cooperation, it would appear that it chose to remain outside a strengthened cooperation, in fact it would be incongruous for the objective pursued by it to appear to him as a consequence of a teleological jurisprudential interpretation.

According to our opinion CJEU has made extensive use of its prerogatives in order to strengthen the right of the union and expand EU competences, in this

⁷⁴ Art. 5, par. 2 TEU, and Protocol n. 2. For further details see: MARTUCCI, F. *Droit de l'Union européenne*. Paris: LGDG, 2017. Also: POIARES MADURO, M.; WIND, M. *The transformation of Europe: Twenty-five years on*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 321. And: MANGAS MARTÍN, A. *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

confirmed by the choices of member states and European institutions to follow up some of its statements, amending the treaties established or approving acts of secondary law. In its jurisprudence it has used different interpretative methods with a particular preference for the teleological one. I believe that while this way of proceeding could be understandable in the first decades of operation of the European community, since it also constituted a necessary element in order to affirm the relevance and autonomy of the Community legal order compared to those of the member states in the context of a strongly sectorial system, it in the present moment in which EU has very significant powers, is less practicable. In this regard it is noted that harmonization is a widely acquired datum and is no longer an objective to be achieved and the same can be said for the primacy of European law over those of member states and for many other principles taken in the past by CJEU. The signaled choice made with the Treaty of Lisbon, to make a repeated reference to the limit that the union derives from the powers attributed, also concerns the teleological method in the interpretation of EU law. It seems to me that even in this respect the spaces for a further spontaneous development of European law have been reduced, perhaps started and supported by an extensive or dynamic interpretation of CJEU. In the current phase of the integration process the need for the union to assert itself and find its space (DE WAELE, 2010)⁷⁵, is less felt, also through a wide recourse to the teleological method⁷⁶, referred to its original form (TEMPLE LANG, 2011).

4. THE IMPORTANCE IN EU LAW OF INTERPRETATION RULES APPLICABLE TO INTERNATIONAL TREATIES

CJEU in some judgments dating back to the early years of the integration process, also referred to rules provided by international law for the purpose of interpreting the (then) community treaties (KUIJPER , 2011), with particular reference to a literal interpretation⁷⁷. But it is indisputable that already in the years immediately following, it declared that it did not consider itself in any way

⁷⁵ “(...) since 1990 the European court has begun to appear less willing to give judgments of the legislative kind (...) this probably represents prudence in the face of increasing criticism, rather than a change of the heart. In a different climate the court might well resume its old ways (...)” (HARTLEY, 1996, p. 29).

⁷⁶ “(...) sera établi et assuré, je crois qu'il éprouvera moins le besoin de justifier son existence ou de se justifier lui-même par des gestes spectaculaires et qu'il acceptera, parce qu'il sera accepté, de jouer son propre rôle d'une façon plus tranquille et à voix moins haute (...)” (HAMSON, 1976, p. 29).

⁷⁷ CJEU, C-1/54, France v. High Authority of 21 December 1954, ECLI:EU:C:1954:7, I-00001. C-2/54, Italy v. High Authority of 21 December 1954, ECLI:EU:C:1954:8, I-00037. C-3/54, ASSIDER of 11 February 1955, ECLI:EU:C:1955:2, I-00063. C-4/54, ISA of 11 February 1955, ECLI:EU:C:1955:3, I-00091. See for further analysis: DERLÉN, M.; LINDHOLM, J. *The Court of Justice of the EU: Multi-disciplinary perspectives*. Oxford; Oregon: Hart Publishing, 2018.

bound by the interpretative methods mainly used for international treaties and it developed its own interpretative strategy which attributes greater importance to the systematic method and above all to the teleological method (WEATHERILL, 2003)⁷⁸. CJEU has not used an interpretation system with reference to instituting treaties (through the criteria of international law) and secondary law (through those of domestic law) (LENAERTS, 2007), with respect to which no interpretation could have the interpretative rules provided by the Vienna Convention on Law of Treaties (VCLT) and CJEU has since its first rulings rejected the ordinary meaning of a term, in favor of its community meaning⁷⁹.

The validity of the approach followed by CJEU also derives from art. 5 of the same VCLT on the basis of which it is applied in relation to treaties establishing international organizations, unless otherwise provided for by the pertinent rules of the organization (BECK, 2016). This justifies the legitimacy of use of specific interpretative methods in the context of these, including EU.

The opinion of CJEU clearly emerges from the thought of one of its members, judge Kutscher, according to whom the peculiar character of the Union implies that the interpretative rules of international treaties cannot generally be applied to the interpretation of EU treaties (PESCATORE, 19--)⁸⁰. Even when CJEU used the interpretative rules of VCLT it did not do so by virtue of a legal obligation, but for a choice of opportunities assessed case by case (KUIJPER, 1988).

And some of his judgments have been expressly different from art. 31 VCLT. For example in C-327/91, France v. Commission sentence of 9 August 1994⁸¹ acknowledged that "a simple practice cannot prevail over the rules of treaty"⁸² and in Opinion 1/94 of 15 November 1994 reiterated that "according to the constant jurisprudence of the court, a mere practice of the Council cannot derogate according to treaty rules and cannot therefore create a precedent that binds EU institutions as regards the determination of the correct legal basis (...)"⁸³ and that the conclusions reached by it "cannot be modified based

⁷⁸"(...) EC law's supposed divergence from orthodox public international law is more a question of words than substance (...)" (EDWARD, 1996-1997, p. 70).

⁷⁹ CJEU, C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen* of 23 February 1961. Degan (1963) affirmed that "(...) par cette pratique, la cour de Luxembourg s'est plutôt rapprochée d'une juridiction interne que d'un tribunal proprement international (...)".

⁸⁰"(...) forme contraste avec les méthodes traditionnelles du droit international, marquées d'un indéniable statisme (...)" (KUTSCHER, 1976, p. 31).

⁸¹CJEU, C-327/91, France v. Commission of 9 August 1994, ECLI:EU:C:1994:305, I-03641.

⁸²CJEU, C-327/91, France v. Commission of 9 August 1994, op. cit., par. 36

⁸³ Par. 52, which the CJEU has referred to the precedent case: C-68/86, *United Kingdom v. Council of 23 February 1988*, ECLI:EU:C:1961:85, I-00855.

on an institutional practice consisting of autonomous measures or external agreements (...)”⁸⁴.

In a different profile, with reference to provisions interpretation belonging to treaties concluded by the Community/Union with other international subjects, in some cases CJEU has also declared how much they use identical terms to those of a provision of European law, in line with as it has long held concerning the autonomy of the meaning of the terms used in EC legal system, different methods must be used for the purposes of their interpretation (SOREL; BORÉ EVENO, 2011). For example in C-270/80, Polydor case of 9 February 1982⁸⁵ CJEU faced with provisions of an agreement between ECCs and Portugal, drafted in terms similar to those of ECC treaty, found that for interpretative purposes:

this textual analogy does not is a sufficient reason to transpose to the system of the agreement CJEU jurisprudence which determines, within the community, the relationship between the protection of industrial and commercial property rights and rules on the free movement of goods (...) aims through the establishment of a common market and gradual approximation of member states economic policies, the fusion of national markets into a single market with the characteristics of an internal market (...) (CJEU, 1982).

In C-17/81, Pabst case of 29 April 1982⁸⁶, concerning the interpretation of some rules of the EEC treaty and the association agreement between the then EEC and Greece. CJEU interpreted the provision of the association agreement, formulated in terms similar to that of the treaty, in the same way, attributing it also the direct effect. In this regard, however, the circumstance highlighted by CJEU that the association agreement was inserted “in a set of provisions that have the purpose of preparing the entry of Greece into the community (...)” (CJEU, 1982)⁸⁷.

In the aforementioned opinion 1/91 of 14 December 1991, CJEU has expressly acknowledged: “(...) the identical literal tenor of provisions of the agreement and

⁸⁴ CJEU, C-68/86, United Kingdom v. Council of 23 February 1988, op. cit., par. 61

⁸⁵ CJEU, C-270/80, Polydor and others of 9 February 1982, ECLI:EU:C:1982:43, I-00329.

⁸⁶ CJEU, C-17/81, Pabst & Richard KG v. Hauptzollamt Oldenburg of 29 April 1982, ECLI:EU:C:1982:129, I-01331.

⁸⁷ Also the case: T-115/94, Opel Austria of 22 January 1997, ECLI:EU:T:1997:3, II-00039, concerning the free trade agreement between the EC and the agreement on the European economic area, which states that it results from the jurisprudence that in order to establish whether the interpretation of an EEC regulation can be extended to an identical standard of an agreement like the EEA agreement, it must be analyzed in the light of both the object and purpose of the agreement itself, and its context (...) (par. 106). See also case: C-163/90, Legros of 16 July 1992, ECLI:EU:C:1992:326, I-04625. For further details: TATHAM, A. F. *Central european constitutional courts in the face of EU memberships*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 196.

the corresponding Community provisions does not imply that both must necessarily be interpreted in the same way (...)"'. The reason is that they are placed in different contexts, the one creates rights and obligations between the contracting parties, the others are part of an order in which member states transfer a part of their sovereignty; objectives (teleological method) and the context (systematic method) of an international treaty and European treaties are different.

Consequently CJEU denies that these international agreements produce the same consequences that it attributes to EU treaties⁸⁸. In opinion 1/91, however, it explicitly referred to rules on the interpretation of art. 31 VCLT which he had already implicitly used in the Polydor sentence of 1982⁸⁹ placing emphasis on the object and purpose of a treaty. In this judgment CJEU used ordinary rules of interpretation of a treaty in order to obtain the exceptional character of EU law and its legal system.

CJEU uses the nature and structure of an international treaty including those of which the Community/Union is a part, sometimes for the purpose of assessing whether the international agreement can produce direct effects through joined cases C-21 to 24/72, International Fruit sentence of 12 December 1972⁹⁰ for interpretative purposes only⁹¹. In this respect CJEU has in its applied jurisprudence the discipline set by VCLT including its rules of interpretation, confirming its customary nature. As a rule, it is used in relation to international agreements applicable in European law (such as the WTO agreements or the Montego Bay

⁸⁸ CJEU, C-149/96, Portugal v. Council of 23 November 1999, ECLI:EU:C:1999:574, I-08395.

⁸⁹ See opinion 2/00 of 6 December 2001. C-312/91, Metalsa of 1st July 1993, ECLI:EU:C:1993:273, I-03751, par. 12. In case C-416/96, El-Yassini of 2 March 1999, ECLI:EU:C:1999:107, I-01209, said that: "... in accordance with a constant jurisprudence an international treaty must be interpreted not only in the same way as the terms in which it is drafted, but also in light of its objectives Article 31 VCLT in this respect states that a treaty must be interpreted in good faith, according to the common sense to be attributed to its terms in their context, and in the light of its object and its purpose (...)" (CJEU, 1999). In the same spirit of orientation see: C-268/99, Janys and others of 20 November 2001, ECLI: EU: C: 2001:616, I-08615. For further analysis see: CHALMERS, D.; DAVIES, G.; MONTI, G. European Union law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

⁹⁰ CJEU, joined cases C-21 to 24/72, International Fruit of 12 December 1972, ECLI:EU:C:1972:115, I-01219, parr. 26-28 and the case: C-12/86, Demirel of 30 September 1987, ECLI:EU:C:1987:400, I-03719. For further analysis see: CONANT, L. J.; *Justice contained law and politic in the EU*. Ithaca: Cornell University Press, 2018. HARTKAMP, A.; SIBURGH, C.; DEVROE, W. *Cases, materials and text on European Union law and private law*. Oxford; Oregon; Portland: Hart Publishing, 2017. CONWAY, G. *European Union law*. London; New York: Routledge, 2015. NICOLA, F.; DAVIES, B. *European Union law stories*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

⁹¹ CJEU, C-308/06, Intertanko and others of 3 June 2008, ECLI: EU: C: 2008: 312, I-04057. For further details see: CREMONA, M.; THIES, A. *The European Court of Justice and external relations law*. Oxford; Oregon; Portland: Hart Publishing, 2014. CREMONA, M.; MICKLITZ, H. W. *Private law in the external relations of the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2016. PATTERSON, D.; SÖDERSTEN, A. *A companion to European Union and international law*. New York: Wiley & Sons, 2016.

Convention on the Law of the Sea), interpretative methods that are more restrictive than those used for EU law provisions, as corresponding to VCLT. Later he stated in C-162/96, Racker sentence of 16 June 1998⁹² (concerning the interpretation of a cooperation agreement between EEC and Yugoslavia), that the Community/Union "is obliged to respect the norms of customary international law"⁹³ in C-386/08, Brita case of 25 February 2010⁹⁴ relating to EU-Israel association agreement, CJEU stated that it is governed by international law and that with respect to its interpretation, the law of treaties codified by VCLT applies to the extent the treaty law codified by VCLT to the extent that it constitutes the expression of customary international law⁹⁵. It added that "(...) although not binding for the convention of Vienna, they reflect the norms of customary international law which, as such, bind the institutions of the community and form part of the Community legal order (...)")⁹⁶; among these CJEU expressly referred to art. 31 of the Convention⁹⁷.

In its jurisprudence CJEU has applied the rules of interpretation of the treaties not only to those concluded between EU and third states, but also to the right derived from them. The most important example concerns the decisions of the council established by the association agreements (KUIJPER, 1988).

In finis, CJEU has sometimes interpreted an international agreement of which the Community/Union is not a contracting party simply in order to understand if European law could be interpreted in conformity with it⁹⁸. The circumstance that the interpretative rules of VCLT are also used in CJEU jurisprudence today no longer with reference to EU treaties but to the agreements concluded between EU and other international subjects, it confirms the customary character. A recurrent element in the interpretation of international treaties as it has been reported includes those establishing international organizations is the ref-

⁹² CJEU, C-162/96, Racker v. Hauptzollamt Mainz of 16 July 1998, ECLI:EU:C:1998:293, I-03655

⁹³ CJEU, C-162/96, Racker v. Hauptzollamt Mainz of 16 July 1998, op. cit., par. 45.

⁹⁴ C-386/08, Brita of 25 February 2010, ECLI:EU:C:2010:91, I-01289.

⁹⁵ C-386/08, Brita of 25 February 2010, op. cit., par. 39-41. See also KUIJPER, 1988.

⁹⁶ The CJEU has referred the case: El-Yassini of 2 March 1999.

⁹⁷ C-386/08, Brita of 25 February 2010, op. cit., par. 42-43. also in the same orientation the case: C-104/16, Council v. Polisario Front of 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:973, published in the electronic Reports of the cases, in which the CJEU reiterates that in the interpretation of an international agreement of which the EC is a part (in speciem, the liberalization agreement with Morocco) "the court was required to respect "the rules set by art. 31 VCLT (...) " (par. 86). For further details see: LYONS, T. *EU customs law*. Oxford: Oxford University Press, 2018. CZUCZAI, J.; NAERTS, F. *The European Union as a global actor. Bridging legal theory and practice*: Liber amicorum in honour of Ricardo Gosalbo Bono. The Hague: Brill, 2017.

⁹⁸ CJEU, C-344/04, IATA and ELFAA of 10 January 2006, ECLI:EU:C:2006:10, I-00403. See also: D.A.O. EDWARD, R. LANE, Edward and Lane on European Union law, op. cit.,

erence to the useful effect of rules to be interpreted. It is interesting to consider the importance that the useful effect has in this context, in order to understand how CJEU used it, in the light of the examination just carried out, of the interpretative methods of the Community/EU law.

CONCLUDING REMARKS

According to the author opinion the differences regarding the acknowledgement recognized in every type of interpretation referring to EU order does not follow the notion of useful effect (which is not part of our analysis research) which is indeed sufficiently broad to include its various meanings. These are differences concerning the privileged interpretative strategy. What changes is the way it is used by the interpreter to pursue a more or less broad interpretation. And this also notes in relation to the examined traceability to the notions of efficacy and effectiveness, present both in the interpretation of international treaties, including those instituting international organizations and in the interpretation of Union treaties and more generally of the European legal system.

To this end, reference has been made to the principle of legal certainty as well as to the objectives of law itself as limits to interpretation but it is well understood that these are completely general concepts and perhaps not very effective, especially when compared with a peculiar order like that of the Union.

It seems to me that greater importance should be given to the position that seeks to identify the limits to the use of various principles alongside the interpretation of Union law, in particular that of attribution powers and that of loyal cooperation. There are no strict criteria, but honestly, in the light of the analysis conducted, we do not believe that at least the current state of CJEU's jurisprudence is possible to identify other precise limits in the face of such a flexible and rather extensive notion.

In the light of the brief research conducted, it seems to us that in the current phase of the process of European integration the spaces have been reduced for a further "spontaneous" development of the Union legal order, perhaps initiated and supported by an extensive or dynamic interpretation of CJEU. In the last few years, it has been using the current state of affairs in a conservative way.

REFERENCES

- ACOSTA ARCARAZO, D.; MURPHY, E. C. *EU security and justice law: After Lisbon and Stockholm*. Oxford; Oregon; Portland: Hart Publishing, 2014.
- ALBORS LLORENS, A. The European court of justice: more than a teleological court. In: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. [S. l.], 1999.

- ALTER, K. J. *The European court's political power: Selected essays*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. *Courts and comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- ARNULL, A. Interpretation and precedent in European community law. In: ANDENAS, M.; JACOBS, F. (eds.). *European community law in the english courts*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- ARNULL, A. Judicial activism and the european court of justice: how should academics respond?. In: DAWSON, M. et al. (Eds.). *Judicial activism at the European court of justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2013.
- ARNULL, A. *The European Union and its Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- AZOUALAI, L. *The part of future of EU law: The classics of EU law revisited on the 50th Anniversary of the Rome treaty*. Oxfod: Oxford University Press, 2010.
- BECK, G. *The Court of justice of the EU and the Vienna Convention on the law of the treaties*. [s. l.]: [s.n.], 2016.
- BECK, G. *The legal reasoning of the European Court of Justice of the EU*. Oxford; Oregon; Portland: Hart Publishing, 2012.
- BEHR, G. The development of a community law by the Court of the European Coal and Steel Community. *Minnesota Law Review*, [s.l.], v. 43, 1958-1959.
- BENGOETXEA, J. *The legal reasoning of the european court of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- BENGOETXEA, J.; MACCORMICK, N.; MORAL SORIANO, L. Inregration and integrity in the legal reasoning of the European court of justice. In: DE BÚRCA, G.; WEILER, J.H.H.; *The European Court of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- BJORGE, E. *The evolutionary interpretation of treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BREDIMAS, A. *Methods of interpretation and community law*. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1978.
- BROBERG, M.; FENGER, N. *Preliminary references to the European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- CARBELLI, D. *Employment law in context: text and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- CONSTANTINESCO, V. The ECJ as a law-maker praeter aut contra legm?. In: O'KEEFFE, D. (Ed.). *Judicial review in European Union law: Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- CORTEN, O.; KLEIN, P. *The Vienna Conventions on the law of treaties: A commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- CHEVALLEIR, R.M. Methods and reasoning of the European court in its interpretation of community law. *Common Market Law Review*, [s.l.], v. 2, 1965.
- CJEU. *C-270/80: Polydor and others*. 9 Feb. 1982.
- CJEU. *C-416/96: El-Yassini*. 2 Mar. 1999.

CONWAY, G. *The limites of legal reasoning and the European court of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

CORTEN, O. Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne: approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation?. *Revue Générale de Droit International Public*, [s.l.], v. 115, 2011.

DE CARVALHO MOITINHO DE ALMEIDA, J. C. L'interpretation par la Cour de justice de l'Union du droit européen de procédure civile. In : BRADLEY, K. et al. (Eds.). *Of courts and constitutions: Liber amicorum in honour of Nial Fennelley*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2014.

DEGAN, V. D. *L'interprétation des accords en droit international*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1963.

DEGAN, V. D. Procèdes d'interprétation tirés de la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes. exposé comparatif avec la jurisprudence de la cour internationale de justice. *Revue Trimestrielle de Droit Européene*, [s. n.], [s. v.], 1966,

DERLÉN, M.; LINDHOLM, J. *The Court of Justice of the EU: Multidisciplinary perspectives*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2018

DE VISSCHER, C. L'interprétation judiciaire des traités d'organisation internationale. *Rivista di Diritto Internazionale*, [s.l.], [s.v.], 1958.

DE WAELE, H. The role of the European Court of Justice in the integration process: a contemporary and normative assessment. *Hanse Law Review*, [s.l.], n. 6, 2010.

DICKSON, J.; ELEFTHERIADIS, E. *Philosophical foundations of EU law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DICKSHAT, S. A. Problèmes d'interprétation des traités européennes résultant de leur plurilinguisme. *Revue Belge de Droit International*, [s. l.], 1968.

DÖRR, O. Article 31: General rule of interpretation. In: DÖRR, O.; SCHMALENBACH, K. (a cura di). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary*. Heidelberg; New York: Springer, 2012.

DUMON, D. L jurisprudence de la cour de justice : Examen critique des méthodes d'interprétation. *Rencontre judiciaire et universitaire*, Luxembourg, sept. 1976.

EDWARD, D.A.O.; LANE, R. *Edward and Lane on European Union law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2013.

EDWARD, D. Judicial activism-myth or reality?. In: CAMPBELL, A. I. L.; VOYATZI, M. (Eds.). *Legal reasoning and judicial interpretation of european law: essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*. London: Trenton Publishing, 1996.

EDWARD, D. The european court of justice-friend or foe?. *European-Atlantic Journal*, [s. n.], [s. l.], 1996-1997.

EVERLING, U. On the judge-made law o the european community's courts. In: O'KEEFFE, D. (ed.). *Judicial review in European Union law: Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.

EVERLING, U. Reflections on the reasoning in the judgments of the Court of justice of european communities. In: THORUP, K.; ROSENLOV, J. *Festkraft til Ole Due, København*. Copenhagen: Gec Gads Forlag, 1994.

- EXNER, J. *Sporting nationality in the context of EU: seeking a balance between sporting bodies interests and athletes rights*. Berlin: Springer, 2019.
- FAHEN, E. *The global reach of EU law*. New York; London: Taylor & Francis, 2016.
- FENNELLY, N. Legal interpretation at the European Court of justice. *Fordham International Law Journal*, [s. l.], n. 21, 1997.
- FITZMAURICE, M.; ELIAS, O.; MERKOURIS, P. (Eds). *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 30 years on. The Hague: Martinus Nijhoff, 2010.
- FITZMAURICE, G. G. *Treaties*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International law*. [s. l.]: [s.n.], 2010.
- FOLLESDAL, A.; GROSSMAN, N.; COHEN, H. G. *Legitimacy and international courts*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- GARDINER, R. *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GUTIÉRREZ POSSE, H. La maxime ut res magis valeat quam pereat (interprétation en fonction de «l'effet utile»): Les interprétations «extensives» et «restrictives». *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, [s. l.], n. 23, 1972.
- HAMSON, C. Méthode d'interprétation: Appréciation critique des résultats. *Rencontre judiciaire et universitaire*, Luxembourg, 27-28 septembre 1976.
- HARTLEY, T. C. The European court, judicial objectivity and the constitution of the European Union. *Law Quarterly Review*, [s. l.], n. 29, 1996.
- HORSLEY, T. *The Court of Justice of the European Union as an institutional actor*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- KACZOROWSKA-IRELAND, A. *European Union Law*. London; New York: Ed. Routledge, 2016.
- KUIJPER, P. J. The european courts and the law o treaties: the continuing story. In: CANNIZZARO, E. (Ed.). *The law of treaties beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxord University Press, 2011.
- KUIJPER, P. J. The court and the tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969. *Legal Issues of European Integration*, [s. l.], n. 15, 1988.
- KOLB, R. *Interpretation et création du droit international*. Bruxelles: Bruylant, 2006.
- KOOPMANS, T. The birth of european law at the crossroads of legal traditions. *American Journal of Comparative Law*, n. 39, 1991.
- KOOPMANS, T. The theory of interpretation and the court of justice. In: O'KEEFFE, D. (eds.). *Judicial review in European Union law: Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. The Hague: Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- KUTSCHER, H. Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour. *Rencontre judiciaire et universitaire*, Luxembourg, 27-28 sep. 1976.
- LECOURT, R. *L'Europe des juges*. Bruxelles: Bruylant, 1976.
- LENAERTS, K.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A. To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice. *EUI working paper*, [s. l.], n. 9, 2013.
- LENAERTS, K.; GUTMAN. The comparative law method and the European Court of Justice: Echoes across the atlantic. *The American Journal of Comparative Law*, [s. l.], n. 64 v. 4, 2016.

- LENAERTS, K. How the ECJ thinks: a study on judicial legitimacy. *Fordham International Law Journal*, [s. l.], n. 37, 2013.
- LENAERTS, K. Interlocking legal orders in the European Union and comparative law. *International and Comparative Law Quarterly*, [s. l.], n. 52, 2003.
- LENAERTS, K. Interpretation and the Court of the Justice: a basis for comparative reflection. *The International Lawyer*, Dallas, v. 41, n. 4, p. 1011-1032, 2007.
- LIPSTEIN, K. Some practical comparative law: The interpretation what the law of multi-lingual treaties with special regard to the EEC treaties. *Tulane Law Review*, [s. l.], n. 49, 1974/75.
- LÜTTRINGHAUS, J. D. Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, [s. l.], n. 77, v. 1, 2013.
- MANCINI, G. F. The making of a constitutiona for Europe. *Common Market Law Review*, [s. l.], n. 26, 1989.
- MANN, C. J. *The function of judicial decision in european economic integration*. Berlin: ed. Springer, 2013.
- MERTENS DE WILMARS, J. Reflections sur les mèthodes d'interpretation de la Cour de justice des communautès européennes. *Cahiers de Droit Européen*, [s. l.], [s. n.], 1985.
- MONACO, R. *Hauptreferat/Rapport gèbèral, Zehn Jahre rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften/Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des communautè européennes*. Köln, 1965.
- MOORHEAD, T. *The legal order of the EU: the institutional role of the Court of Justice*. London; New York: Ed. Routledge, 2014.
- MUIR, E; DAWSON, D.; DE WITTE, B. Introduction: The european court of justice as a political actor. In: DAWSON, M. et al. (Eds.). *Judicial activism at the European court of justice*. Antwerp; Oxford: Ed. Intersentia, 2013.
- NICOLAIDES, P.; GEILMANN, M. What is effective implementation of EU law?. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 19, 2012.
- NOUTE, G. Treaties and subsequent practice. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- PAUNIO, E. *Legal certainty in multilingual EU law: Language discourse and reasoning at the European Court of Justice*. London; New York: Ed. Routledge, 2016.
- PEERS, S. *EU justice and home affairs law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- PESCATORE, P. *Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin?*. In: THORUP, K.; ROSENLOV, J. *Festskrift til Ole Due, København*. Copenhagen: Gec Gads Forlag, 1994.
- PESCATORE, P. Les objectifs de la Communauté européenne comme principes l'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. In: VAN DER MEERSCH, W. J. G. *Miscellanea*. Bruxelles: Bruylant, 1972.
- PESCATORE, P. Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautès européennes, à des normes dèduites de la comparaison des droits des États membres. *Revue Internationale de Droit Comparé*, [s. l.], n. 46, 1980.
- POIARES MADURO, M. Interpreting European law: judicial adjudication in the context of constitutional pluralism. *European Journal of Legal Studies*, [s. l.], n. 1, 2007

POLLICINO, O. Legal reasoning of the Court of justice in the context of the principle of equality between judicial activism and self-restraint. *German law Journal*, [s. l.], n. 5, 2004.

REUTER, P. Le recours de la cour de justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit. In: ROLIN, H. *Problèmes de droit des gens – mélanges offerts à Henri Rolin*. Paris: Pedone, 1964. p. 263-283.

RITLING, D. *Independence and legitimacy in the institutional system of the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ROSENFELD, M. Comparing constitutional review by the European court of justice and the U.S. Supreme court. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], n. 4, 2006.

ROSS, M. Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?. *European Law Review*, [s. l.], [s. n.], 2006.

SAMSO, M. High hopes, scant resources: a word of scepticism about the anti-fragmentation function of article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *Leiden Journal of International Law*, [s. l.], n. 24, 2011.

SÁNCHEZ GRAELLS, A. *Public procurement and the EU competition rules*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2015.

SCHIEMANN, K. From common law judge to European judge. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n. 13, 2005.

SCHEINGOLD, S. A. *The rule of law in European integration*: The path of the Schuman plan. New Orleans: Quid Plus Books, 2013.

SCHOCKWEILER, F. La Cour de justice des communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions?. *Journal des Tribunaux: Droit européen*, [s. l.], [s. n.], 1995.

SHARPSTON, E. Transparency and clear legal language in the European union: ambiguous legislative texts, laconic pronouncements and the credibility of the judicial system. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, [s. l.], n. 12, 2009-2010.

SHAW, K. *The Court of Justice of the European Union*: Subsidiarity and proportionality. The Hague: Brill, 2018.

SOREL, J. M.; BORÉ EVENO, V. 1969 Vienna convention. Article 31. General rule of interpretation. In: CORTEIN, O.; KLEIN, P. *The Vienna convention on the law of treaties: A commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

STONE SWEET, A. The European court of justice and the judicialization of EU governance. *Living Reviews in European Governance*, [s. l.], n. 5, 2010.

TEMPLE LANG, J. Basic principles of European law applying to national courts. *Svensk Juristidning*, [s. l.], [s. n.], 2011.

TOADER, C. Méthodes d'interprétation en droit de l'Union européenne en matière de protection du consommateur: une approche pratique. In: KRÖNENBERGER, V. et al. *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*. Bruxelles: Bruylants, 2013.

TRIDIMAS, T. The Court of justice and judicial activism. *European Law Review*, n. 2, p. 206, 1996.

VAN CALSTER, G. The EU's tower of babel-the interpretation by the European court of justice of equally authentic texts drafted in more than one official language. *Yearbook of European Law*, [s. l.], n. 18, 1997.

VAN RAEPENBURSCH, S. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Bruxelles: Larcier, 2016.

WEATHERILL, S. Activism and restraint in the European court of justice. In: CAPPY, P. et al. (Eds.). *Asserting jurisdiction. International and european legal perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

WEILER, J. H. The court of justice on trial. *Common Market Law Review*, [s. l.], n. 24, 1987.

WESSEL, A. R. The dynamics of the European Union legal order. An increasingly coherent framework of action and interpretation. *European Constitutional Law Review*, [s. l.], n. 12, 2009.

WIJCKERHELD, C. *Korreferat/Co-rapport, in Zehn Jahre rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften/Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*. Köln, 1965.

ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM NA ERA DIGITAL

ECONOMIC ANALYSIS OF MEDIATION AND ARBITRATION IN THE DIGITAL AGE

Fernando Gustavo Knoerr

Advogado. Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. É Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICURITIBA. Membro do Conselho Recursal da Diretoria de Relações Internacionais da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná no biênio 2009/2011. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Catarinense de Estudos Jurídicos, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e do Instituto dos Advogados do Paraná. É Professor Benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.

Gustavo Henrique Fernandes Sganzerla

Discente do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER).

Leonardo Luís da Silva

Advogado. Mestrando em Direito com área de concentração em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2017).

Autor convidado

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar um breve estudo sobre os institutos da arbitragem e da mediação na era digital, sob a perspectiva da análise econômica do direito, delineando as possibilidades de efetivação da justiça através de métodos eletrônicos de solução extrajudicial de controvérsias, tema que recentemente conquistou a atenção da comunidade acadêmica por conter pontos sensíveis e de complexa análise, tendo em conta principalmente a observação do novo paradigma da denominada quarta Revolução Industrial. A pesquisa se localiza justamente no ponto de convergência entre aspectos fáticos, doutrinários e legais, visando responder a questão de como os métodos eletrônicos de aplicação dos institutos da mediação e arbitragem influenciam o

Direito sob a ótica da economia na era digital. Buscar-se-á estabelecer, em um primeiro momento, os pontos de partida da análise pretendida, definindo os conceitos de resolução adequada de conflitos e contextualizando as técnicas de mediação e arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, abordar-se-ão os principais aspectos do desenvolvimento tecnológico dos últimos anos, com vistas a compreender o que se pode extrair das expressões “quarta revolução industrial” e “era digital”, com o objetivo principal de instrumentalizar a análise dos métodos eletrônicos de solução de controvérsias, que constitui o ponto central desta pesquisa. Ao final, procurar-se-á identificar os principais impactos que estes métodos inseridos na nova era digital podem causar à estrutura econômica vigente, sob o ponto de vista da análise econômica do Direito.

Palavras-chave: Mediação. Arbitragem. Era digital. Análise econômica. Direito.

Abstract: This present paper intends to do a brief study about the arbitration and mediation during the digital age, through an economic analysis of law, highlighting the possibility to achieve the justice using electronic methods of out-of-court dispute settlement. This theme had recently got the academic community's attention because it has delicate subjects that demand a complex analysis, also this theme takes into account mainly the observation of a new paradigm, so-called, fourth Industrial Revolution. This present research takes into account the relation between its factual, doctrinal and legal aspects, aiming to find how the electronic methods related to the mediation and arbitration institutes influence the Law through the economy's perspective in the digital age. We will seek to establish, at the first moment, the analysis' starting points, defining the adequate conflict resolution's concepts and by contextualizing mediation and arbitration's techniques in the Brazilian legal system. Then, we will study the main aspects of last year's technological development, in order to understand what can be understood by the expressions "fourth industrial revolution" and "digital era", with the main objective of instrumentalizing these electronic methods' analysis. At the end, we will identify the main influences that these methods, in the new digital age, can cause to the current economic structure, through the Law's economic analysis.

Keywords: Mediation. Arbitration. Digital age. Economic analysis. Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve análise dos métodos adequados de solução de conflitos e do histórico normativo da arbitragem e da mediação no Brasil. 2. O descortinar da “nova contemporaneidade”: a era digital e os métodos eletrônicos de mediação e arbitragem. 3. Análise econômica da mediação e arbitragem na era digital. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No decorrer do percurso histórico traçado pela Humanidade, o processo evolutivo das civilizações teve por base o desenvolvimento da tecnologia, concebida como o engendramento de conhecimentos de caráter técnico que buscam transformar o ambiente mediante a criação e otimização de ferramentas, processos e materiais úteis ou necessários à manutenção ou satisfação do ser humano.

Este processo evolutivo não ocorreu de modo uniforme ou contínuo e a velocidade do desenvolvimento das técnicas variou de acordo com o tempo, espaço, civilização e grau de conhecimento sobre a natureza e os recursos disponíveis.

O que se sabe é que com o advento da Revolução Industrial, iniciada no Século XVIII, houve uma profunda aceleração dos processos de transformação da natureza

e da criação de novas técnicas, o que para muitos constitui o marco de forte agravamento dos impactos da atividade humana sobre o planeta e sobre o próprio modo de como o ser humano deve viver e ver o mundo, ao mesmo tempo em que fixa o novo paradigma de um tempo fabril e intrinsecamente ligado à produção de riqueza.

Nas últimas décadas, especialmente após a criação e difusão dos micro-computadores e da rede mundial de computadores, pôde-se vislumbrar uma nova ruptura da estrutura social e do modo de vida dos seres humanos, já que a comunicação, base de construção da sociedade, passou a ser possível independentemente de espaço e de tempo, conectando instantaneamente duas ou mais pessoas com apenas um “clique”.

Ao Direito, ciência voltada ao estudo das normas e princípios que regulam as relações humanas, atribui-se a árdua e penosa missão de acompanhar este processo evolutivo e, atualmente, de adequar-se ao “encurtamento virtual” da relação espaço/tempo que se descontina nas sociedades contemporâneas.

De sorte que com a expansão da possibilidade de comunicação e de relações humanas, bem como diante da complexificação dos modos de vida em sociedade, vislumbrou-se necessariamente um aumento potencial da instauração de conflitos que muitas vezes são levados ao Poder Judiciário, o que fatalmente deposita sobre a instituição uma sobrecarga de demandas judiciais, inviabilizando a própria efetivação de um modelo de justiça.

Diante do contexto de “abarrotamento” do Poder Judiciário foram criadas diversas técnicas alternativas de resolução das controvérsias, visando principalmente a conferir maior celeridade na pacificação dos conflitos sociais, sem perder de vista a urgência de se atenuar o número de casos que são confiados à justiça comum.

Dentre elas estão a mediação e a arbitragem, introduzidas no Brasil no início da década de 90 que somente passaram a ser fomentadas efetivamente em período recente, sobretudo após a promulgação da Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil).

Hodiernamente já não se discutem questões relativas à legitimidade, validade ou eficácia da mediação e arbitragem, tanto que estas técnicas já sofreram, inclusive, uma série de aprimoramentos, culminando na criação de plataformas digitais e métodos eletrônicos de aplicação.

A presente pesquisa se localiza justamente no ponto de convergência entre os aspectos mencionados, com o objetivo de responder como os métodos eletrônicos de aplicação dos institutos da mediação e arbitragem influenciam no Direito sob a ótica da economia.

Entende-se que a análise econômica do Direito, nesta perspectiva, pode auxiliar o operador do direito na criação de outras técnicas que aprimorem os métodos de resolução extrajudicial de conflitos, concedendo-lhes maior grau de sustentabilidade e eficiência.

Para buscar a fidelidade da pesquisa acadêmica, neste estudo serão realizadas abordagens de ordem doutrinária em âmbito jurídico, legal em âmbito normativo, sem prejuízo de uma reflexão interdisciplinar que envolve aspectos da sociologia, história e economia, ciências aptas a subsidiar uma contextualização do tema na atualidade.

1. BREVE ANÁLISE DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E DO HISTÓRICO NORMATIVO DA ARBITRAGEM E DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Já é fato desvestido de novidade que o monopólio da jurisdição pelo Estado corresponde a um modelo político consolidado durante o século XIX que entrou em decadência nas últimas décadas do século XX, sobretudo em razão das diversas transformações sociais, políticas e econômicas que se operaram no seio das sociedades contemporâneas.

Para Silva *et al.* (2019, p. 15), “com o aumento populacional, as sociedades se estruturaram em escala de massa, concentraram-se em grandes centros urbanos, tornaram-se vorazes consumidoras de bens e serviços e hoje se relacionam em redes, amparada por sofisticados recursos tecnológicos”.

Há de ser observado que “a transformação social projeta-se para a quantia e o perfil das disputas de interesses e passa a exigir adequados métodos para resolvê-las” (SILVA, *et al.*, 2019, p. 15).

O resultado desta exigência contribui para o fracionamento das formas de solução de conflitos em três grandes gêneros: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

A autotutela corresponde ao método mais rudimentar e antigo na solução de um conflito, consistindo na possibilidade de se “fazer justiça com as próprias mãos”. Trata-se de impor a própria vontade em detrimento da vontade de outrem, através do uso da força.

Embora seja um método que remonte aos primórdios do convívio em sociedade, atualmente ainda é possível encontrar resquícios da autotutela legítima em alguns casos bem específicos e expressamente previstos em lei, tal como o exercício da legítima defesa da propriedade (art. 1.210, §1º, do Código Civil).

Importante ressaltar que é vedado valer-se da autotutela para situações em que a lei não autoriza, sob pena de se incorrer na conduta tipificada pelo art. 345 do Código Penal Brasileiro:

Exercício arbitrário das próprias razões

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Já a autocomposição representa uma forma pacífica de solução de conflitos, na qual as partes, com ou sem o auxílio de terceiros, põem termo a um conflito de interesses.

Nas palavras de Fredie Didier Jr.:

Autocomposição é o gênero do qual são espécies: a) Transação - concessões mútuas; b) Submissão de um à pretensão do outro - reconhecimento da procedência do pedido; c) Renúncia da pretensão deduzida. (DIDIER, 2016, p. 115).

Assim, pode-se afirmar que no atual ordenamento jurídico brasileiro as principais espécies de autocomposição são a mediação e a conciliação.

De outro lado, a heterocomposição representa a situação em que um terceiro imparcial impõe às partes a solução do conflito. Essa solução pode se dar pela via arbitral, mediante a escolha pelas partes ou pela Câmara arbitral de um árbitro, ou pela via judicial, através do Poder Judiciário, representado pelo Estado-Juiz.

Realizada esta necessária distinção conceitual e estrutural dos métodos de solução de conflitos, impõe-se observar que no atual sistema jurídico brasileiro é admissível a utilização de métodos autocompositivos (*como a conciliação e a mediação*) e heterocompositivos (*como a arbitragem e o Poder Judiciário*).

O presente estudo pretende abordar apenas a espécie autocompositiva da mediação e a heterocompositiva da arbitragem, institutos que sempre caminharam juntos e que preconizam a estrutura de resolução extrajudicial de conflitos no Brasil.

Nesse sentido, importante registrar que no Brasil o debate sobre a utilização da arbitragem e da mediação e dos demais métodos adequados de solução de conflitos somente ganhou espaço nas últimas décadas, em especial após o advento da Constituição da República em 1988.

A Carta Magna de 1988 garantiu em seu art. 5º, XXXV, como um dos direitos fundamentais o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo

o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, conferindo, assim, especial ênfase ao acesso à Justiça, representado até então pelo acesso ao Poder Judiciário.

Entretanto, com o passar dos anos, a expressiva demanda de processos começou a comprometer a eficácia do Judiciário na solução dos conflitos, de modo que se mostrou necessária a ampliação do conceito de acesso à Justiça. Daí porque se destacaram métodos como a mediação e a arbitragem.

Essa, aliás, é a noção que se extrai da teoria do tribunal multiportas, apresentada pelo Professor da Universidade de Direito de Harvard, Frank Sander, em 1976. Sander, pautado na premissa de que o Poder Judiciário não daria conta de resolver de forma adequada todos os conflitos a ele submetidos, seja pelo crescimento quantitativo (aumento do número de processos), seja pelo crescimento qualitativo (aumento da complexidade dos conflitos), propôs a adoção de formas alternativas à clássica via judicial para resolução de conflitos (SANDER, 1979, p. 68).

Nas palavras de Sander, ao explicar a essência de sua teoria, em entrevista concedida à Professora Mariana Hernandez Crespo no ano de 2012, assim afirmou:

[...] a ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e “med-arb” (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos (CRESPO, 2012, p.32).

De outro vértice, somente para se ter uma noção da crise (de demanda) enfrentada pelo Poder Judiciário verifica-se, da análise do relatório “Justiça em números” de 2019 (cujo ano base é de 2018) realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (doravante denominado de CNJ), que o Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva.

Quanto às ações novas, depreende-se do relatório que no ano de 2018 ingressaram 28,1 milhões de processos, ao passo em que foram finalizados 31,9 milhões (CNJ, 2019. p. 219).

O relatório informa ainda que em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato uma redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Segundo o CNJ, esse resultado deriva de um crescimento na quantidade de processos baixados, bem como em razão da redução da entrada de novos processos. Assim, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2018 foi de 113,7% (CNJ, 2019. p. 79).

Malgrado a grande quantidade de processos baixados no ano de 2018, ainda se verifica uma enorme quantidade de processos em trâmite perante o Judiciário, o que legitima a atuação de métodos extrajudiciais não só na solução dos conflitos que já se encontram perante o Judiciário, como também na solução de novos conflitos.

Nessa linha de raciocínio, vale lembrar a observação realizada pelos Professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth na clássica obra “Acesso à justiça”, no sentido de que ainda que a arbitragem e a mediação não fossem formas necessariamente novas de lidar com conflitos, haveria novas razões para as sociedades modernas preferirem tais alternativas, razões estas, segundo os autores, umbilicalmente ligadas à própria essência do movimento de acesso à justiça: o fato de que a tutela jurisdicional é, ou pelos menos deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população (teoricamente, a toda a população), sendo esse o preço do acesso à justiça e da própria democracia, um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (*e felizes em*) pagar (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 42).

Portanto, demonstrados alguns dos principais motivos que levaram a sociedade brasileira a adotar em seu ordenamento jurídico os métodos adequados de solução de conflitos, faz-se necessário analisar, brevemente, os marcos normativos dos institutos da mediação e da arbitragem, os quais fazem parte do objeto de análise do presente trabalho.

A arbitragem, instituída pela Lei nº 9.307 de 1996, foi o primeiro método heterocompositivo diverso do processo judicial que veio à tona após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Com essa lei, a ordem jurídica brasileira reconheceu a possibilidade de pessoas capazes solucionarem seus litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis mediante cláusulas e compromissos arbitrais.

Importante ressaltar, no entanto, que a recepção da Lei de Arbitragem brasileira não foi imediata. Por cinco anos após ser sancionada, pendeu contra ela uma impugnação de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, fundada justamente no argumento de violação da garantia de acesso à justiça (Constituição da República, art. 5º, inciso XXXV).

Com efeito, no julgamento realizado em 12.12.2001 a Corte Suprema, pautada no princípio da autonomia da vontade, reconheceu a constitucionalidade do referido método de solução de conflitos, assentando que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (AgRg na SE 5.206/EP, relator Min. Sepúlveda Pertence).

Vale destacar que daquele momento em diante, conforme afirma Luis Fernando Guerrero, consolidaram-se duas mudanças fundamentais em relação ao regime até então aplicável à arbitragem: (i) a possibilidade de execução específica da convenção de arbitragem; e (ii) a equiparação dos efeitos da sentença arbitral e da sentença judicial, ambas tratadas como títulos executivos judiciais (GUERRERO, 2009, p. 215).

A vinculação das partes à arbitragem se dá através da convenção de arbitragem, gênero do qual surgem duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória precede o conflito, porque ela, em regra, está inserida em contratos desde a fase de sua elaboração, conforme prevê o art. 4º da Lei de Arbitragem. Já o compromisso arbitral é frequentemente identificado quando já há um conflito, posterior a ele, portanto, na forma prevista no art. 9º da Lei de Arbitragem.

De outro lado, cumpre ressaltar que os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé são aspectos importantes e devem ser levados em consideração quando se fala em arbitragem, sobretudo na análise das etapas do procedimento arbitral (inclusive naquela pré-arbitral).

O Código de Processo Civil de 2015, além de ter reconhecido a arbitragem como meio de solução de conflito (art. 3º, §1º, CPC) e de ter previsto que a sentença arbitral constitui título executivo judicial (art. 515, VII, CPC), também dispôs que se determinada questão submetida ao Poder Judiciário, cuja solução deve ser arbitral por conta da existência de convenção de arbitragem, o interessado deve arguir a existência de convenção na contestação (art. 337, X, CPC), sob pena de sua omissão implicar em aceitação do processo judicial e renúncia ao juízo arbitral (art. 337, § 6º, CPC).

Por outro lado, com relação à mediação, vale recordar que muito embora seja mencionada no Código de Processo Civil, o legislador cuidou de discipliná-la por meio de lei específica, a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O conceito legal de mediação tem previsão inserta no parágrafo único do art. 1º da mencionada lei, segundo o qual

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Saliente-se, ainda, que a mediação pode ocorrer tanto no âmbito judicial quanto extrajudicialmente. Enquadra-se como um método autocompositivo, tendo em vista que através do auxílio de um terceiro (o mediador) as partes procuram por termo ao conflito.

A edição da resolução nº 125 de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça é um fator que também contribuiu sobremaneira para o destaque dos métodos adequados de solução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que se trate de ato administrativo voltado à orientação interna dos integrantes do Poder Judiciário, é inegável a sua contribuição aos meios adequados de solução de conflito, uma vez que lhes conferiu maior destaque e importância.

A mencionada resolução dispõe sobre “a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.

Quando da sua edição, o Conselho Nacional de Justiça levou em consideração, entre outras questões, que “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade”, com o objetivo de “organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam serem realizados mediante outros mecanismos de solução de conflitos”, também registrando “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios”, contribuindo, ainda, para reduzir “a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças” (CNJ, 2010).

Portanto, a referida resolução, além de admitir que os meios adequados para a solução de conflitos são importantes instrumentos à disposição do Estado com vista a alcançar um dos principais objetivos da Jurisdição, que é a pacificação social, também atribui ao próprio Conselho Nacional de Justiça a responsabilidade de instituir políticas públicas tendentes a conferir um tratamento adequado aos conflitos que surgem na sociedade.

Em última análise, o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle da atuação administrativa do Poder Judiciário (art. 103-B, §4º da Constituição da República), reconhece a necessidade de existirem outras formas, para além daquela do Judiciário, disponíveis à sociedade para a solução de seus litígios.

2. O DESCORTINAR DA “NOVA CONTEMPORANEIDADE”: A ERA DIGITAL E OS MÉTODOS ELETRÔNICOS DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

Diante da acentuação da industrialização propiciada pela segunda fase da Revolução Industrial no século XIX e do surgimento de novas tecnologias no meio social, a Europa vislumbrou a modificação repentina e profunda de suas paisagens urbanas com a inserção de um número cada vez maior de fábricas e operários, conjuntamente ao rápido crescimento das cidades.

A consequência da industrialização, com o passar dos anos, caracterizou-se pela relativização do conceito próprio de tempo, definição até então considerada imutável e irretorquível, que se operou através da estruturação de um modelo de produção que se apropriasse do trabalho humano, otimizando o processo de transformação dos recursos naturais e de produção de riqueza.

Para o escritor canadense George Woodcock (1912-1995), “não há nada que diferencie tanto a sociedade ocidental de nossos dias das sociedades mais antigas da Europa e do Oriente médio que o conceito de tempo”.

Com base nas formulações de Thompson (1967), duas categorias principais regem o contexto em que estão inseridas as sociedades após as sucessivas Revoluções Industriais: tempo natural e tempo do relógio. A primeira se caracteriza pelas pequenas comunidades domésticas, entre as quais a vida diária é regulada pelas tarefas de trabalho, pelo encadeamento das atividades sociais; a segunda aparece em sua expressão desenvolvida nas sociedades capitalistas industriais.

Em períodos pretéritos, o tempo era representado pelos processos cílicos da natureza, pelas fases da lua, pela sucessão de dias e noites, pela passagem das estações. Enfim, o conceito de tempo estava umbilicalmente ligado ao tempo natural.

Com o advento da Revolução industrial as formas de produção de riqueza se transformaram e o mundo conheceu as chamadas *linhas de produção*, que visavam justamente acelerar o tempo da natureza com o objetivo de obter maior lucro no menor prazo possível. Por isso o relógio “transformou o tempo, de um processo natural em uma mercadoria que pode ser adquirida, vendida, medida, similar a qualquer outro item” (THOMPSON, 1998).

A transformação da concepção de tempo, consubstanciada na aceleração dos processos fabris, fez com que o tempo natural cedesse espaço ao tempo do relógio.

Cunha (2000, p. 102) afirma que independentemente da lógica social envolvida na forma histórica do “tempo do relógio”, dado o caráter das relações sociais que definem as sociedades complexas - especialmente as regidas por relações

capitalistas, o homem se encontra atualmente “submetido a uma medida autônoma e externa ao tempo, fora quase que totalmente do seu controle. O relógio, na metáfora que representa, consiste no regulador do ritmo dominante nas sociedades ocidentais” razão pela qual se entende que “a ordenação capitalista que rege a sociedade dominante, converte quantitativamente o tempo em valor reduzido a dinheiro” (CUNHA, 2000, p. 103).

Na conjuntura da sociedade atual, admite-se já estar ultrapassada a visão de “tempo do relógio”, uma vez que o tempo marcado pelas horas, minutos e segundos parecem ser insuficientes para demarcar e nortear a atividade produtiva e comunicativa da Humanidade.

O que agora se revela essencial é o “tempo do *byte*”, em que dados informáticos são processados em tempo muito inferior a um segundo, e onde as formas mais avançadas da comunicação humana se realizam quase que instantaneamente através de códigos binários criptografados que percorrem um espaço imaterial e quase infinito.

A título de exemplo, tome-se uma biblioteca, que antigamente pressupunha a existência de um local físico, amplo e com as condições ambientais necessárias para abrigar uma quantidade incomensurável de folhas de papel, e que hoje são abrigadas por plataformas “*online*”, em nuvens de dados que se comunicam e se disponibilizam em tempo real, em um espaço virtual que não se pode medir pela observação natural, mas que tem o potencial de abrigar várias bibliotecas tradicionais e ter amplo acesso de todos os lugares do planeta que dispõem de conexão de um aparelho eletrônico com a rede mundial de computadores.

O filósofo francês Pierre Lévy aborda o tema sob a seguinte perspectiva:

[...] O ciberespaço encoraja um estilo de relacionamento quase independente dos lugares geográficos (telecomunicação, telepresença) e da coincidência dos tempos (comunicação assíncrona). Não chega a ser uma novidade absoluta, uma vez que o telefone já nos habituou a uma comunicação interativa. Com o correio (ou a escrita em geral), chegamos a ter uma tradição bastante antiga de comunicação recíproca, assíncrona e a distância. Contudo, apenas as particularidades técnicas do ciberespaço permitem que os membros de um grupo humano (que podem ser tantos quantos se quiser) se coordenem, cooperem, alimentem e consultem uma memória comum, e isto quase em tempo real, apesar da distribuição geográfica e da diferença de horários. O que nos conduz diretamente à virtualização das organizações que, com a ajuda das ferramentas da cibercultura, tornam-se cada vez menos dependentes de lugares determinados, de horários de trabalho fixos e de planejamento a longo prazo. (LÉVY, 1999, p. 49)

Schwab (2016) descreveu o paradigma da “nova contemporaneidade” na obra intitulada a 4^a Revolução Industrial, na qual se analisaram as implicações e características do momento tecnológico que a humanidade vivencia nos tempos atuais.

Segundo o autor, a primeira Revolução Industrial ocorreu entre os anos 1760 e 1840 e teve como marco a construção de ferrovias e a criação das máquinas a vapor. A segunda Revolução, iniciada ao final do século XIX, teve como elementos principais a invenção da eletricidade e da linha de montagem, permitindo a produção em massa. A terceira Revolução é marcada pelas consequências das primeiras duas grandes guerras mundiais, culminando, na década de 60, no desenvolvimento dos computadores, dos semicondutores e da internet.

A quarta Revolução Industrial é entendida como o avanço e a difusão das tecnologias digitais, tendo em seu marco inicial a virada do milênio, em que a informação e a comunicação se mostraram onipresentes e móveis, os sensores poderosos e menores, que se tornam cada vez mais baratos, bem como a inteligência artificial, que muitas vezes demonstra superar e desafiar a capacidade de raciocínio do próprio ser humano.

Destaca-se, contudo, que o aspecto mais relevante do atual momento diz respeito à integração e sofisticação de todas as tecnologias que se desenvolvem e se comunicam concomitantemente. De maneira geral, a diferença fundamental da quarta Revolução Industrial em relação às demais diz respeito a atual fusão e interação das tecnologias no que tange aos domínios digitais, biológicos e físicos (MAGALHÃES, 2019, p. 28).

Esta “Revolução Industrial, e a consequente revolução eletrônica, além de um sistema produtivo e socioeconômico, deve ser olhada, desde o presente, e pensada, como o começo de uma nova fase da civilização humana” (DI FELICE, 2007, p. 3).

Na esteira da nova era digital surgiram recentemente técnicas eletrônicas inovadoras de solução adequada de conflitos, denominados “*online dispute resolution* – ODR” ou “*Métodos Eletrônicos de Solução de Conflitos* – MESC”, que pressupõem a utilização dos recursos da tecnologia para a resolução extrajudicial de controvérsias, quer sejam estas decorrentes exclusivamente das relações jurídicas firmadas no ciberespaço, quer sejam originárias de relações jurídicas constituídas no mundo “físico” (AMORIM, 2017, p. 515).

Boa parte das empresas já estão atentas a essas modalidades *online* de resolução de conflito. Segundo notícia veiculada no sítio eletrônico do *Conjur* (2018), a empresa *Mercado Livre* criou uma plataforma chamada “*Empodera*”, justamente com vistas a incentivar e facilitar a resolução de conflitos pela via extrajudicial.

Segundo a matéria, “o projeto surgiu a partir de uma pesquisa realizada pelo departamento jurídico da companhia no ano de 2017. Nesse estudo descobriu-se que 40% dos usuários que propunham uma ação judicial não tinham feito qualquer tipo de contato anterior com a empresa” (CONJUR, 2018).

Válido registrar também que o próprio Conselho Nacional de Justiça apresentou, em junho de 2016, uma plataforma virtual de mediação, denominada *“Mediação Digital: A Justiça a um clique”*.

O acesso à plataforma se dá pelo próprio sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, de modo a permitir que o interessado, mesmo distante da outra parte, possa buscar a construção de um acordo com a posterior homologação judicial, isso tudo gratuitamente.

Com relação a arbitragem, diversas câmaras brasileiras de arbitragem também já aderiram à arbitragem virtual, existindo, inclusive, câmaras de arbitragem exclusivamente virtuais, como é o caso da *“Arbitranet”* plataforma privada *online* pertencente à empresa Justto Inovações Tecnológicas para Resolução de Conflitos LTDA¹.

Fernandes *et al* (2017, p. 126) afirmam que as plataformas dos métodos eletrônicos de solução adequada de conflitos “são fruto do desenvolvimento tecnológico na área do direito, que busca reconfigurar a resolução de conflitos tradicional para uma forma mais célere, eficaz e econômica”.

A principal consequência da adoção de plataformas de resolução *online* de conflitos é a celeridade na comunicação das partes e na tomada de decisão de eventuais árbitros, sendo certo que os métodos eletrônicos possuem grande eficácia na resolução dos conflitos, concretizando a tutela do direito pretendido.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ERA DIGITAL

Traçados os conceitos fundamentais de mediação e arbitragem e contextualizado o paradigma da era digital, rumava-se a responder o questionamento principal do presente trabalho, se os métodos eletrônicos de aplicação dos institutos da mediação e arbitragem na era digital podem influenciar o Direito sob a ótica da economia.

Para iniciar esta reflexão, parece necessário definir o que se entende atualmente por análise econômica do direito, para que o conceito seja o norte do método a ser empregado para buscar as respostas.

¹Já na página inicial do sítio eletrônico da empresa já se pode observar a frase “aumente a produtividade do seu time de forma simples, com tecnologia e feche mais acordos”.

Nesse sentido, Gico Jr. (2012, p. 14) entende que a análise econômica do direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial a microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

A abordagem da análise econômica do direito, além de estudar leis substantivas, também se ocupa das normas jurídicas e processuais e quais impactos elas podem gerar à sociedade.

Pensando na mediação e na arbitragem através da análise econômica do direito, deve-se ponderar se as metas de ordem econômicas são preenchidas com os métodos eletrônicos de resolução de conflitos, isto é, se eles reduzem os custos envolvidos relativamente à deflagração de um processo judicial, e se podem minimizar a quantidade de erros das decisões judiciais, sem perder de vista a necessária identificação do grau de celeridade que estes institutos podem conferir ao deslinde da questão litigiosa.

Todos estes materiais de análise apontam para a aferição da efetividade da mediação e arbitragem eletrônicas, que em última instância pode aperfeiçoar as relações humanas e a estrutura própria da Administração Pública, da sociedade civil e a da economia como um todo.

É importante lembrar, como o fizera Magalhães (2019, p. 31), que o desenvolvimento dos Métodos Eletrônicos de Resolução de Conflitos “foi em grande parte impulsionado pela globalização e difusão do uso da internet, que aumentaram a interação e os negócios entre pessoas situadas fisicamente muito distantes uma das outras”.

Referido autor explica em outras palavras que o “encurtamento da relação espaço/temporal” na era digital, citada em tópico anterior, fez despertar novas possibilidades para a utilização dos métodos adequados de resolução de controvérsias.

De fato, como atualmente o espaço/tempo já atingiu alto grau de relativização, pois se dissipa em um ambiente eminentemente virtual, o “poder” de aproximar pessoas que estão distantes entre si em fração de segundos certamente contribui para a possibilidade de se estabelecer compromissos arbitrais ou instituir um processo de mediação através de vídeoconferências, áudioconferências, *e-mails*, dentre outros exemplos.

Magalhães (2019, p. 31) informa que “essencialmente no caso dos consumidores e fornecedores, a resolução de disputas nessas circunstâncias de distanciamento tornou-se especialmente comprometida, vez que praticamente inviável o uso de métodos físicos de solução de disputas”.

Amorim (2017, p. 530) ensina que:

[...] No momento em que a transmissão e difusão de dados numéricos ultrapassa as fronteiras físicas entre os países, encurtando distâncias e aproximando os indivíduos, resta evidente que os processos tradicionais de que fazem uso os meios de Resolução Alternativa de Conflitos tornam-se cada vez mais irrelevantes, quiçá obsoletos. Assim ocorre porque os ADR fundam-se basicamente na resolução de conflitos face-a-face, ou F2F (*face-to-face*), tornando o acesso a esses meios de resolução de litígios por vezes inacessível do ponto de vista econômico. As longas distâncias que podem separar os litigantes inviabilizam o recurso aos meios tradicionais de resolução de controvérsias [...]

Pode-se dizer, neste primeiro aspecto analisado, que a era digital trouxe importante benefício na viabilidade da utilização dos Métodos Eletrônicos de Resolução de Conflitos, pois o “encurtamento da relação espaço/tempo” fez surgir uma ampla gama de instrumentos e plataformas próprias para conectar os litigantes e acelerar o processo de solução da contenda.

Na mesma esteira, pode-se pensar que os métodos eletrônicos modernos têm seus registros simplificados em relação aos métodos tradicionais, que muitas vezes devem ser realizados em cartórios, pressupondo a disposição de tempo, dinheiro e, por certo isto burocratiza o procedimento.

O arquivamento (ou acondicionamento) da documentação comprobatória do negócio jurídico entabulado também é fator que sofre interferência dos métodos eletrônicos e da era digital.

As nuvens de dados hoje já não necessitam mais de espaço físico e cada uma delas pode abrigar uma quantidade sobrenatural de dados informáticos, o que também sob este aspecto se traduz em benefícios para a economia, ampliando sua eficiência.

Outro fator que também pode ser analisado diz respeito aos custos das operações de mediação e arbitragem eletrônicas, já que “a falta de agilidade do processo judicial é considerada por muitos como o principal problema do Judiciário brasileiro” (GABBI, 2016, p. 10) e os Métodos Adequados de Conflitos tradicionalmente adotados já se demonstravam mais benéficos que a judicialização da controvérsia neste particular.

Tome-se como exemplo o estudo realizado por Fernandes *et al.* (2017, p. 134) sobre os custos necessários para a efetivação dos Métodos Eletrônicos de Resolução de Conflitos:

[...] Os custos pela resolução dos conflitos também variam de acordo com o método adequado ao caso e com a complexidade da demanda. Os casos de negociação podem variar de cinquenta a cinco mil reais; os de arbitragem têm o valor fixo de dois mil reais; e os de mediação *online* ficam em trezentos reais por consulta com o mediador, o que, pelo fato de serem necessárias múltiplas consultas, reflete um mínimo de mil reais por resolução através desse método. Levando-se em consideração que a resolução por mediação realizada pelas empresas consultadas lida com causas de valores relativamente altos (duzentos mil a dois milhões de reais nos casos de acidentes aéreos e dezoito a quatrocentos e cinquenta milhões nos casos de conflitos possessórios do agronegócio), mesmo o método mais caro de resolução *online* de conflito ainda é significativamente mais econômico do que a tradicional judicialização do conflito [...] (FERNANDES *et al.*, 2017, p. 134).

Em outras palavras, os Métodos Eletrônicos de Resolução de Conflitos não somente se mostram mais vantajosos que a judicialização dos conflitos, como também em relação aos próprios métodos adequados tradicionais de solução das controvérsias.

De sorte que neste ponto também se pode extrair um benefício econômico na utilização da tecnologia no método estudado.

Por outro lado, hão de ser realizadas reflexões sobre possíveis ou prováveis entraves à utilização eficiente da mediação e arbitragem eletrônicas, principalmente quando se aborda o tema sob as perspectivas da segurança das informações ou do contato físico (*não raras vezes necessário*) entre as partes.

Como se sabe, no processo arbitral não se noticia a submissão à arbitragem, ou seja, sequer se divulga a existência do litígio arbitral. Também as evidências e os documentos produzidos durante o procedimento arbitral se submetem ao sigilo. A confidencialidade, além de inerente ao sistema, é exigida pelas partes, imposta aos árbitros e sua equipe, bem como a outros atores envolvidos diretamente no procedimento arbitral (SARTURI, 2019, p. 172).

Daí porque devem ser aperfeiçoados os instrumentos de segurança digital que garantam a confidencialidade do procedimento, já que o meio ambiente digital é alvo ainda frágil de ataques às informações pelos denominados *crackers*.

Estudos sobre esta ponderação na nova era direcionam-se no sentido de que ainda persiste a insegurança sobre os dados informáticos e que a Humanidade precisa enxergar a proteção das informações como condição necessária à efetividade das relações neste período que se inicia.

Rifkins (2014, p. 49), em seu ensaio sobre “a *internet das coisas*”, cita alguns relatórios emitidos pela Comissão Europeia, instituição que para o autor atuou como a precursora da abordagem destas questões na Europa e afirma que

[...] Em 2012 lançou-se um processo intensivo de consulta de três meses de duração, no qual participaram mais de 600 dirigentes de organizações empresariais, entidades acadêmicas e associações civis, em busca de políticas ‘que fomentem um desenvolvimento dinâmico da internet das coisas no mercado único digital e que, ao mesmo tempo, garantam a proteção adequada e a confiança dos cidadãos da UE’. A comissão estabeleceu um princípio geral que guiaria a evolução futura da internet das coisas: Em geral, consideramos que a privacidade e a proteção de dados e a segurança da informação são requisitos obrigatórios para os serviços da IdC. Em particular, considera-se que a segurança da informação consiste em preservar a integridade, a confidencialidade e a disponibilidade da informação. Também consideramos que a segurança da informação se percebe como um requisito básico para o fornecimento de serviços da IdC à indústria, de modo que esta segurança esteja garantida para cada organização e também pelo bem da cidadania. (tradução livre)²

No Brasil, a promulgação da Lei Federal nº 12.965/14, que constituiu o marco civilizatório (*e regulatório*) da *internet* no país, busca corrigir este problema impondo a necessidade de se assegurar o sigilo de documentos confidenciais e, na prática, se bem operacionalizada e contextualizada, pode contribuir para a superação deste obstáculo.

Em seu art. 10º, a mencionada lei prevê que:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

² Do original: “en 2012 puso en marcha un proceso intensivo de consulta de tres meses de duración en el que participaron más de 600 dirigentes de organizaciones empresariales, entidades académicas y asociaciones civiles en busca de políticas ‘que fomenten un desarrollo dinámico del Internet de las cosas en el mercado único digital y que, al mismo tiempo, garanticen la protección adecuada y la confianza de los ciudadanos de la UE’. La Comisión estableció un principio general que guiara la evolución futura del Internet de las cosas: En general, consideramos que la privacidad y la protección de datos y la seguridad de la información son requisitos obligatorios para los servicios del IdC. En particular se considera que la seguridad de la información consiste en preservar la integridad, la confidencialidad y la disponibilidad (ICD) de la información. También consideramos que la seguridad de la información se percibe como un requisito básico para el suministro de servicios IdC a la industria, de modo que esta seguridad esté garantizada para cada organización y también por el bien de la ciudadanía”.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Ou seja, embora se constate uma deficiência na proteção dos dados, ao menos já se pode vislumbrar uma evolução legislativa no Brasil no sentido de estruturar regras para lidar com os documentos sigilosos, neles incluídos os documentos digitais utilizados no método de arbitragem.

Outro fator que ainda pode ser apontado é o do contato físico entre as partes, que também é prejudicado pelas plataformas eletrônicas de mediação e arbitragem. Para Mata (2017),

[...] a plataforma não permite que as partes tenham maior contato com o outro, estando limitadas a tela de um instrumento tecnológico (celular, computador, *tablet*), além de limitar o uso da plataforma a pessoas que possuem acesso à *internet*. O mediador não possui um espaço físico que o permite convocar as partes a uma conversa privada ou, simplesmente, tentar entender os sentimentos envolvidos no conflito a partir da linguagem corporal e da forma com que as partes se comportam na presença do outro.

Trata-se de obstáculo difícil de superar com a atual tecnologia disponível no mercado, já que este ponto não passa, ao menos em um primeiro momento, pela evolução da tecnologia digital, que é barrada pela impossibilidade atual de se conectar fisicamente duas ou mais pessoas distantes em questão de segundos. O meio de transporte mais efetivo para este fim é aeroportuário,

mas é sabido que os custos desta operação pode muitas vezes inviabilizar o procedimento.

Por fim, pode-se citar o problema do alcance das tecnologias digitais, que embora a cada dia demonstre o aumento do potencial de popularização dos aparelhos eletrônicos, não é uniforme dependendo do lugar e do modelo econômico dominante, pendendo ainda de maiores esforços voltados à inclusão digital plena.

Mesmo porque, conforme ensina Natalino (2017, p. 175-176), “em países em desenvolvimento, cerca de 1,6 bilhão de pessoas não tem acesso à eletricidade e 2,4 bilhões de indivíduos ainda utilizam combustíveis tradicionais (lenha e carvão, principalmente) para aquecimento e preparo de alimentos”. Essa situação indica uma profunda desigualdade de acesso às tecnologias, configurando-se um obstáculo adicional para o enfrentamento da mudança paradigmática.

A título de ilustração, no Brasil noticiou-se recente pesquisa realizada pela empresa “*TIC Domicílios*”, que aferiu dados sobre conexão à *internet* nas residências do país. Em conclusão, afirmou-se que 70% da população brasileira usou regularmente a *internet* no ano de 2018. Ainda de acordo com a pesquisa da “*TIC Domicílios*”, verificou-se que entre os anos de 2008 e de 2018 a quantidade os usuários de *internet* no Brasil cresceu significativamente, sendo de 34% da população no ano de 2008 e de, aproximadamente, 70% no ano de 2018. O fato é que os dados demonstram que a totalidade da população brasileira ainda não tem acesso à *internet* (LAVADO, 2019).

De todo modo, parece que os obstáculos à efetividade dos procedimentos de mediação e arbitragem eletrônicos têm efeitos econômicos mais tênues se comparados às vantagens que estes instrumentos podem conferir à justiça na nova era digital.

Por essa razão acredita-se na importância da divulgação e do estudo desses métodos, atribuindo-lhes maior publicidade e confiança, elementos essenciais para o fomento das mencionadas formas de resolução de litígios, sem se olvidar de que ainda pendem de estudos mais aprofundados as questões relativas à segurança e à necessidade de contato direto entre as partes para viabilizar um negócio jurídico mais equânime e efetivo.

CONCLUSÃO

Ao término do estudo analítico realizado até aqui, impende registrar que o cenário de “abarratamento” do Poder Judiciário no Brasil impediu que os conflitos fossem resolvidos de maneira célere, eficaz e eficiente.

Os métodos adequados de resolução de conflitos surgem como importante instrumento alternativo à judicialização, sendo paulatinamente incluídos no ordenamento jurídico pátrio a partir da promulgação da Constituição da República, sobretudo no decorrer da década de 90 e início dos anos 2000.

Dentre os métodos de solução adequada de conflitos estão a mediação e a arbitragem, institutos que mais ganharam destaque no mundo jurídico atual e que possuem leis próprias de regência, facilitando e possibilitando a otimização de sua utilização pelos operadores do Direito.

No mesmo tempo em que os métodos de resolução de conflitos foram se aperfeiçoando, os próprios modos de vida em sociedade sofreram profundas transformações, no núcleo do que se convencionou denominar “Quarta Revolução Industrial”.

O descortinar de uma nova contemporaneidade se sustentou a partir da criação de máquinas informáticas, cujos dados se processam em velocidade que desafia as unidades tradicionais de medição.

A relação espaço-temporal sofreu severa relativização, pois com a invenção da *internet*, dos *websites* e dos *smartphones*, a vida e dimensão físicas misturam-se à dimensão virtual, na qual não se vislumbram limites ou fronteiras.

O tempo natural, que até então regia a atividade produtiva e cognitiva, deu espaço ao tempo do relógio, que por sua vez, superou-se nesta nova era pelo “tempo dos bytes”.

A influência destes fatores na economia se evidencia por uma relação de perdas e ganhos, de vantagens e desvantagens, e a reflexão sobre os impactos da mediação e da arbitragem eletrônicas ainda carecem de maior aprofundamento teórico, buscando definir os limites seguros de aplicação dessas modalidades.

Aponta-se que sob o ponto de vista da celeridade do procedimento, da facilidade da negociação, do alcance territorial dos contratos, os Métodos de Arbitragem e Mediação Eletrônicos se sobressaem às demais formas de resolução de conflitos, sejam extrajudiciais ou judiciais.

Por fim, é ainda necessário voltar a atenção à questão da segurança dos dados informáticos que são compartilhados na rede mundial de computadores, principalmente em se tratando do método da arbitragem eletrônica, cujo procedimento deve ser naturalmente sigiloso, sem prejuízo de uma promoção efetiva de inclusão digital às comunidades mais remotas ou em desenvolvimento, ao mesmo tempo em que se deve procurar otimizar os processos de “contato entre as partes”, ainda que de forma virtual e remota.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, R. A.; ALMEIDA, T.; CRESPO, M. H. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, R. A.; ALMEIDA, T.; CRESPO, M. H.(Orgs.). *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 25-37.
- AMORIM, F. S. T. de. A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30.08.2019.
- BRASIL. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 30.08.2019.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 24, set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 30.08.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento em agravo regimental na sentença estrangeira nº 5.206/EP*. MBV Commercial and export management establissement e Marcia Serra Negra e outros. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data da Publicação 08 mai. 2001.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CNJ. *Justiça em Números 2019*: ano-base 2018. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019.
- CONJUR. Mercado Livre lança plataforma online para resolução de disputas. *CONJUR*, [s.l.], 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-19/mercado-livre-lanca-plataforma-online-resolucao-disputas>. Acesso em: 24 jan. 2020.
- CUNHA, L. H. de O. Tempo natural e tempo mercantil na pesca artesanal. In: DIEGUES, A. C. (Org.). *Imagen das águas*. São Paulo, Hucitec, 2000. p. 101-110.
- DI FELICE, M. As formas digitais do social e os novos dinamismos da sociabilidade contemporânea. In: KUNSCH, M. M. K.; KUNSCH, W. L. (Orgs.). *Relações públicas comunitárias: a comunicação em uma perspectiva dialógica e transformadora*. São Paulo: Summus Editorial, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2016. v. I.

FERNANDES, R. V. de C.; COSTA, H.; A.; CARVALHO, A. G. P. de (Coord.). *Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GABBI, R. C. *Breves Considerações sobre a Análise Econômica do Direito Processual Civil e o Artigo 85, 11, do Novo Código de Processo Civil*. 2016. Monografia (Especialização em LL.M. em Direito dos Negócios) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

GUERRERO, L. F. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo, Atlas, 2014.

JUSTTO. Aumente a produtividade do seu time de forma simples, com tecnologia e feche mais acordos. *Justto*, [s.l.], 2020 Disponível em: <http://justto.com.br>. Acesso em 24 jan. 2020.

LAVADO, T. Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da população está conectada. *G1*, [s.l.], 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghtml>. Acesso em: 24 jan. 2020.

LÉVY, P. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

MAGALHÃES, R. A.; SARAIVA, M. de S. *Arbitragem Eletrônica* - Scientia Iuris, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019.

MATA, A. L. S. Mediação Digital: Uma nova proposta de acesso à justiça. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA JURÍDICA, 9., 2017, Quixadá. *Anais* [...]. Quixadá: Centro Universitário Católica de Quixadá, UNICATÓLICA, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/36881548/MEDIA%C3%87%C3%83O_DIGITAL_UMA_NOVA_PROPOSTA_DE_ACESSO_%C3%80JUSTI%C3%87A. Acesso em: 2 jan. 2020.

NATALINO, E. C. O petróleo e a governança energética global: dilemas contemporâneos. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 165-188, ago./dez. 2017.

RIFKIN, J. *La sociedad de coste marginal cero*. Barcelona: Paidós, 2014.

SANDER, F. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (Eds.). *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. St. Paul: West Publishing, 1979.

SARTURI, K. S. Eficiência econômica da arbitragem no Brasil: à luz da proteção à informação dos litigantes. *Revista Jurídica da Unifil*, Londrina, v. 14, n. 14, p. 167-176, jun. 2019. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/1070>. Acesso em: 24 jan. 2020.

SCHWAB, K. *A 4ª revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

THOMPSON, E. P. Tempo, disciplina de trabalho e o capitalismo industrial. In: THOMPSON, E. P. *Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, pp. 267-304.

TIMM, L. B. (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

IMPACT OF GLOBALIZATION ON BRAZIL'S NATURAL ENVIRONMENT

IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE O MEIO NATURAL BRASILEIRO

Antonio Conceição Paranhos Filho

Professor Titular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Livre Docente. Pós-Doutor pela Universidade de São Paulo - USP. Doutor e Mestre em Geologia Ambiental pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduação em Geologia pela Universidade Federal do Paraná.

Daniela de Sousa Franco Coimbra

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas.

Vladmir Oliveira da Silveira

Professor Titular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduação em Direito e Graduação em Relações Internacionais pela mesma Universidade.

Submetido em: 10/02/2020

Aprovado em: 20/02/2020

Abstract: Globalization brings states together in processes of integration and interdependence, resulting in immeasurable effects on the economy. However, given the inseparable link between development and the exploitation of natural resources, the phenomenon likewise impacts the natural environment on a global scale. On this note, the environmental damage that has plagued Brazil, especially due to the imbalances that characterize its multiple relations with rich countries, requires investigation. Thus, by adopting the deductive, bibliographic, and documentary method, the present work analyzes the impacts of globalization on Brazil's natural environment. To this end, it contextualizes the concept of sustainability from a global scenario, addressing some of the challenges of economic globalization for sustainable development, especially in poor countries. In addition, reflections of the globalized economy on Brazil's natural environment, especially the displacement of environmental damage from rich to poor nations, are discussed. The results

demonstrate that the advanced Brazilian constitutional text reflects the spread of environmental protection as a universal value. However, this new order does not yet reflect the environmental awareness of Brazilian society. Subsequently, economic globalization could represent a force contrary to the maintenance of Brazil's ecosystems. The expansion of the market allows some companies to relocate polluting activities to poor countries, where the environmental protections are lower or, in practice, even nonexistent due to the lack of supervision.

Keywords: Brazilian Constitution of 1988; International Law of Human Rights; Globalization; Sustainable development; Environment.

Resumo: A globalização aproxima os Estados em processos de integração e interdependência. Seus efeitos sobre a economia são bastante conhecidos. Contudo, dado o indissociável laço entre desenvolvimento e exploração de recursos naturais, o fenômeno impacta o meio natural, em escala global. O debate é amplo e complexo, de modo que, sobre esse viés, os danos ambientais que têm assolado o Brasil, especialmente em decorrência do desequilíbrio que marca suas múltiplas relações com países desenvolvidos, carece de investigação. Assim, adotando-se o método dedutivo, bibliográfico e documental, o presente trabalho traz uma análise dos impactos da globalização sobre o meio natural brasileiro. Para tanto, contextualiza a concepção de sustentabilidade no cenário global, abordando alguns desafios da globalização econômica para o desenvolvimento sustentável, notadamente nos países pobres. São discutidos reflexos da economia globalizada sobre o meio natural brasileiro, sobretudo o deslocamento de danos ambientais, de nações ricas para pobres. Os resultados demonstram que o avançado texto constitucional brasileiro reflete a disseminação da proteção ambiental como um valor universal. No entanto, essa nova ordem não representa a consciência da sociedade brasileira sobre o valor do meio natural. Ademais, a globalização econômica poderia representar uma força contrária à manutenção dos ecossistemas do Brasil. A expansão do mercado permite que algumas empresas realoquem atividades poluidoras para países pobres, onde as proteções ambientais são mais baixas ou, na prática, até inexistentes, dados os limites que se impõe à atuação dos órgãos ambientais.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Globalização; Desenvolvimento Sustentável; Meio Ambiente Natural.

SUMMARY: Introduction. 1. Sustainability in the global scenario. 2. Globalization challenges for sustainable development in poor countries. 3. Effects of globalization on the natural environment in Brazil. Conclusion. References.

INTRODUCTION

Throughout history, the development of society has always been related to the exploitation of natural resources, and for a long time, it was believed that nature had an infinite power to restore itself. This conception justified indiscriminate exploitation, with a view to the legitimate aspirations of nations for progress, and the term "development" was always considered from a purely economic connotation.

After three centuries of industrial advancement, the scenario today is very different, and the risks from the unsustainable exploitation of the environment are serious and imminent. In addition, the challenges surrounding its protection are vast and diverse, and many of them rooted in international relations. The exchange of people and goods, enhanced by rapid technological develop-

ment, influences societies in several ways, especially economically, socially, and culturally.

This paper aims to contribute to the discussion by analyzing how the economic bias of global relations impacts Brazil's natural environment. Although globalization is a widely studied subject, there is much to be unraveled from the proposed perspective of the observed displacement of environmental damage from one side of the planet to the other—from rich to poor countries.

The case of a Norwegian mining company that polluted Amazonian rivers is presented as one of the many known examples of the dark side of globalization, namely, the displacement of environmental damage. The point is that some companies comply with sustainability and human rights rules within their countries, but then violate these practices in other countries. This demonstrates that corporate responsibility is guided more by the certainty of punishment than by laudable values.

The results were obtained using the deductive method, through bibliographic and documentary research based on an analytical study of articles, journals, documents, and bibliographical reviews.

1. SUSTAINABILITY IN THE GLOBAL SCENARIO

Until recently, people were little concerned about the impact of human activity on Earth as the effects of this relationship were unknown or underestimated. It was only since the second half of the twentieth century, when major economic, ecological, and human losses were associated with the exploitation of natural resources that the environmental issue became relevant.

Note that during this period, technological development reached a relevant milestone in the understanding of the dynamics of the Earth. In addition, scientific knowledge exposed the risks of the adopted development model and stirred public opinion about the finitude of the existing resources. The dropping of the atomic bomb on Hiroshima contributed to the perception that humanity had achieved sufficient technological power to destroy life on earth.

In the second half of the 20th, the wave of environmental awareness resulted in the perception that the economic growth model had led to a progressive scarcity of natural resources. This concern was sanctioned in the United Nations Stockholm Declaration on the Human Environment in 1972. In poor countries, the idea was initially received as an attempt to curb the industrialization processes that had not yet materialized.

In 1983, with the aim of overcoming the dilemma, the World Commission on Environment and Development, under the leadership of Norwegian Prime

Minister Gro Harlem Brundtland, presented the “Our Common Future Report.” The report contained a proposal for sustainable development, which was defined as meeting the needs of present and future generations.

This report was also met with severe criticism for not recognizing the differences between the North and South.¹ Graf (1992) states that the main quality of global hegemony must be the ability to maintain the prospect of mutual gain. The author remarks that, in the scenario proposed by Brundtland, the report only granted the superiority of the political, economic, and social order of the North, as all the demands and aspirations of the South were already achievable within the previous world order, and not in the proposed new model in the report.

In 2000, the United Nations (UN) organized the Millennium Summit, held in New York City, to discuss the fight against global poverty. Among the many factors that contribute to poverty, environmental issues were widely emphasized, and sustainability became a decisive element in the fight against poverty. Subsequently, the Summit inspired the Millennium Development Goals (PADILHA, 2010).

Elkington (1997) notes that the sustainability agenda had previously focused on harmonizing the financial and environmental sectors, but has turned out to be much more complex, with the inclusion of a third pillar—social justice. The author reports that exposing the growing predatory aggressiveness of industry has raised the question of what types of financial, industrial, and entrepreneurial activities sustainable capitalism will require:

[...] But sustainable capitalism will need more than just environment-friendly technologies and, however important these may be, markets which actively promote dematerialization. We will also need to address radically new views of what is meant by social equity, environmental justice, and business ethics. This will require a much better understanding not only of financial and physical forms of capital, but also of natural, human, and social capital (ELKINGTON, 1997, p. 72)

A society becomes sustainable when it is organized in a way that safeguards the biodiversity around it and is nourished by renewable and recyclable resources. As a result of its work and production, it becomes more autonomous, overcoming poverty or at least able to reduce it. In addition to this, its citizens have relevant employment and guaranteed social security upon old age or in case of disabling illness. Furthermore, social, political, and gender equality is continu-

¹This expression is used to express the socio-economic divide between “rich” or “developed” countries and the “poor,” “developing,” or “emerging” countries.

ally sought. Finally, it will be sustainable if its citizens are socially participatory and environmentally aware (BOFF, 2018).

The adjective "sustainable" reveals important parts of the development model that need to be achieved, such as the incorporation of the social and economic dimensions in relation to humanity, as well as the ecological facet that can be attained by respecting the natural environment and its resources, on which humanity depends. Accordingly, development will be sustainable not only when it has connections with an ecological model of respect for the natural environment, but also when it meets demands, such as the respect for democracy and human rights (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2015).

Defined as an ideal political concept, open to questioning and reinterpretation, together with the ideals of "freedom," "democracy," and "justice," the concept of sustainable development should guide the debates on development. This is a proposal for reorienting development so that society's progress can be sustained (MEADOWCROFT, 2007).

Thus, given the realization that development transcends the initial paradigm between economic growth and environmental protection, and encompasses all dimensions of human wellbeing for both present and future generations, sustainability is a fundamental part of this process. This is not a static concept, as human needs are constantly changing, and moreover, the balance in the fulfillment of these needs assumes peculiar and distinct contours across nations.

In poor countries, the road to sustainability is much longer. A critical view of the divergence of interests involved is necessary to identify, understand, and, as much as possible, overcome the real obstacles to the preservation of the natural environment on a global scale. It is assumed that the goal of sustainability, to be achieved by balancing ecological, economic, and social values, will never be the result of a single and definitive equation that applies to all countries, and must be adjusted on a case to case basis.

2. GLOBALIZATION CHALLENGES FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN POOR COUNTRIES

Technological development has broadened international relations and brought states together. The exchange of people and goods has influenced societies in a number of aspects, especially economically, socially, and culturally, such that the research of such relationships can take place from a multitude of perspectives.

This phenomenon is conceptualized by Torrado (2000) as a bundle of complex processes of exchange in the relations between societies, nations, and cul-

tures. The author adds that such processes have generated a dynamic of interdependence between the economic, political, and cultural spheres, in which the current processes of globalization develop, causing events in one part of the world to impact others strongly.

Souza (1997) adds that the phenomenon involves conflicts, and therefore, winners and losers, and so the discourse on globalization turns out to be the story of the winners themselves. It states that through this process, a certain condition or entity can extend its influence over the whole world. In line with this, there is no global condition for which there is no local root.

From an economic point of view, it covers the processes that enable the conception, development, production, distribution, and consumption of products and services on an international scale, which aim to respond to the needs of world markets and govern by almost universal standards, developed by organizations, such as corporate networks (LIMA TORRADO, 2000).

The methods of natural resource exploitation have become more complex as multinational companies continue to specialize in industrial, financial, technological, commercial, administrative, and cultural skills, which have become key elements in globalization. Multinational corporations, which previously had most of their operations centered in their home countries, replicated small versions of themselves in each country in response to trade barriers that arose in the postwar period (MARTINELLI; MIDTTUN, 2010).

In addition, globalization implies a new way of realizing state sovereignty, which is detrimental to the free movement of goods. There arose a need for joint action to establish heterogeneous rules and procedures to be adopted between countries (GOMES, 2004). On the challenge of easing sovereignty for poor countries, Islam reflects (2015, p. 43):

Economic globalization has diluted state sovereignty in a manner that produces winners and losers. The winners, mostly the Northern states, have benefited from the liberalization of trade in manufactured goods and in services and from enhanced protection of investor rights and intellectual property. The exclusion of agricultural trade, transfer of technology, and the cross-border movement of people from the WTO framework have produced losers—predominantly Southern states, which encounter economic and political dislocations and loss of sovereignty.

This market-led system has not produced sustainable results. With the possibility of freely determining the most profitable location for their headquarters and branches, multinational companies have found advantages on the other side

of the globe in operating in countries where the operational barriers are fewer. The need to create wealth has led poor countries to compete for the most interesting proposals in terms of the mitigation of environmental and labor requirements, low wages, and tax exemptions, among other advantages to appeal to multinational companies (LIMA TORRADO, 2000).

As a result, isolated environmental protection measures are no longer effective in protecting the natural environment as a single integrated system. Restrictions on land use to protect natural ecosystems in rich countries can only shift environmental degradation to a distant location, increasing the importation of products. Thus, the obligation to use biofuels in one place can increase global greenhouse gas emissions because of indirect land-use changes in remote locations (LAMBIN; MEYFROIDT, 2011).

Social and economic differences lead to the adoption of practices in poor countries that would have been prohibited and severely punished in rich countries. The subordinate and dominant positions in the international division of labor lead to poor countries taking risks beyond their control (FREITAS, 2000). Recent work accidents in mining dams in Brazil, involving the Vale S. A. in 2019 and Samarco (a subsidiary of Vale S.A.) in 2015, can be taken as an example. Both incidents had enormous environmental impacts, causing more than 300 deaths. Furthermore, the heavy metal contamination of the basins of the Doce and Paraopeba Rivers threatened ecosystem services and the health of present and future generations.²

Given this scenario, state power is often obliged to yield to the bargaining power of companies, which are important sources of economic and social maintenance in certain locations. This exposes the gap in the accountability of new players in globalization, such as large multinational corporations and powerful states (MARTINELLI; MIDTTUN, 2010).

Hence, there is a need for reflections on the relationship between human rights and the environment. Human rights encourage dialogue where it is needed and a culture of caring for the person and their environment, as well as structuring other situations related to environmental justice. These features are particularly relevant to environmental protection in poor countries, where other obstacles, such as corruption, bad governance practices, and environmental injustices, are prevalent (KOTZÉ, 2015).

² The Samarco disaster in 2015, caused 19 deaths and released 50 million of tailings, which extended over 36 municipalities to a total of 650 km along the Doce River. The Vale S.A. disaster in 2019, had more than 300 deaths and missing people, and 131 victims were Vale S.A. employees. This time, 13 million of tailings were released, which extended to 18 municipalities at least along 250 kilometers. (FREITAS; DA SILVA, 2019)

Environmental sustainability has been strongly defended as a Human Right. In this sense, the right to sustainable development compromises not only the state and the individual but also the private enterprise. There are links and responsibilities between the private company and sustainable development, especially due to the social-solidarity function imposed on companies by the rights of equality and solidarity (SILVEIRA; NASPOLINI SANCHES, 2015).

Given the current difficulties of the international human rights system, the first step will always be to raise awareness of the defects, with a desire to overcome them. Although internal problems can be corrected with the volitional determination of the authors, human rights cannot exist in isolation. In addition, whatever their form and content, they need to be coordinated with the economy (LINDGREN-ALVES, 2017).

Due to its peculiarities, economic globalization creates a series of challenges to sustainable development, especially for poor countries. Although technological advances have enabled an integrated understanding of the movements that make up the Earth's evolutionary dynamics, economic globalization represents a force contrary to the maintenance of the planet's ecosystems. In this context, research on human rights and sustainable development, focusing on the performance of multinationals in poor nations, is extremely relevant.

Another point to consider is the need for rich countries to recognize their historical share of responsibility in the current crisis scenario; in fact, they should be given a greater burden for several reasons. First, they are the main causes of past degradation; second, they continue to consume a huge portion of the planet's resources; and third, these countries have superior technological and financial capacities to protect the environment (ISLAM, 2015).

Considering the force of the big corporations in the globalized scenario, they likewise have great potential for helping realize fundamental rights. Thus, the paradigm shift towards sustainable development requires the commitment of major players in globalization, such as states and multinational corporations, to fulfill basic human needs.

3. EFFECTS OF GLOBALIZATION ON THE NATURAL ENVIRONMENT IN BRAZIL

As seen, globalization involves countries, nations, regions, corporations, associations, and organizations, such that separate local events can influence a large number of countries. There is an increase in the number of problems that are common across states, as well as a variety of issues that they may involve.

Positive and negative events, such as the struggle for environmental preservation or the drug trafficking mafia, also assume a global character (MARSONET, 2017).

In this context, the ethical influence of the environmental movements that emerged in the United States and Europe in the second half of the twentieth century on the constitutionalization of Brazil's Environmental Law can be seen as a relevant reflection of the impact of globalization on the legal protection of the environment in Brazil. The Brazilian Constitution of 1988 provides specific protection of the environment, declared as a fundamental right. Moreover, it also brings many international environmental law principles, for example, principles of prevention and intergenerational equity article, both guaranteed in Article 225 (BRAZIL, 1988).

Although the present study does not focus on the analysis of the process that underlies the emergence of environmental law in society, globalization has disseminated environmental protection as a universal value, to the point that the Eurocentric bias of environmental law can be observed not only in the Brazilian Constitution but in most Latin American constitutions drafted after the Stockholm Conference of 1972.

Herman Benjamin (2015), when discussing the extraordinary advances that the constitutionalization of the environment represents, reflects that it is a time of healthy globalization of the constitutional debate. He recounts that constitutions are significant in the development of ideologies and contemporary political regimes and serve as an indicator of the transition between the two models of states.

However, the unsustainable operations of multinational companies are a negative impact of globalization on the natural environment, notably in the mineral sector. The historical analysis of mining activities in Brazil reveals, among other things, the fragility of environmental regulations, and the lack of projects able to promote sustained development. As mineral extraction is not a long-term activity, the risks posed by dams, mines, and other abandoned infrastructure tend to go beyond the mining cycle (COELHO *et al.*, 2017).

Cases of dam ruptures or leakages, with negative social, environmental, and human consequences, have become more prevalent. The Mariana disasters in 2015 and Brumadinho in 2019, caused by the mining companies Samarco and Vale, respectively, are not isolated examples. According to the National Water Agency Report, in 2017, there were 24,092 dams registered with the inspection bodies for various uses, and only 3% were inspected that year (ANA, 2017).

In the present study, the Norwegian mining company that has been polluting Amazonian rivers was chosen because it demonstrates the force of globaliza-

tion against environmental preservation in poor countries. The company, Hydro Alunorte, has been operating in the Amazon since the 1990s, and it has been responsible for repeated leaks of tailings dams in the municipality of Barbacena, causing damage to the environment and the health of the local population that feeds on the fish in the rivers.

This case is emblematic because its largest shareholder is the Government of Norway, and Norway is a member of the UN and is repeatedly selected as the best country to live in, according to the Human Development Index, which takes into account the income, life expectancy, and education level of the countries. Norway has one of the highest Eco-efficiency scores, an indicator used to quantify a country's progress towards sustainable development (MACIEL; KHAN, 2017).

During an official visit by President Michel Temer to Norway in 2017, the Norwegian government publicly made harsh criticism of the increase in deforestation in the Amazon. In retaliation, they reduced their funding of deforestation projects by 50% in the Amazon. At the time, it was found that Hydro was the defendant in nearly 2,000 lawsuits for contamination of rivers and communities in Barbacena and had not paid Brazilian Institute of Environment and Natural Resources - IBAMA fines of R\$ 17 million for a toxic mud overflow in 2009 (SENRA, 2017).

In February 2018, after a period of heavy rains, residents of communities near the plant warned authorities of a flood of red mud that flooded the streets, houses, and areas of the Amazon rainforest. Artesian wells also overflowed, raising fears about water quality, as hazardous products such as Sodium hydroxide are used in the processing of the plant (NOGUEIRA, 2018).

The Evandro Chagas Institute, an agency of the Ministry of Health, conducted an on-site inspection and reported that the company used a clandestine pipeline for untreated effluent discharges into a set of Murupi river springs, causing contamination. After denying irregularities in March 2018, Hydro admitted that it made the emissions through a pipeline not covered by their permits, but stated that it had no indications that emissions had a negative impact on the environment (KUDSEN, 2018).

By court order, in March 2018, it was determined that Hydro's aluminum refinery would operate at 50% capacity. In October of that year, following the ban on the use of new technologies to extend the life of a disposal area, the company announced that it would suspend production and lay off 4,700 employees. Within the days, the embargo was lifted, with IBAMA's prompt authorization to use the technology (KARAGIANNOPoulos, 2018).

The case is paradoxical, to say the least. The government that punishes Brazil for not preserving the Amazon is also responsible for a company that operates in the Amazon clandestinely and causes severe environmental degradation. This demonstrates that it is only the certainty of punishment that determines the performance of companies and guides their attitudes, and their values or culture have a minimal impact. However, as demonstrated, the subordinate Brazilian position in the international division of labor limits all punitive action against these companies.

International action and regulation are required to ensure that companies are not accepted simply as profit-oriented entities. They must be committed to environmental preservation, ethical conduct, and care about the impact of their performance in the community where they operate. Thus, it is perfectly possible in certain situations to demand that part of the profit from business activities be employed in the fulfillment of social rights, leading to a better distribution of wealth and enabling human development (SILVEIRA; NASPOLINI SANCHES, 2015).

In addition, the example reveals the contradiction between internal democracy and international relations. As democracy strengthens within nation-states, relations between them become less democratic because the political responsibility of the government towards its domestic electorate tends to make it a selfish actor in the international sphere (MARTINELLI; MIDTTUN, 2010).

In this scenario, the idea of cooperation in the relationship between countries also assumes relevant contours. Study on the subject demonstrate that while positive interventions by national governments can achieve high levels of sustainable development, the contribution of all countries is essential, given that the planet's overall health and wellbeing depends on a global effort (HOLDEN; LINNERUD; BANISTER, 2014).

The need arises for an ethical and supportive vision for all of humanity. From a sustainability standpoint, this does not mean taking a stand against progress but agreeing to cooperate not to achieve it at any cost. States need to promote the welfare of humanity by taking responsibility for the pressure on nature. In addition, the differences between developed, developing, and the least developed states need to be considered to give rise to equitably different responsibilities (CAMPELLO, 2013).

Thus, due to its peculiarities, globalization directly impacts the preservation of Brazil's natural environment. Despite the positive impact on the constitutionalization of Brazil's Environmental Laws, this advanced text does not yet express the wishes of Brazilian society. In contrast, the unsustainable operation

of multinationals in Brazil exposes a dark side of the studied phenomenon that negatively impacts Brazil's natural environment.

CONCLUSION

Environmental awareness has emerged in heavily industrialized societies, following negative experiences with major environmental disasters, and has influenced international environmental regulations. However, while in rich countries, environmental regulation came after capital accumulation through unsustainable exploitation of natural resources, in poor countries, this regulation preceded development and was viewed as an attempt to block development.

As a proposal to overcome the initial paradigm between economic development and the protection of the natural environment, the ideal of sustainability was realized as a new understanding of development that seeks to address all of the dimensions of human wellbeing, for present and future generations alike. However, it should be noted that the goal of sustainability, to be achieved by balancing ecological, economic, and social values, will never be the result of a single and definitive equation that applies to all countries, under penalty of distortion of the ideal sought.

Globalization, as a bundle of exchange processes between nations and other international actors, impacts societies in many ways. In this context, it appears that the advanced Brazilian constitutional text reflects the spread of environmental protection as a universal value. In addition to elevating the environment to the category of fundamental law, it marks a milestone in the transition to a State of Environmental Law. However, it must be remembered that this new order does not yet reflect the environmental awareness of Brazilian society.

Meanwhile, economic globalization has increased competition and produced only a few sustainable results. With the expansion of global markets, a large range of options was presented so that multinational companies could freely determine the most profitable place to set up their headquarters and offices. At the same time, the need for poor countries to create wealth leads them to accept unsustainable proposals; this cycle further widened inequalities.

In this scenario, the more restrictive environmental regulations in rich countries may not imply effective bonuses for the preservation of the natural environment. This is because, in many cases, companies choose to relocate polluting activities in poor countries.

As new international actors, multinationals operate in a gap of accountability in the international sphere. This situation implies the protection of the earth's

ecosystem, which deserves further study and international regulation. In addition, in the globalized scenario, companies must be committed to solidarity and ethics.

As democracy strengthens in nation-states, relations between them become less democratic. Indeed, the same development that reduces inequalities within countries increases inequalities between them. In other words, high rates of development positively impact the internal environment of countries, reducing inequalities between people of the same nationality. The same democratic values, however, do not guide their relations with poor countries.

Thus, the studied phenomenon creates a series of challenges to sustainable development, mainly for environmental preservation on a global scale. Although technological advances have enabled an integrated understanding of the movements that make up the Earth's evolutionary dynamics, economic globalization represents a force contrary to the maintenance of its ecosystems.

The transition to a sustainability path on a global scale is one of humanity's greatest challenges. There is a need for an ethical and supportive vision for all humanity, as well as the integrated attention of the terrestrial environment as a single ecosystem. Understanding that isolated environmental protection measures can be ineffective and imply damage displacement is a start.

We are all bound by the environment we are destroying, and the wellbeing of present and future generations depends on actions that transcend borders. Moreover, given the strength of economic globalization, the pursuit of sustainable solutions requires a joint effort between countries and other international actors, such as multinational corporations. Thus, the way these actors interact, and their responsibilities need to be reformulated.

REFERENCES

- AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil). *Relatório de Segurança de Barragens 2017*. Brasília: ANA, 2018. Disponível em: [@download/file/RSB%202017.pdf](https://www.ana.gov.br/noticias/45-barragens-preocupam-organos-fiscalizadores-aponta-relatorio-de-seguranca-de-barragens-elaborado-pela-ana/rsb-2017.pdf). Acesso em: 16 out. 2019.
- BENJAMIN, A. H. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva. p. 83-156, 2015.
- BOFF, L. *Sustentabilidade: o que é: o que não é*. 5. ed. rev. e ampl. Petrópolis: Vozes, 2017.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

CAMPELLO, L. G. B. Meio ambiente e estado constitucional cooperativo. *Thesis Juris*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 353-378, 2013. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/download/12/pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

COELHO, M. C. N. et al. Regiões econômicas mínero-metalúrgicas e os riscos de desastres ambientais das barragens de rejeito no Brasil. *Revista da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Geografia*, São Paulo, v. 13, n. 20, p. 83-108, 2017. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/anpege/article/download/6903/3843>. Acesso em: 16 out. 2019.

ELKINGTON, J. *Cannibals with forks: the triple bottom line of twenty-first-century business*. Oxford: Capstone, 1997.

FREITAS, C. M.; DA SILVA, M. A. Acidentes de trabalho que se tornam desastres: os casos dos rompimentos em barragens de mineração no Brasil. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, v. 17, n. 1, p. 21-29, 2019. Disponível em: <https://link.gale.com/apps/doc/A594553234/AONE?u=capes&sid=AONE&xid=c8cb76b1>. Acesso em: 16 out. 2019.

GOMES, E. B. *A globalização econômica e a integração no Continente Americano: desafios para o Estado brasileiro*. Ijuí: Unijuí, 2004.

GRAF, W. From Brandt to Brundtland and beyond: Hegemonic-ideological aspects of the north-south dialogue in the 1990s. *History of European Ideas*, Oxford, v. 15, n. 1-3, p. 399-406, 1992.

HOLDEN, E.; LINNÉRUD, K.; BANISTER, D. Sustainable development: our common future revisited. *Global Environmental Change*, Amsterdam, v. 26, p. 130-139, 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959378014000727/pdf?md5=f9c30c14db11c24b2ea36991a572f666&pid=1-s2.0-S0959378014000727-main.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

ISLAM, M. R. History of the north-south divide in international law: Colonial discourses, sovereignty, and self-determination. In: ALAM, S. et al. (Ed.). *International environmental law and the global South*. New York: Cambridge University Press. p. 23-49, 2015.

KARAGIANNOPoulos, L. Hydro gets key tech permit for Brazil plant, plans to restart operations. *Reuters*, Oslo, 6 out. 2018. Não paginado. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-norsk-hydro-brazil/hydro-gets-key-tech-permit-for-brazil-plant-plans-to-restart-operations-idUSKCN1MG0CU>. Acesso em: 16 out. 2019.

KOTZÉ, L. J. Human rights, the environment, and the Global South. In: ALAM, S. et al. (ed.). *International environmental law and the Global South*. New York: Cambridge University Press. p. 171-191, 2015.

LAMBIN, E.F.; MEYFROIDT, P. Global land use change, economic globalization, and the looming land scarcity. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Washington, v. 108, n. 9, p. 3.465-3.472, 2011. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/pnas/108/9/3465.full.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

LIMA TORRADO, J. Globalización y derechos humanos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, n. 17, p. 43-73, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2000-10004300074. Acesso em: 16 out. 2019.

LINDGREN-ALVES, J. A. Dificultades actuales del sistema internacional de derechos humanos. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 5,

n. 10, p. 246-273, 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/download/269/371>. Acesso em: 16 out. 2019.

MACIEL, H. M.; KHAN, A. S. O índice de ecoeficiência em âmbito internacional: uma análise comparativa do desempenho de 51 países entre os anos de 1991 e 2012. *Sustentabilidade em Debate*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 125-140, 2017. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/sust/article/view/16463/14748>. Acesso em: 16 out. 2019.

MARSONET, M. National sovereignty vs. globalization. *Academicus International Scientific Journal*, Vlorë, v. 8, n. 15, p. 34-45, 2017. Disponível em: <http://www.academicus.edu.al/nr15/Academicus-MMXVII-15-047-057.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

MEADOWCROFT, J. Who is in charge here? Governance for sustainable development in a complex world. *Journal of Environmental Policy & Planning*, London, v. 9, n. 3-4, p. 299-314, 2007.

MARTINELLI, A.; MIDTTUN, A. Globalization and governance for sustainability. *Corporate Governance*, Bradford, v. 10, n. 1, p. 6-17, 2010.

NOGUEIRA, M. Evidence of contamination at Hydro plant in Brazil, researchers say. *Reuters*, Oslo, 9 mar. 2018. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-norsk-hydro-brazil/evidence-of-contamination-at-hydro-plant-in-brazil-researchers-say-idUSKCN1GL2X6>. Acesso em: 16 out. 2019.

PADILHA, N. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RIBEIRO, L. G. G.; SILVA, L. E. G. S. A Conferência de Estocolmo de 1972 e sua influência nas Constituições Latino Americanas. In: COSTA, F. V.; GORDILHO, H. J. S.; BRASIL, D. R. (org.). *A proteção ambiental em suas múltiplas dimensões*. Maringá: IDDM, 2018. p. 12-68. E-Book. Disponível em: http://www.uit.br/mestrado/images/publicacoes/A_PROTEO_AMBIENTAL_EM_SUAS_MLTIPLAS_DIMENSES_-_EBOOK.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

SILVEIRA, V. O.; MÉNDEZ ROCASOLANO, M. Derechos humanos, desarrollo y poder, una relación comprometida. In: ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 3., 2015, Madrid. *Anais* [...]. Madrid: Ediciones Laborum, 2015. v. 2. p. 143-171. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-2-Madrid.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

SILVEIRA, V. O.; NASPOLINI SANCHES, S. H. D. F. Direitos humanos, empresa e desenvolvimento sustentável. *Direito & Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 145-156, 2015. Disponível em: <http://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/293/275>. Acesso em: 16 out. 2019.

SANTOS, B. S. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, v. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

SENRA, R. Noruega é maior acionista da mineradora denunciada por contaminação na Amazônia. *BBC*, Washington, 28 jun. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40423002>. Acesso em: 16 out. 2019.

ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO E OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

DIALOGICAL JUDICIAL ACTIVISM AND THE CHALLENGES OF THE APPLICATION OF THE UNCONSTITUTIONAL THING STATE IN BRAZIL

Lidiana Costa de Sousa Trovão

Mestre em Direito pela UNIMAR. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Bacharel em Direito pela UFMA. Licenciada em História pela UEMA. Advogada. Professora de Direito Público.

Rogerio Mollica

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2010). Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2006). Graduado em direito pela Universidade de São Paulo (1997). Fundador e ex-presidente do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro). Atualmente é professor visitante da Universidade de São Paulo e professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Marília. Advogado.

Submetido em: 08/01/2020

Aprovado em: 04/02/2020

Resumo: Cuida-se o presente trabalho de pesquisa feita em torno da teoria colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional, importada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, a qual se baseia no enfrentamento pelo Judiciário de questões que envolvam violações massivas e perenes de direitos fundamentais. A ligação existente entre referida teoria e o ativismo judicial dialógico se assenta no fato de que as questões que envolvam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos devem ser tratadas com a participação dos três poderes da república, de modo a permitir que todos esses setores assumam suas responsabilidades diante da sociedade. A problemática, portanto, está calcada na inércia do Poder Público na resolução de problemas estruturais que se perpetuam no tempo e que acabam sendo levados ao conhecimento do Poder Judiciário. O modelo constitucional brasileiro, no qual há previsão de que o Estado deve assegurar direitos fundamentais a todos os cidadãos, apesar de ser um conceito amplo e genérico, garante aos indivíduos a prerrogativa de cobrar do Poder Público pela sua efetivação. Não obstante, para consecução da pesquisa foi utilizado o método dedutivo, pesquisa bibliográfica e doutrinas nacionais e estrangeiras. Os desafios enfrentados para aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, mesmo

com a participação ativa e dialógica do Judiciário, enfrentam muitas barreiras, tendo em vista a dificuldade em manter o diálogo entre os poderes. Procurou-se iniciar a abordagem no seio dos princípios constitucionais, assim como no panorama das discussões acerca da possibilidade de adoção da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, seu alcance e o manejo que poderá ser feito no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no que tange à efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo Judicial Dialógico; Estado de Coisas Inconstitucional; Efetivação dos Direitos Fundamentais.

Abstract: The present research work is done around the Colombian theory of the Unconstitutional State of Things, imported in Brazil by the Federal Supreme Court, which is based on the confrontation by the judiciary of issues involving massive and perennial violations of fundamental rights. The link between this theory and dialogical judicial activism rests on the fact that issues involving diffuse, collective and homogeneous individual rights must be addressed with the participation of the three powers of the republic in order to allow all these sectors to assume their responsibilities to society. The problem, therefore, is based on the inertia of the Public Power in solving structural problems that are perpetuated over time and that are eventually brought to the attention of the Judiciary. The Brazilian constitutional model, in which there is provision that the State must guarantee fundamental rights to all citizens, despite being a broad and generic concept, guarantees individuals the prerogative of charging the Government for its effectiveness. However, to accomplish the research was used the deductive method, bibliographical research and national and foreign doctrines. The challenges faced in applying the unconstitutional State of Things theory, even with the active and dialogical participation of the judiciary, face many barriers in view of the difficulty in maintaining dialogue between the powers. We tried to start the approach within the constitutional principles, as well as in the panorama of the discussions about the possibility of adoption of the theory of the Unconstitutional State of Things in Brazil, its scope and the management that can be done within the Executive, Legislative and Judiciary regarding the enforcement of fundamental rights.

Keywords: Dialogical Judicial Activism; Unconstitutional State of Things; Realization of Fundamental Rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O modelo constitucional brasileiro de 1988 e o estado de bem-estar social. 2. Judicialização dos direitos fundamentais. 3. Ativismo judicial no Brasil. 3.1. Ativismo judicial dialógico. 4. O Estado de Coisas Inconstitucional: origem, aplicabilidade e desafios. 4.1. O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em meio às mudanças que acontecem no seio da sociedade, ora concretizando, ora desestabilizando direitos, a Constituição Federal se mostra como saída para um possível ponto seguro. Isso implica dizer que, malgrado não seja o sistema jurídico composto apenas por esta lei maior, dele deve haver sustentáculos que possam tanto permitir quanto limitar a incidência das violações de direitos fundamentais.

No estudo que se fecunda, haverá a análise da dinâmica que envolve as relações pessoais e que faz com que os direitos fundamentais sejam a todo instante invocados, e não por menos, sejam também judicializados, face ao princípio da

infastabilidade e do acesso à justiça, ambos também inseridos no rol dos direitos fundamentais. A problemática, portanto, está assentada exatamente no modo como o Judiciário tem tratado a questão da violação dos direitos fundamentais diante do exercício do ativismo judicial dialógico.

Nesse passo, algumas dessas violações constatadas no Brasil também são sentidas em outros países latino americanos, como é o caso da Colômbia. O estudo realizado mostra que foi nesse país que surgiu em vanguarda a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional”, cuja nomenclatura procurou abranger a situação de massiva e perene violação de direitos fundamentais, consequência de anos de inércia do poder público colombiano.

No exercício do ativismo judicial dialógico, o Judiciário não estará insensível aos problemas enfrentados pelo Estado na execução de políticas públicas, ainda mais que é conhecedor da realidade brasileira. Por meio de pesquisa qualitativa, valendo-se do método dedutivo, serão utilizadas pesquisa bibliográfica, doutrina nacional e estrangeira, referências legislativas e jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal, assim como artigos científicos e trabalhos de pós-graduação acerca do tema.

Para tanto, o trabalho conterá quatro capítulos, dentre os quais se fará inicialmente uma abordagem da Constituição e o estado de bem-estar social e o seu apogeu com a Constituição Federal de 1988. No capítulo segundo e terceiro, numa sequência lógica, tratar-se-á da judicialização dos direitos fundamentais, como motivo fundante da incidência do ativismo judicial dialógico. O último capítulo analisa os desafios da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, ante a filiação do Supremo Tribunal Federal à teoria colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional.

Diante desses questionamentos, procurar-se-á deslindar parte dessas respostas, com o intuito de compreender melhor o modo como o Supremo pratica o ativismo judicial e desse modo influencia todas as demais instâncias do Poder Judiciário no Brasil.

1. O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE 1988 E O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

O estado de bem-estar social surgiu em um momento da história em que o mundo passava por diversos tipos de supressão de direitos fundamentais. O auxílio parecia estar muito distante diante de tantos fatos pretéritos que provocaram uma série de barbáries, mesmo em sucessivas ondas de evolução e involução dos direitos do homem. Mais tarde se compreendeu que os direitos do homem, consagrados pelo trinômio francês da liberdade, igualdade e fraternidade não

foram suficientes para que todos aqueles que cumpriam suas promessas de crescimento econômico a qualquer custo.

O *welfare state*, expressão moldada sob a influência inglesa, possui origem histórica mais recente que o estado de providência, que possui origem francesa e remonta ao século XIX (NOGUEIRA, 2001, p. 90). Na passagem, aduz a autora que “a expressão inglesa – Welfare State foi criada da década de 40, ainda que a menção à Welfare Policy – Política de Bem-estar, ocorra desde o início do século XX.” Fiori (1997, p. 139), no texto em que aponta existirem diferenças na configuração histórica do *welfare*, filiar-se-á ao entendimento que não existe progressão linear, “nem uma convergência entre seus vários tipos nacionais, ou mesmo entre os seus vários tipos nacionais, ou mesmo entre os seus vários padrões de construção e organização do Estado de bem-estar social.”.

De acordo com Bonavides (2015, p. 200), “o Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, requerendo a atuação positiva do poder político nas esferas sociais para a satisfação das necessidades mínimas existenciais do indivíduo.” Desse modo, o intervencionismo é um sistema intermediário entre o liberalismo e o Marxismo, idealizado em face da derrocada do Estado Liberal diante das mazelas sociais herdadas no pós-guerras, além de ser uma opção ao Estado Socialista titular exclusivo da atividade econômica.

Desse modo, o *welfare state*, ou como se queira nominar, tinha como pressuposto o estado assistencialista, que pudesse garantir ao povo níveis mínimos de assistencialismo em setores tidos como essenciais, como saúde, educação, renda, além de previdência social, cujo exercício estava sempre em franca ameaça. Como um Estado de Providência, as medidas tomadas pelos governos sociais-democratas chamaram a atenção do mundo para problemas sérios de enfrentamento das crises humanas que até então dominavam o cenário mundial.

Considera-se como sendo o período inaugural do Estado de bem-estar no Brasil, a política assistencialista implantada por Getúlio Vargas, a partir da década de 1930, quando se observou a organização estatal da política e da economia, bem como da promoção e defesa social. Nesse modelo aqui adotado à época, o Estado atua em consonância a sindicatos e à iniciativa privada, buscando atender às características de cada país, e, desse modo, garantir serviços públicos e proteção à população.

Procurando contextualizar a introdução da política de bem-estar social no Brasil, Benevides (2011, p. 62) aponta que “no período compreendido entre 1930 e 1970, o Brasil se constituiu em uma economia moderna com base industrial e urbana, abandonando seu passado agrário, baseado em exportações de bens primários [...]. Entretanto, conforme a mesma autora:

Os alicerces do sistema de proteção social brasileiro são constituídos nesse mesmo período, tendo o autoritarismo como uma de suas principais marcas, visando regular aspectos concernentes à organização dos trabalhadores assalariados dos setores mais modernos da economia, utilizando-se da antecipação de algumas necessidades, de modo a reduzir a legitimidade das lideranças trabalhistas em suas reivindicações. Desse fato resulta a segmentação no processo de modernização no país que se apresenta até os dias atuais, com setores industriais modernos convivendo com setores tradicionais.

Viu-se no Brasil, entre os anos de 1930 e 1945 uma crescente onda de atuação estatal tanto na esfera trabalhista quanto na previdenciária. Contudo, além desses setores “em 1930 é criado o Ministério da Educação e Saúde Pública”, que “[...] ficava responsável pela saúde coletiva da população, enquanto que a atenção médica era restrita aos trabalhadores vinculados a categorias profissionais” (BENEVIDES, 2011, p. 64). Observou-se, no período relativamente expressivo, a incorporação progressiva de medidas que visavam organizar a atividade laboral no Brasil, cujo incentivo à ocupação de postos de trabalho vinham com o incentivo de cobertura trabalhista e previdenciária, com vistas a fomentar as atividades industriais pautadas na relação capital e trabalho.

Mas foi com o advento da redemocratização do país, marcado pela promulgação da Constituição de 1988 que o Brasil passou a prever constitucionalmente diversos direitos sociais, dentro dos quais estão inseridos aqueles cuja vanguarda já estava sendo sedimentada desde a década de 30. Não obstante, a inserção dos direitos fundamentais como núcleo intangível do texto constitucional implantou aqui um pressuposto fortíssimo da obrigatoriedade estatal em investir e implementar políticas públicas voltadas ao bem-estar social.

Daí porque se diga que, apesar do Brasil possuir forte onda neoliberalista, a permanência do Estado de bem-estar social de previsão implicitamente constitucional o impede de cometer retrocessos típicos de políticas neoliberalistas, ou que, pelo menos, se possa impedir que seus efeitos deletérios atinjam de modo crucial a maior parte da população. Conforme denomina Benevides (2011, p. 66):

No início de 1988, a agenda de transição democrática conferiu centralidade à questão social e a nova Constituição, em grande medida, reafirmou o princípio e os conteúdos das reformas intencionadas. Dentre essas, nós podemos reconhecer um escopo mais comprehensivo do sistema de proteção social, tanto com o reforço dos direitos universais quanto com o relativo afrouxamento da relação contributiva.

Negri (2008, p. 38) aponta que a biopolítica, aos poucos, vai se ocupando de todos os “aspectos da vida que seguidamente serão chamados a converter-se num campo de implantação das políticas do *welfare state*: seu desenvolvimento está comprometido por completo na tentativa de obter uma melhor gestão da força de trabalho.”.

E é exatamente dessa forma, com a docilidade dos corpos que se há de recrutar e dos que hão de ser atendidos que funciona essa fábrica de porcelana. Ainda com Negri (2008, p. 38):

El término de <<biopolitica>> indica la manera en la que el poder se transforma, en un determinado periodo, con el fin de gobernar no solamente a los individuos a través de ciertos procedimientos disciplinados, sino al conjunto de seres vivos constituidos en <<problaciones>>: la biopolitica (a través de biopoderes locales) se ocupa también de la gestión de la salud, de la higiene, de la alimentación, de la natalidad, de la sexualidad, etc., a medida que esos diferentes campos de intervención se convierten en desafíos políticos.

Nos anos que se seguiram à sua promulgação, diversos ajustes foram feitos no sentido de emendar o texto original. Barroso (2017, p. 271) aponta que “chega-se, assim, sem surpresa, à segunda consequência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário da Carta já somavam 56.”, número deveras expressivo para uma constituição tão recente. O processo de redemocratização apontou alguns reverses, talvez porque ao término de um período repressivo e de violação de direitos fundamentais fosse necessário – ou talvez achava-se que fosse – sedimentar o maior número de direitos no texto normativo mais importante da República.

O estado de bem-estar social ainda persiste nos dias atuais. Ao ser concebido como uma das formas de exercício da cidadania, e contraposto ao que se entendeu fosse o estado repressor, a partir da Constituição Federal de 1988, procurou selar a paz entre Estado e sociedade. Dentre as diversas garantias consagradas está o princípio da proibição do retrocesso, por meio do qual, as conquistas nos setores sociais fundamentais não podem ser destituídas ou extintas, e cuja finalidade é sempre a evolução desses direitos, e não a supressão de qualquer que seja a forma.

A seguir, serão tratados especificamente os direitos fundamentais estruturais no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de dimensionar os parâmetros dessa pesquisa.

2. JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais constituem fundamentos da república e princípios do Estado Democrático de Direito, de modo que não podem esses dois parâmetros se dissociar, sob pena de perderem sua essência ou serem desnaturados. Por sua importância, não foi à toa que o constituinte originário fez questão de colocá-los logo nos primeiros artigos do texto constitucional, a ressignificação da República Federativa após anos de chumbo marcados pela ditadura militar.

Com consequentes desvios de finalidade aos direitos conquistados, o Brasil surgiu como guardião das liberdades individuais e com o compromisso de que todos os brasileiros pudessem exercer e gozar de seus direitos de maneira igualitária, respeitados a lei, os costumes e os princípios gerais do direito. Não são, entretanto, ilimitados, os direitos fundamentais.

Observa-se, nessas condições, que a judicialização dos direitos fundamentais não ocorre apenas em face do Estado, como também por meio de crise existente entre direitos semelhantes entre particulares, ou entre o indivíduo e a sociedade. Acerca do assunto, comentam Mendes e Branco (2017, p. 159):

A História aponta o Poder Público como o destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A finalidade para a qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consistia, exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais.

É bem verdade que se trata de uma situação abstrata. O caso concreto, mesmo que existente, é colocado no mundo das ideias, do dever ser, para que de algum modo se possa alcançar um ideal de justiça. Esse é o objetivo do Judiciário ao analisar casos que lhe são postos à avaliação. Além desse aspecto, também há de ser considerado que o Judiciário recebe demandas que exprimem latente colisão de direitos fundamentais, observados “[...] quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 201).

Pela classificação dada por Mendes e Branco (2017, p. 210), “a colisão pode decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos. Assinale-se que a ideia de conflito ou de colisão de direitos comporta temperamentos.”.

Infelizmente é possível que as decisões judiciais sejam utilizadas como parâmetro para demonstrar exatamente o contrário do seu objetivo inicial, nada do que já não se saiba sobre a potencialidade, tanto benéfica quanto nociva de um mandamento judicial. A própria lei não é capaz de prever e tutelar todos os atos

da vida civil, necessitando, por isso, de interpretação. Mendes e Branco (2017, p. 160) asseguram que:

A percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais e da sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas reforçou a ideia de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação também no setor do direito privado. Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si.

Por estas razões, a discussão acerca da judicialização dos direitos fundamentais é sempre importante, considerando as relações dinâmicas engendradas na sociedade e a capacidade de mudança social, com o avanço da tecnologia e da globalização. Algumas dessas relações atingem reflexos externos, que compreendem, além de normas nacionais, direito internacional, seja público ou privado.

Dadas às proporções com que estão diretamente ligados ao modo de vida e atividade das pessoas, e considerando as relações cada vez mais abrangentes, o Judiciário como órgão em que há a interpretação da lei ao caso concreto e a tarefa de proferir decisões responsáveis faz com que os olhares críticos sejam fortemente lançados contra si. É nesse contexto que se insere o entendimento de Mendes e Branco (2017, p. 170), ao afirmarem que:

Tem-se, pois, que nem sempre é simples precisar os contornos de um direito fundamental – assunto que, muitas vezes, congrega correntes doutrinárias rivais. Retesa-se, pois, a sensibilidade do operador jurídico, dele se exigindo, ao cabo, que se mantenha fiel aos valores predominantes na sua sociedade, na busca de soluções justas, técnicas e com respaldo social.

Invocados pelo poder Público ao alegar como matéria de defesa, o princípio da reserva do possível se pauta na impossibilidade do Estado de tutelar todos os direitos de cada uma das pessoas, em face de sua incapacidade financeira, reverbera no fato de que o Estado precisa garantir pelo menos o mínimo existencial para que possa invocá-la.

Nas palavras de Duarte Júnior (2019, p. 135) quando há o enfrentamento do que se concebe seja o mínimo existencial referente a necessidades básicas, “[...] sob a óptica universalista dos direitos humanos deixa evidente que uma visão, no mínimo obliqua, se estabelece quando os direitos do homem são postos sob o confronto entre necessidades humanas e necessidades biológicas”.

Essas incapacidades gerais, perenes ou duradouras, de total abstenção e previsão de resolver problemas históricos, de descaso, falta de investimento mínimo e ausência de políticas públicas ou, quando existentes, sejam ineficientes, fazem com que todo esse complexo de problemas sejam judicializados. Consoante asseveraram Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 343), acerca da abrangência transindividual dos direitos fundamentais, levando-se em consideração os apontamentos de acordo com as dimensões deles:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distinta o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem individual como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação), caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa).

A judicialização, no seio da sociedade, embora seja o exercício de um direito, não se trata exatamente de uma solução, uma vez que provoca outros diversos dissabores, principalmente entre os poderes constituídos da república. Tomelin (2018, p. 79-80) salienta que no cenário jurídico brasileiro atual, de inércia do Legislativo, “[...] pode conduzir a choques entre os Poderes da República. Não falta quem assinale a possibilidade de haver uma crise institucional em curso, calcando tal raciocínio em um ‘abusivo’ ativismo judicial”.

Há quem sustente que há, com a conduta positiva engendrada pelo Judiciário, lesão ao princípio da separação dos poderes, dando azo a que se tenha outra inconstitucionalidade baseada nessa matéria. Acerca dessas declarações dadas pelo Judiciário, asseveraram Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 398) que “há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, [...]”, pois, ainda de acordo com os autores:

[...] exercem, para além disso (e em função disso), o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 398)

Há outros que entendem que o Judiciário está apenas dando as respostas procuradas por meio das ações que recebe, e, desse modo, está cumprindo seu dever constitucional, face ao princípio dos freios e contrapesos, que será melhor

tratado no tópico referente ao ativismo judicial. A proposta desse tópico é tratar da questão material que envolve a judicialização dos direitos fundamentais. As nuances processuais e as que circundam as questões de ordem constitucional serão tratados no tópico próprio.

A grande preocupação diante desse fato é que enquanto o Judiciário se ocupa de casos que envolvam má-fé desperdiça não só custo financeiro, de tempo e de energia humana que poderiam estar sendo destinados a casos realmente importantes. Entretanto, salvo casos em que se trate de direito completamente improcedente, qualquer outro tipo de tutela que se busque desse ser com acuidade, notadamente no que concerne àqueles que atingem mais incisivamente a população.

3. ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ativismo judicial no Brasil teve início com a Constituição Federal de 1988, a chamada “constituição cidadã”, cuja garantia ali encartada tornou possível buscar a efetivação dos direitos fundamentais, em suas diversas vertentes, por meio de decisões judiciais, cuja finalidade é de suprir as deficientes políticas públicas ou mesmo sua falta de implementação.

A grande discussão dentro da esfera do ativismo judicial enquanto ferramenta proposta a solucionar problemas se assenta no entendimento de que “o poder Judiciário não pode massificar a ideia de constituição em si mesma, achar que ela é capaz de resolver todos os problemas decorrentes das omissões estatais” (ALBUQUERQUE, 2013, p. 59). A possibilidade de judicialização da política, enquanto esfera relegada aos poderes legislativo e executivo, seria um atentado à separação dos poderes, com a anuência da sociedade.

De posse da expressão “Estado Jurislador”, Tomelin (2018, p. 38) assevera que “a participação do Judiciário brasileiro na jurisfação somente veio se ampliando ao longo das décadas, o que nos permite, sim, hoje, falar em um Estado Jurislador Brasileiro”. Para o referido autor, além de uma interferência entre os poderes, que poderia ser observada como uma fragmentação do princípio da separação dos poderes, há a substituição de parte do labor legislativo (atividade de criação de um novo direito) pela atividade interpretativa (TOMELIN, 2018, p. 40).

Ainda dentro dessa discussão, interessante a premissa de Oliveira e Dias (2017, p. 147), ao afirmarem que a problemática do ativismo “[...] não é a sua ocorrência em si, mas compreender, dentro das balizas hermenêuticas, o que pode ser considerado interpretação legal ou constitucional e aquilo que mais

aparenta uma invasão à esfera legislativa.". Existe, portanto, uma preocupação com esse liame que expõe a ligação entre ativismo legiferante e atuação judicial, cuja interpretação depende da ótica, do contexto e dos atores envolvidos.

Tem-se como consectário lógico a intromissão do Judiciário na esfera política enquanto guardião e defensor da Constituição Federal e por exercer um papel de certa forma decisivo no seio da sociedade. Portanto, ao julgar questões políticas, assentadas na ideia de um Judiciário que atua por meio de precedentes, atuam os Tribunais partindo do pressuposto de uniformidade do entendimento jurisprudencial, a fim de que a sociedade possa prever em qual sentido serão as decisões, talvez algo próximo do que se imagina seja segurança jurídica.

No entanto, apesar dos três poderes serem responsáveis pela guarda da constituição, o papel exercido pelo Judiciário se torna ainda mais incisivo, ao passo em que é dele a incumbência de aplicação do texto constitucional ao caso concreto. Nessa esteira, há quem sustente que "[...] o Judiciário não pode abandonar a autonomia política ou achar que a efetivação constitucional é uma questão simplesmente jurídica (um processo não pode se tornar no único ou mais importante instrumento para efetivação da constituição)" (ALBUQUERQUE, 2013, p. 60).

O protagonismo mais expressivo se dá por meio do Supremo Tribunal Federal, não obstante tenham outros órgãos que já se lançaram nesse movimento. Como consequência, aponta Barroso (2017, p. 233) "[...] quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal".

A judicialização de questões políticas recebe críticas ferrenhas e defesas de igual sorte, com diferentes argumentos e com certa razão em ambos. Tomelin (2018, p. 80) sustenta que o protagonismo judicial do Supremo Tribunal Federal se manifesta de forma saudável dentro da evolução constitucional, e que tratar dessa atuação por meio do termo "ativismo judicial" é uma forma deletéria, uma vez que traz embutida uma crítica.

3.1. ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO

A modalidade de ativismo judicial que mais se aproxima do modelo constitucional adotado no Brasil é aquela que defende a via do ativismo dialógico, como ferramenta de promoção da igualdade de oportunidades e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Salutar lembrar que o Brasil possui um sistema constitucional mesclado entre o estado de bem-estar social e a busca do desenvolvimento econômico, que inevitavelmente, para pela exploração das classes menos favorecidas.

Esse entendimento é fruto do que se observa diante do protagonismo ou da reserva do Judiciário diante de casos que lhe são postos ao deslinde. Veja-se que existem diversos casos que provocam muita instabilidade social, pois constituem-se fatos que a lei, de per si, não consegue solucionar. A interpretação correta e voltada para o bem-estar da sociedade, além de beneficiar as partes envolvidas, define situações que podem servir de modelo para outras, iguais ou semelhantes. Nesse sentido:

Sendo a administração da justiça uma das funções do Estado, indelegável e indiscutivelmente ligada à efetiva vigência do Estado constitucional de direito, não se pode deixar de reconhecer que a atuação da mais alta corte de um Estado republicano tem um claro perfil político. Isso é assim, porque, se a característica do conceito de política, como inerente à ação do poder estatal, pode ser resumida como a capacidade de condicionar a comunidade na qual exerce, induzindo comportamentos e proibindo-os, a Corte Suprema de Justiça, através dos atos de sua competência, determina o alcance e os limites do ordenamento jurídico vigente (ALBUQUERQUE, 2013, p. 92).

Numa perspectiva mais aproximada do objeto desse estudo, que são as violações perenes e massivas de direitos fundamentais, apontam Oliveira e Dias (2017, p. 168) que “direitos sem garantias não podem subsistir e, mais do que isso, as garantias estão vinculadas diretamente à possibilidade de instrumentalização do Judiciário para garantir os, independente de vontade política e legislativa.”. Por esse norte, vê-se que a atuação do judiciário, seja por meio do exercício do controle de constitucionalidade, seja pelo ativismo judicial, são mecanismos que podem auxiliar no alcance da efetivação dos direitos, mormente sejam constantemente atacados por serem imperativos em seus mandamentos. O que se vê, nesse sentido, é que há uma verdadeira medição do quem pode mais, quando na verdade, o que se deveria fazer é unir forças em benefício do melhor esforço para consecução dos objetivos postos em juízo.

Aspectos de ordem normativa e jurisprudencial contribuem, sobremaneira, para o fortalecimento do Poder Judiciário e a eficácia das decisões judiciais. Não obstante, Dantas (2019, p. 180) aponta que “[...] a visão tradicionalmente associada a esse assunto é a de que a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais é imprescindível”. Há, sempre, por detrás de um grande problema social, uma grande questão de ordem política, o que as faz situações sumariamente dependentes.

O entrincheiramento constitucional de direitos, consoante assevera Dantas (2019, p. 180) “[...] aliado ao fortalecimento da independência judicial frente

às pressões políticas, seriam os elementos normativos mais importantes para garantia da expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional da eficácia das decisões". Essa visão é criticada na doutrina, uma vez que optam por descentralizar a questão normativa de deslocá-la do eixo de centralidade, uma vez que preferem ter uma visão mais pragmática dos problemas estruturais e da forma como devem ser enfrentados no Judiciário. Assim, os Estados Unidos da América, pela vanguarda do *Bill of Rights* expressa uma abertura e flexibilidade dessa carta de direitos, apesar de não ser esse o único país a ter essa experiência.

Essas demandas acabam chegando ao judiciário, diante da inércia dos demais poderes, e desse modo surge o ativismo judicial dialógico, no qual são chamados ao diálogo todos os envolvidos, a fim de que seja encontrada a melhor solução para o problema. Acertadamente, Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 59) advertem que "o aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados.". Ou seja, se o Judiciário adentra uma questão política, e as questões dessa natureza estão por toda parte, hora ou outra, alguém se sentirá prejudicado.

Essa retração do Legislativo, consoante Albuquerque (2013, p. 101), reforça a postura ativa do judiciário, mas que, no entanto, podem apenas significar "[...] um reconhecimento de pedidos astutos/inovadores/originais de advogados, membros do Ministério Público e Advocacia Pública, do que uma atitude proativa do Judiciário". Portanto, o ativismo é um reclame social que, levado ao conhecimento do Judiciário, pode ser reconhecido, e, por esta razão, consoante o mesmo autor, talvez fosse equivocado que se afirmasse ser o ativismo uma inovação no mundo jurídico (ALBUQUERQUE, 2013).

É preciso compreender que num país plural como o Brasil, antes de haver a fiscalização das atividades dos outros poderes, existe a necessidade de bem exercer a função que lhes cabe constitucionalmente. Nas lições de Tomelin (2018, p. 81) "o choque de poderes em torno do controle de políticas públicas, por exemplo, envolve múltiplas situações e soluções, estudadas pelo direito processual civil".

Nesse meio, o judiciário, quando provocado, atuará como mediador entre sociedade e Estado, de modo a buscar a melhor alternativa para solucionar o problema. As questões são complexas e exigem estudos perenes a respeito, porque além de serem situações que se renovam, está-se longe de encontrar uma solução adequada para todos os envolvidos. Diante de todas as premissas é possível dizer que a judicialização é uma questão social, que reverbera pelas questões políticas, o que, de acordo com Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 56):

A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série

de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela inficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.

O que se vê, portanto, é que a judicialização da política decorre da inércia dos demais poderes e essa falta de comprometimento dá azo a que essas questões sejam concentradas e exponenciadas em ações judiciais, reivindicando o reconhecimento de direitos ou a lesão a eles. A falta de efetividade de políticas públicas já existentes e a ausência delas em alguns contextos faz com que esses problemas, sejam fatores que influenciam de forma direta no aumento da litigiosidade, representando o Judiciário como um ponto de escape para sociedade, para que o cidadão possa buscar seus direitos.

4. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ORIGEM, APLICABILIDADE E DESAFIOS

concebido como uma nova forma de análise diante de possíveis fatos de natureza constitucional, a teoria que passará a ser analisada imergiu no ordenamento jurídico brasileiro por meio do reflexo jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana, cujo aplicação se deu em fatos muito próximos de problemas estruturais que são vivenciados aqui no Brasil. Por esta razão, e dadas as proporções que tomaram as manifestações doutrinárias decorrentes de diversos entendimentos, alguns contrários e outros entusiastas, o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional ultrapassa a esfera do ativismo judicial.

A fim de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, “a Corte Constitucional colombiana acabou tomando da medida extrema: reconhecer a vigência do ECI” (CAMPOS, 2016, p. 96) (grifos do autor). Tratou-se essa decisão de conduzir o Estado a observar a dignidade humana e as garantias dos direitos fundamentais “[...] uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com a realidade social necessitada de transformação urgente [...]”, aduz o mesmo autor. Assenta-se, portanto, o compromisso das cortes constitucionais em não perpetuar a inércia face a tantos problemas estruturais, que vão como uma avalanche encher de litígios o Judiciário.

Desse modo, aponta Campos (2016, p. 97), que o juiz vai além de resolver problemas particulares. Ele se imiscui na missão de um verdadeiro estadista,

um agente de transformação. Talvez seja essa a expressão que mais assusta os demais poderes, cujos membros são invariavelmente eleitos por voto popular. Entretanto, à luz do que ocorreu genuinamente na Colômbia acerca do Estado de Coisas Inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 97):

A Corte Constitucional colombiana atua para defender não um direito fundamental individual, mas o sistema de direitos fundamentais, a dimensão objetiva desses, decorrente não de um enunciado constitucional específico e expressivo de uma ordem de legislar, e sim da Constituição como um todo.

Alimentado por uma gama de entendimentos que se alicerçam nos ditames constitucionais, o Estado de Coisas Inconstitucional possui uma amplitude que alcança os mais diversos tipos de violações de direitos, principalmente aqueles em que o Estado está constitucionalmente obrigado a atuar. Esse instrumento poderoso, que levanta tantos questionamentos e possui um alcance inimaginável, quando utilizado pela Corte deixa de ater-se à função garantidora de direitos individuais levados a conhecimento do Judiciário para assumir um papel proativo com o objetivo de contribuir para formulação de políticas públicas de modo a assegurar a sua implementação.

Naturalmente, diante de tais violações, ou omissões, é possível, portanto, que sejam vislumbrados diversos tipos de estados inconstitucionais, cujo termo “coisa” pode ser tanto desvirtuado como preservado na sua essência. É o que preconiza Pereira (2017, p. 177), ao descrever que o ECI está relacionado:

[...] à constatação e declaração de um quadro de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos humanos fundamentais que, para ser superado, requer a ocorrência de transformações na estrutura e na atuação dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), que importem na construção de soluções estruturais aptas a extirpar a situação de inconstitucionalidades declaradas.

Em relação ao direito comparado, as intervenções estruturais das cortes são tímidas. Discussões acerca de litígios estruturais, de origem americana em vanguarda, se mostraram também presentes na Argentina, Índia e, claro, na Colômbia. A declaração do ECI, no entanto, é prática de importação, tanto pelo Peru quanto pelo STF, no caso dos presídios brasileiros. Sob apontamento de Campos (2016, p. 169) tem-se o *“Expediente nº 2579-2003HD/TC, caso ‘Arellano Serquén’*, de 6 de abril de 2004, o Tribunal Constitucional do Peru, pela primeira vez, declarou o ECI” (grifos do autor).

O caso se deu em torno de um pedido de cópias documentais formulado por Eleyza Arellano Serquéen, acerca da conduta e idoneidade de seu cargo como Vocal Superior del Distrito Judicial de Lambayeque, de sua entrevista pessoal e da Ata do Pleno do Conselho Nacional de Magistratura. Esses documentos continham o indeferimento de sua ratificação no cargo decisão, e a demandante buscava obtê-los por meio do Judiciário. Nas instâncias ordinárias o pedido foi negado, porém, assentado no direito à informação vertido no art. 2º, V da Constituição peruana:

[...] o Tribunal entendeu que deveria formular uma decisão que não aproveitasse apenas a Julia Eleyza Arellano Serquéen, mas que estendesse, em eficácia, a todos aqueles que estivessem sofrendo o mesmo tipo de violação de direito fundamental.

Ferreira e Araújo (2016, p. 67), apontam como nomenclatura “o Estado de Coisas Inconvencional”, com a observação que o conceito apontado com essa expressão não existe com esses termos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apoiando assim a proposta autoral dos doutrinadores. A proposta deles “[...] a criação do conceito de um “Estado de Coisas Inconvencional”, investigando em que medida existe também uma violação massiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) [...]”, mais conhecido na comunidade jurídica como Pacto de São José da Costa Rica. Desse modo, é apontada a omissão do Estado Brasileiro, “[...] somada a uma proposta que integre à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nesse litígio estrutural” (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 69).

A proposta do Estado de Coisas Inconvencional, portanto, alarga o conceito de ECI para englobar as violações de direitos humanos e permitir uma maior visibilidade das violações da CADH, “[...] bem como à possibilidade pensar um “controle de convencionalidade por omissão construtivo” de soluções para as violações de direitos à vida, integridade física, saúde etc. [...]”, afim de que sejam “[...] garantidos não só como direitos fundamentais pela Constituição de 1988, mas também como direitos humanos pela CADH.” (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 69-70).

4.1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Tratando-se da manifestação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, não há como dissociá-lo do que foi intensamente discutido no STF no julgamento de liminar em ADPF 347, quando por meio da avaliação dos ministros foi possível reconhecer que naquele momento se estava diante do ECI. A importação da teoria em caso bastante semelhante ao que foi vivenciado na Colômbia fez com que surgissem diversos questionamentos acerca da legitimidade de sua adoção,

principalmente em face de sua abrangência e que pode provocar instabilidade na relação com os demais poderes constituídos.

Por esses meios, de acordo com Armas (2010, p. 132):

Precisamente por todo esto, se entiende que el procedimiento consista en declarar el ECI y, simultáneamente, dictar uno o varios mandatos dirigidos a los organismos y/o autoridades llamadas a resolver el problema estructural identificado, a fin de que actúen dentro de un marco de colaboración interinstitucional.

Conhecidos por todos, os problemas no sistema único de saúde revelam a face escura no âmbito das políticas públicas, uma vez que a desestruturação que vem se agravando ano após ano faz com que as demandas judiciais se avolumem e causem desconforto no Judiciário, ante a necessidade de solucionar os casos e a limitação encontrada para julgar o feito. No entanto, é salutar entender que de acordo com Dantas (2019, p. 58) “[...] essas espécies de ações escondem o verdadeiro conflito existente: as falhas estruturais sistêmicas nas políticas públicas de saúde, em todos os níveis (municipal, estadual, federal e nacional)”. Por meio do entendimento de Armas (2010, p. 132):

[...] si la finalidad de la declaratoria del ECI es erradicar la causa de la afectación masiva de derechos fundamentales, erradicada ésta, el ECI desaparece; ergo, los mandatos deben constituir en realidad “cauces idóneos y adecuados” para lograr la colaboración interinstitucional entre los diversos poderes y autoridades con miras a levantar el ECI en un plazo razonable.

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional traz consigo uma atmosfera de vivacidade, no que diz respeito à oportunidade do indivíduo de ter reconhecido o direito à reparação pelos danos causados ante a ineficiência de um serviço público. Não obstante, também possui uma carga dogmática que pela natureza genérica e abrangente, provoca manifestações aguerridas, tanto contrárias quanto favoráveis. A aplicação do ECI no Brasil toma mais ou menos esse viés, ainda mais quando há um certo consenso em relação à possibilidade de sua aplicação. Discorda a maioria, entretanto, em relação ao modo como deve ser posto em prática.

As decisões decorrentes do ECI geralmente ou são fruto do ativismo judicial dialógico ou possuem muitas de suas características. Convocados ao diálogo, aos Poderes Executivo e Legislativo é oportunizada a chance de manifestar-se, propondo demandas ou justificando agendas, cujas implementações possam ou não estar em prática. Esse momento é o adequado para que o Poder Público em

si esteja ciente do problema e de seu alcance, como também possa refletir a respeito do que está sendo ou não feito para prestar um serviço de qualidade.

É precário o acompanhamento feito no que diz respeito às políticas públicas, sendo interessante considerar que as ações estruturais e o ECI constituem novas modalidades de tutela constitucional, e por meio da compreensão do que elas representam, é possível evitar incompREENsões ou aplicações equivocadas da teoria, em casos ou situações inadequadas. Dantas (2019, p. 27) aponta que:

Em relação à possibilidade de intervenção judicial, diversos autores defendem que falta capacidade institucional para que os tribunais passem a intervir em questões que envolvem políticas públicas estatais, tendo em vista a ausência de *expertise* dos juízes sobre assuntos que tratam de questões técnicas que exigem conhecimento em áreas diversas.

No entanto, o mesmo autor aponta posicionamento divergente, no que tange à “[...] ausência de vocação democrática do Judiciário para decidir sobre políticas estabelecidas pelos agentes públicos eleitos pelo povo” (DANTAS, 2019, p. 28). Se há um problema em relação à concepção do que sejam ações estruturais e do ECI é necessário que seja definido um conceito, que reclama invariavelmente a observância do direito comparado acerca dos referidos temas, uma vez que a vanguarda da declaração proferida pelo STF foi dada à luz da teoria colombiana. Pelas lições de Vieira e Bezerra (2016, p. 203):

[...] apesar de reconhecer os limites e desafios político-institucionais da devida incorporação da iniciativa judicial de efetivar direitos fundamentais a partir do reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo STF, em face do atual arranjo institucional brasileiro, ressalta-se a validade da apostila neste experimentalismo judicial, assistindo razão a doutrina e jurisprudência colombianas, ao reforçar que o referido instituto contribui para o necessário fortalecimento da democracia deliberativa na práxis do Sistema Justiça, assim como para a implementação efetiva de direitos fundamentais historicamente sonegados pela inércia estatal.

Além dessas questões iniciais, alguns casos são de conhecimento geral, e a constatação de um estado de coisas inconstitucional apenas reafirma a necessidade de se tomar medidas emergenciais a fim de conter a situação alarmante. É o caso, por exemplo, do quadro que evidencia “[...] a transgressão a diversos dispositivos constitucionais, normas nucleares do nosso sistema objetivo de direitos fundamentais, a começar pelo princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III), tornado letra morta pelo sistema carcerário brasileiro”. (CAMPOS, 2016, p. 271).

O quadro de omissão reiterada e persistente das autoridades públicas também é algo que pode ser facilmente constatado em diversos setores da sociedade. Aqueles que necessitam que sejam prestados serviços minimamente essenciais padecem todos os dias em filas intermináveis, seja para uma simples consulta ou para uma cirurgia que algumas das vezes a longa espera lhe custará a própria vida. Portanto, consoante assevera Campos (2016, p. 275):

[...] a intervenção judicial, necessária para superação do ECI, deve dirigir-se a um conjunto de órgãos e entidades, dos três poderes e de diferentes níveis federativos, exigindo uma pluralidade de medidas de naturezas diversas. Contra falhas estruturais, remédios estruturais.

A doutrina aponta ainda que existem diversas técnicas decisórias e de implementação de julgados, como a negociação de medidas de implementação, “[...] a realização de audiências públicas e de seguimento, a elaboração de planos de implementação e a criação de órgãos ou comissões específicas carregadas do acompanhamento de execução das decisões.” (DANTAS, 2019, p. 29). Essas podem ser possíveis alternativas para tentar solucionar problemas estruturais no caso brasileiro, mas que não anulam a possibilidade de que sejam aplicados os ditames decorrentes da declaração do ECI.

A excepcionalidade da teoria colombiana é alcançada “[...] por meio do rigor na afirmação dos pressupostos necessários à sua declaração. Os contornos fáticos e jurídicos desses pressupostos formam a *ratio decidendi* do ECI e vinculam suas aplicações futuras” (CAMPOS, 2016, p. 295). Há, portanto, o entendimento de que assuntos que constam em agendas, com disposição política e social não devem ser alvo de declaração de ECI, pois não reúnem os requisitos próprios a ponto de autorizar uma intervenção estrutural do STF.

Veja-se que quando há o afunilamento do tema e este é pontuado, dada a dimensão que pode tomar a declaração do ECI pela corte constitucional de um país, é necessário que haja delineamentos, a fim de evitar ubiquidade do instituto, e sim excepcionalidade da afirmação. Após o reconhecimento do ECI pelo STF com o deferimento da liminar na ADPF n. 347, o Senador Federal, por meio do Projeto de Lei n. 736, de 2015, propôs que a figura do ECI fosse incluída na Lei 9.882/99, que trata da ADPF.

Nesse sentido, de acordo com Andréa (2018, p. 03):

A questão que surge é a possível banalização do conceito de ECI no Brasil, assim como ocorreu quando importado pelo Tribunal Constitucional do Peru. Para que isso não ocorra, sugere-se a observância de dois passos: o primeiro é observar se os requisitos/pressupostos do ECI cunhados pelo direito estrangeiro estão preenchidos, sendo eles: a) violação

generalizada de direitos fundamentais de grupos vulneráveis; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação (falhas estruturais); e c) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades, com o monitoramento judicial pós-providência (remédios estruturais).

O autor aponta ainda que é necessário, como segundo passo, que esses requisitos sejam também vislumbrados em decisões que decorram do STF, uma vez que, “[...] a partir da importação da figura para o Brasil, avaliando-se o cabimento dessa técnica decisória [...]” (ANDRÉA, 2018, p. 03), já representa uma possibilidade clara aliada ao objeto (problema estrutural) e legislação constitucional que embasam essas decisões. A regulamentação da teoria, entretanto, não é necessária. As bases que apoiam a declaração do ECI estão bem delineadas na própria Constituição Federal de 1988. A transgressão das normas constitucionais nos termos delineados no ECI pode ser de imediato, declarada. Aponta Andréa (2018, p. 01) que “[...] existem omissões ou deficiências estatais que não consistem na mera ausência de legislação para efetivação de políticas públicas. São denominadas inconstitucionais ‘não normativas’, que decorrem da falta de coordenação da atuação de diversos órgãos públicos [...]”.

No Brasil, existem remédios e ações constitucionais que tem o condão de remediar determinados assuntos que envolvem violações de direitos fundamentais, alguns alcançam as falhas estruturais, outras não. A mera declaração do ECI não impõe ao ordenamento jurídico nenhum meio mais gravoso de aplicação da lei existente, nem tampouco a modificação dos atos processuais já praticados. É importante reconhecer que sua declaração pode ensejar uma mudança de paradigmas no seio da implementação e formação de agenda de políticas públicas, sendo necessário que os atos sejam praticados com cautela.

CONCLUSÃO

Viu-se ao longo dessa pesquisa que, em termos de direitos constitucionais, a evolução da jurisprudência ao julgar casos que envolvam violação massiva de direitos fundamentais necessita de constante reavaliação e adequação, dada sua multiplicidade e dinamicidade. Essas duas características praticamente ditam os rumos que devem ser traçados diante de cada caso concreto, seja por meio de reparação de direitos individuais ou coletivos.

Entretanto, com a chamada das partes ao diálogo, a fim de lançar olhares mais sensíveis às ações ajuizadas, os Poderes constituídos puderam traçar um enfrentamento mais efetivo em relação aos agentes causadores dessas crises. A

proposta de dialogar foi até bem aceita pelos interessados, mas como se trata de questão tormentosa pelo fato de envolver orçamentos públicos e destinação de verbas, e sabendo que não há fundos suficientes para que todos aqueles que precisam de serviços públicos em diversos setores sejam contemplados.

Daí decorre a constante alegação de turbação ao princípio da separação dos Poderes tão apontado, cujo sentido está no fato de que há um desequilíbrio democrático diante das incursões do Poder Judiciário. Mas a pesquisa revelou que essas ditas distorções, na verdade são adequações do texto constitucional ao prevê o *check and balance*, ou seja, os freios e contrapesos, que se entende como sendo o dever fiscalizador de um Poder sobre o outro.

Em meio a toda essa questão, constatou-se que o ativismo judicial surgiu como uma forma de auxílio eficaz contra as mazelas ora apresentadas. A teoria do ECI em si, costuma ser vista com bons olhos. Contudo, ao ser inevitavelmente associada ao ativismo judicial, constantemente concebido como algo que impõe efeitos deletérios a médio e longo prazo, levanta novamente a questão de que possa transformar o Judiciário num superpoder, capaz de imiscuir-se ilimitadamente nas funções genuínas dos Poderes Executivo e Legislativo.

É importante que se diga que não restou evidenciado que todo esse cenário tenha surgido como forma de que os Poderes duelassem pela supremacia de um deles. Ao contrário, o que se verificou foi que a grande força veio do povo, impulsionado pelo conhecimento dos direitos fundamentais constitucionais de acesso à justiça e do direito de petição em órgãos públicos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Direito & Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ANDRÉA, Gianfranco Fagin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

ARMAS, Renato Vásquez. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional” Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. *IUS ET VERITAS*: Revista de la Asociación, Lima, n. 41, p. 128-147, jul./dez. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

BENEVIDES, Claudia do Valle. *Um Estado de Bem Estar Social no Brasil?* 2011. 97 f. Dissertação (Mestrado em economia) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44142785/welfare_state.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1549

659436&Signature=qMo0fOWGk41IL9tA1k1LQ9fgPRY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DUM_ESTADO_DE_BEM-ESTAR_SOCIAL_NO_BRASIL.pdf. Acesso em: 14 de nov. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) 580.252*. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde*. Secretaria de Comunicação do TCU – SECOM. Brasília, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 19 maio 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Jus podivm, 2016.

DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Curitiba: Juruá, 2019.

DUARTE JÚNIOR, Dimas Pereira. Mínimo existencial e necessidades humanas na fundamentação dos direitos sociais. *Revista Argumentum*, Marília, v. 20, n. 1, p. 113-127, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/623>. Acesso em: 02 maio 2019.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v.2, n. 2, p. 67-82, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042>. Acesso em: 31 maio 2019.

FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar Social: padrões e crises. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEGRI, Antonio. *La fabrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*. Barcelona: Paidós Iberica, 2008.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem-estar social: origens e desenvolvimento. *Revista Katálysis*, Florianópolis, n. 5, p. 89-103, jan./dez. 2001. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/5738/5260>. Acesso em: 11 dez. 2018.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; DIAS, Jefferson Aparecido. *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Luciano Meneghetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472>. Acesso em: 15 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 51-61, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 28 abr. 2019.

TOMELIN, Georghio. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a sentença T-025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (Coord.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional* [recurso eletrônico]. Belo Horizonte: Fórum. p. 198-212, 2016.

“SEM” ESTADO E “COM” ESTADO: APROXIMAÇÕES BIOPOLÍTICAS DA (IN)APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS AOS APÁTRIDAS NA EUROPA DO SÉCULO XX E AOS CRIMINALIZADOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

“WITHOUT” STATE AND “WITH” STATE: BIOPOLITICAL APPROACHES OF THE (IN) APPLICABILITY OF HUMAN RIGHTS TO STATELESS PERSONS IN 20TH CENTURY EUROPE AND THE CRIMINALIZED IN CONTEMPORARY BRAZIL

André Giovane de Castro

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Bacharel em Direito pela UNIJUÍ, com bolsa do Programa Universidade para Todos (PROUNI) e láurea acadêmica pela obtenção da melhor média aritmética da 22ª Turma de Direito da UNIJUÍ - Campus Três Passos/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq).

Atua nas áreas de Direitos Humanos, Ciências Criminais e Biopolítica.

E-mail: madwermuth@gmail.com

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

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

Submetido em: 22/09/2019

Aprovado em: 04//02/2020

Resumo: O artigo discute os direitos humanos na sociedade contemporânea mediante um percurso histórico do século XVIII, com a emergência dos textos declarativos da Independência dos Estados

Unidos e da Revolução Francesa, até a atualidade. Com base na matriz teórica da biopolítica e no método fenomenológico-hermenêutico, dada a necessidade compreensiva e desveladora dos fenômenos políticos e sociais ensejadores da inobservância dos preceitos basilares à dignidade, problematiza-se a (in)aplicabilidade dos direitos humanos aos apátridas do século XX, na Europa, e aos negros e pobres criminalizados, neste século XXI, no Brasil. O estudo objetiva analisar as declarações de direitos e seus efeitos aos apátridas, abordar as similitudes destes com os negros e pobres criminalizados no Brasil e, ao termo, refletir os desafios hodiernos atinentes aos direitos humanos. Percebe-se, como hipótese embrionária e conclusão da pesquisa, a aproximação das duas categorias de sujeitos à luz de três aspectos, quais sejam, a alteração de um Estado social para um Estado policial, a construção de mecanismos excepcionais de segurança nas ordens jurídicas nacionais e a inscrição dos indivíduos na estrutura estatal a partir do Direito Penal, notadamente com a infringência dos direitos humanos.

Palavras-chave: Apátridas. Biopolítica. Direitos Humanos. Negros. Pobres.

Abstract: *The article discusses human rights in contemporary society through a historical course of the 18th century, with the emergence of the declarative texts of the Independence of the United States and the French Revolution, until the present time. With a scope in the theoretical matrix of biopolitics and in the phenomenological-hermeneutic method, given the comprehensive and revealing need for political and social phenomena that provoke the non-observance of the basic precepts to dignity, is problematized the (in)applicability of human rights to the stateless people of the 20th century, in Europe, and the blacks and poor criminalized, in this 21st century, in Brazil. The study aims to analyze the declarations of rights and their effects on stateless people, to address their similarities with the blacks and the poor criminalized in Brazil and, at the end, to reflect the current human rights challenges. As an embryonic hypothesis and conclusion of the research, can see the approximation of the two categories of subjects in light of three aspects, namely, the change from a social State to a police State, the construction of exceptional security mechanisms in the national legal systems and the inclusion of individuals in the state structure from Criminal Law, notably with the violation of human rights.*

Keywords: Stateless people. Biopolitics. Human rights. Black. Poor.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Séculos XVIII ao XX: biopolítica, declarações de direitos e apátridas. 2. Século XXI: aproximações dos apátridas com os sujeitos criminalizados no Brasil contemporâneo. Conclusão: desafios e reflexões para os direitos humanos na contemporaneidade. Referências.

INTRODUÇÃO

Criam-se medos; institucionalizam-se imunizações; constroem-se muros; fecham-se fronteiras; intensificam-se inclusões e exclusões. É assim que a história da humanidade se estabelece, essencialmente na era contemporânea. Os processos de integração dos “iguais” e de separação dos “diferentes” atingem, atualmente, patamares constitutivos das relações do poder e da sociedade, mormente alicerçadas na biopolítica, enquanto estrutura emergida no século XVIII e solidamente configurada no século XXI. Ao mesmo tempo, os direitos humanos são elevados a problema político internacional e nacional. É este o tema que se propõe a investigar neste artigo, a partir das figuras dos apátridas e dos sujeitos – invariavelmente negros e pobres – criminalizados no Brasil.

De início, uma leitura dos direitos humanos à luz dos apátridas e dos negros e pobres parece distante, notadamente porque representam duas categorias bastante distintas. Se, de um lado, há aqueles sem Estado, pois desligados do vínculo jurídico-político que une o cidadão à instituição estatal; de outro lado, há aqueles com Estado, pois incorporados legalmente a uma nação soberana. Todavia, um debate atento permite constatar aproximações entre ambos os personagens que se situam tanto dentro quanto fora das limitações geográficas, de modo a evidenciar situações semelhantes de inobservância dos preceitos considerados basilares à dignidade da pessoa humana, o que, por si só, justifica e autoriza este trabalho.

Sustentada no marco teórico da biopolítica, principalmente com referência a Giorgio Agamben, Hannah Arendt e Michel Foucault, a presente investigação assume a proposta de responder à seguinte problemática: respeitadas as especificidades dos apátridas do século XX na Europa e dos negros e pobres criminalizados, contemporaneamente, no Brasil, em que medida a vida de ambos os grupos coincide diante da (in)aplicabilidade dos direitos humanos? Trata-se, pois, de empreender um estudo, com alusão a duas populações consideravelmente diversas, *a priori*, para demonstrar se, na atualidade, o estatuto jurídico-político constitutivo da cidadania é suficiente para garantir direitos humanos.

A hipótese embrionária da pesquisa consubstancia-se, a partir da provocação acima aventada, em três eixos centrais de discussão, quais sejam: a substituição de um Estado de matriz social para um Estado de caráter policial; a edificação de mecanismos excepcionais nos ordenamentos jurídicos pátrios justificados pela necessidade de segurança; e a inscrição dos indivíduos na estrutura estatal mediante a aplicabilidade do Direito Penal. Essas situações são apontadas, então, como circunscritas tanto aos apátridas, resultantes da Primeira e da Segunda Guerra Mundial, quanto aos negros e pobres, representativos do público-alvo do sistema criminal brasileiro, ante à infringência dos direitos humanos e do exercício da cidadania.

Frente a isso, considerando a imprescindibilidade de se compreender os fenômenos políticos e sociais ensejadores da violação de direitos humanos, como é o caso das categorias trazidas a lume, o presente artigo foi concebido à luz do método fenomenológico-hermenêutico, uma vez que permite desvendar contextos não facilmente perceptíveis a simples olhares, inclusive porque os sujeitos-pesquisadores se inserem na sociedade contemporânea posta em debate, logo, entendida como objeto-pesquisado. A consecução do trabalho vale-se, ainda, da abordagem qualitativa, da pesquisa exploratória e dos procedimentos bibliográfico e documental.

A estruturação das seções atende, respectivamente, aos objetivos estabelecidos para a investigação. Dessa forma, analisa-se, primeiramente, a emergência dos direitos humanos com os textos declarativos da Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa e a assunção da biopolítica, ambas no século XVIII, com seus efeitos na figura dos apátridas do século XX; no segundo momento, abordam-se as similitudes dos sem Estado com a população negra e pobre criminalizada, atualmente, no Brasil; e, ao seu termo, a título de considerações finais, refletem-se aspectos políticos e sociais atinentes aos desafios contemporâneos dos direitos humanos.

1. SÉCULOS XVIII AO XX: BIOPOLÍTICA, DECLARAÇÕES DE DIREITOS E APÁTRIDAS

Os direitos humanos, atribuídos ao homem abstrato de um mundo concebido como comum, constituem um dos mais sublimes campos do saber e da prática. Mais de dois séculos separam a sociedade atual da emergência dos primeiros textos declarativos relacionados à proclamação de direitos intrínsecos ao sujeito em virtude de sua natureza. Os mais de 200 anos foram palco de batalhas, de avanços, de retrocessos e, principalmente, de críticas contundentes no tocante à compreensão fundante e existencial de preceitos basilares à realização do que se entende por dignidade da pessoa humana. É o que, nesta seção, se pretende analisar.

O acender das luzes do século XVIII irradiou efeitos de alcance internacional sobre o ser humano enquanto portador de garantias vinculadas à sua gênese e, logo, enquanto destinatário precípua de valores fundamentais. Na América, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) firmou como verdade a tese de que “todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”. Na Europa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) seguiu os passos estadunidenses e ratificou que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Tudo, pois, formalmente prescrito.

As declarações publicadas há mais de duas centenas de anos não permitiram entender, contudo, as suas razões formativas. Foi necessário esperar até o século XX para perceber que o indivíduo inscrito nos textos não era um indivíduo qualquer. Foi preciso aguardar até o fim do milênio passado para compreender a significância da positivação de direitos ditos naturais nas ordens nacionais. São as lições de Hannah Arendt, Michel Foucault e, mais recentemente, Giorgio Agamben que possibilitam reflexões aprofundadas, tanto teórica quanto empiricamente, acerca da assunção dos direitos humanos na esfera estatal como condição constitutiva da política moderna e contemporânea.

O século XVIII marca, na visão foucaultiana (2005), a alternância da lógica de fazer morrer e deixar viver para o ideal de fazer viver e deixar morrer. Trata-se da mutação do poder soberano ao biopoder, de modo a retirar do detentor da soberania a prerrogativa de promover, como aspecto originário de sua existência, a morte dos seus súditos e, sim, outorga-lhe a atribuição de agir sobre a vida dos cidadãos mediante processos disciplinares e técnicas de controle (FOUCAULT, 1999). Os documentos de 1776 e 1789 fundam-se nesse contexto histórico e assumem, consequentemente, o caráter político de atenção à vida dos membros do tecido societal.

Se a conformação de direitos humanos tinha a intenção de abarcar todos os homens e, com escopo naquilo que seria a sua incumbência derradeira, garantir dignidade à população do Estado, a elevação da vida biológica a pressuposto e a objeto da atuação política resultou em uma conjuntura na qual os preceitos elementares trazidos pelas declarações assumiram feições díspares daquelas outrora proclamadas. A vida, talvez como ingrediente capital do sistema jurídico hodierno, foi envolta de uma aura paradoxal proveniente da seletividade das vidas que importam em detrimento das vidas que são passíveis de extermínio: de um lado, a proteção da vida qualificada; de outro lado, a eliminação da vida em geral.

Com base nos textos declarativos de direitos de 1789 até a atualidade, Agamben (2015) tece as suas críticas aos aspectos fundacionais dos respectivos documentos. Para a filosofia agambeniana (2015, p. 28), os referidos direitos não representam, como se almeja fazer crer, valores *ad aeternum* metajurídicos ensejadores de sua observância, mas, sim, estão vinculados à função primordial do Estado moderno, ao passo que se configuram como “a figura originária da inscrição da vida nua natural na ordem jurídico-política do Estado-nação”, haja vista ser a vida capturada como o “fundamento terreno” ao qual se dirige a atenção e o cuidado do Estado.

O Estado-nação carrega na sua gênese, então, os direitos humanos e a vida, pois os direitos humanos, no seu caráter positivado, têm o condão de evidenciar a edificação da soberania nacional em substituição aos direitos intrínsecos do indivíduo vistos à luz da soberania real de conotação divina. Assim, se no *Ancien Régime* o homem era identificado como súdito em relação ao soberano, a Modernidade ascendeu-o à categoria de cidadão. Ser cidadão, no entanto, parece exigir o nascimento, que é o ponto nevrálgico para a nação. Logo, “os direitos são atribuídos ao homem apenas na medida em que ele é o pressuposto imediatamente dissipador [...] do cidadão” (AGAMBEN, 2015, p. 29).

A natividade e a soberania não eram entrelaçadas a anteceder a era moderna. Dessa forma, no antigo regime, consoante Murilo Duarte Costa Corrêa (2014, p. 28), “nacer significava ser não mais que um súdito”. Com o florescer

dos Estados-nação na Europa, bem como diante da configuração da biopolítica, os dois elementos – natividade e soberania – são concatenados e “o cidadão passa de súdito a sujeito de direitos”, com o que o primeiro se conforma como característica primordial à conquista do segundo, ou seja, “nascimento e nação já não comportam mais nenhum resíduo; há uma completa coincidência entre o ‘nascido vivo’ e o ‘cidadão’” (CORRÊA, 2014, p. 28).

O que se constata, diante disso, é a aproximação do poder soberano com o biopoder na mesma relação existencial da política. Trata-se de dizer, em outros termos, da inexistência de superação da estrutura exclusivamente soberana e da configuração, posteriormente, do Estado alicerçado tão somente em pressupostos biológicos. Assim, Jacques Rancière (2004, p. 300, tradução nossa) assevera não haver oposição entre os dois polos, mas, sim, conexão: “o poder soberano é o mesmo que o biopoder. [...]. Os Direitos do Homem fazem a vida natural aparecer como a fonte e o portador dos direitos. Eles fazem o nascimento aparecer como o princípio da soberania”¹.

A partir disso, com alusão à Arendt (2017, p. 395), é possível aferir que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no fechar do século XVIII, se estabeleceu como um momento histórico decisivo em virtude de que “doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei”. Com efeito, surgia a percepção de ser indispensável qualquer outro documento ou outro ato com a finalidade de reiterar aquilo já externado nos textos declarativos, justamente porque os direitos elencados eram concebidos como inalienáveis, irredutíveis, indeduzíveis e, via de consequência, “o próprio Homem seria a sua origem e seu objetivo último” (ARENKT, 2017, p. 396).

Todavia, a abstração, a universalidade e a inerência dos direitos humanos à natureza do homem-espécie não galgaram cumprir aos seus pressupostos no instante em que tais preceitos foram reivindicados por quem detinha tão somente a característica de ser humano. Essa situação vai ao encontro da proposta aventada por Agamben (2015) no tocante à inscrição, pelas declarações, da vida nua na ordem estatal – mais especificamente, do Estado-nação –, ao mesmo tempo em que se alicerça no pensamento foucaultiano (2005) acerca da biopolítica enquanto assunção da vida biológica – por exemplo, do elemento da natalidade – a *status* político do século XVIII *a posteriori*.

As considerações arendtianas (2017) sobre a primeira metade do século XX são jurídico-político-filosoficamente rentáveis à compreensão dos direitos

¹ No original: “Sovereign power is the same as biopower. [...]. The Rights of Man make natural life appear as the source and the bearer of rights. They make birth appear as the principle of sovereignty.”

humanos e sua vinculação ao Estado-nação e à biopolítica. A Primeira Guerra Mundial provocou o desenraizamento de milhares de homens e mulheres, cujo fenômeno criou os sem Estado e se fortaleceu com a emergência da Segunda Guerra Mundial. Os apátridas – os sujeitos sem pátria, ou seja, sem Estado – assinalam o declínio dos ideais sustentados com os textos declarativos do século XVIII, haja vista a ausência de efetividade dos direitos humanos àqueles que, de fato, eram apenas humanos. Nesse sentido, Arendt (2017, p. 408) argumenta:

[...] O conceito de direitos humanos, baseado na suporta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas – exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano [...].

Se a ambição era reconhecer a todos, indistintamente, direitos humanos, o intento não alcançou êxito. As declarações prescreviam a natureza humana como único requisito para a titularidade dos direitos humanos. No entanto, a sociedade chegou ao episódio, no século passado, em que a letra dos textos foi confrontada com a realidade de pessoas tão somente humanas. O resultado foi a absoluta inexistência de direitos para humanos. Isso se explica, nos escritos arendtianos (2017), devido à ausência de pertencimento a uma nação e, logo, à cidadania, o que parece ter se tornado, no âmbito dos Estados nacionais, imprescindível para ser sujeito de direitos. Os apátridas, porém, não eram cidadãos de um Estado.

A Modernidade, diante disso, trouxe formalmente um rol de direitos humanos que, *a priori*, seriam conferidos à multiplicidade de indivíduos. Na prática, contudo, havia uma premissa a mais como necessária para poder usufruir dos mandamentos protecionistas da dignidade, qual seja: integrar um Estado-nação. Ser membro do Estado demandava, de um lado, ter a sua nacionalidade e, de outro lado, ter nascido em seu território. Os apátridas, no entanto, eram filhos abandonados pela sua pátria de origem, ao mesmo tempo em que não eram recepcionados pelos demais países, essencialmente porque não detinham, na sua natividade, o elo capaz de lhes garantir o *status* de cidadão.

Com efeito, na interpretação de Celso Lafer (1988, p. 145), “as *displaced persons* tornaram-se o refugo da terra, pois nem o país de origem nem qualquer outros os aceitavam, passando estes refugiados a dever suas vidas não ao Direito, mas à caridade”. Faz-se perceptível, nessa conjuntura, a insuficiência dos textos declarativos estabelecidos desde o século XVIII de atender às vidas tão somente definidas como humanas em sua natureza. A ordem jurídica dos Estados relegou os indivíduos, que não eram solenemente estatuídos na categoria de cidadãos, à

margem do Direito, o que ensejou e demandou a atenção caritativa de organizações humanitárias.

O contexto evidenciado no transcurso dos eventos de guerra, bem como nos anos seguintes do século XX, demonstra aquilo que, no entendimento arendtiano (2017, p. 383), diz respeito ao mais doloroso e irônico paradoxo político consolidado na era contemporânea: “a discrepância entre os esforços de idealistas bem-intencionados, que persistiam teimosamente em considerar ‘inalienáveis’ os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum”. Ao mesmo tempo, pois, em que o formalismo das declarações almejava se fazer concreto, a situação fática dos sem Estado caminhava em descompasso à cidadania e, por conseguinte, aos direitos humanos.

Por isso, na visão de Arendt (2017, p. 148), os apátridas tornaram-se supérfluos no momento em que foi rompida a sua ligação embrionária com a comunidade política, de modo a (sobre)viverem como “inocentes condenados, destituídos de um lugar no mundo”. Ao saírem dos confins dos seus Estados, notadamente cessando – ou mesmo concretizando – o liame da nacionalidade como decorrência da natividade, os refugiados encontraram espaços meramente físicos para existência, mas não recuperaram um lugar em condições de tornar “as suas opiniões significativas e suas ações efetivas” (ARENKT, 2017, p. 148), primordialmente porque desvencilhados do manto cívico.

A cidadania apresenta-se, assim, enquanto elemento constitutivo e indispensável à titularidade de direitos humanos, sem a qual os sujeitos tendem a ser passivamente expostos à própria sorte e ao próprio mundo – um mundo sem Estado e, não obstante, sem a tutela protecionista à vida digna proclamada pelas declarações. Os direitos humanos, nessa esteira, segundo a leitura de Lafer (1988, p. 151) sobre a teoria arendtiana, estão imbricados na cidadania como fator insubstituível, mormente porque “a privação da cidadania afeta substancialmente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância”.

As análises de Arendt (2017) sobre o espetáculo de desumanidade suscitado na primeira metade do século passado, essencialmente em relação ao totalitarismo da Alemanha nazista liderado por Adolf Hitler e à ascensão dos desterrados como implicação das duas guerras mundiais, fazem pressupor o direito a ter direitos como o direito humano fulcral. O direito a ter direitos resulta, pois, da compreensão de que os textos declarativos, embora externem, formalmente, a igualdade de todos os sujeitos como fruto da natureza humana, parecem requisitar a condição de cidadão como necessária à tutela efetiva do Estado, inclusive porque a igualdade não tende a ser algo dado, mas, sim, constantemente construído:

[...] Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado – ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política [...] (LAFER, 1988, p. 150).

O sujeito de direitos humanos, via de consequência, na concepção de Lafer (1988, p. 154), “significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade”. O indivíduo, à luz dos apátridas, deixa de integrar uma comunidade política quando deixa de ser cidadão de um Estado e, por derradeiro, deixa de ser abrigado pelo manto do Direito. É, então, reflexo do Estado nacional, que pressupõe a nacionalidade como gerada da natividade, e da vida nua inscrita, com escopo na biopolítica, nas declarações de direitos desde o século XVIII.

A divisão entre os sem Estado e os com Estado – ou, talvez, entre os sem direitos e os com direitos – alimenta-se da necessidade ou do desejo de se estabelecer, continuamente, fronteiras entre os indivíduos. Trata-se da teia envolta às discussões de Roberto Esposito (2013) sobre os conceitos de *communitas* e *immunitas*, ou seja, em torno da composição da comunidade e da formação de linhas divisórias aptas a separar as diferenças daquilo tido como normalidade. Tal fenômeno, contudo, não se mostra como recente na história da humanidade, mas, sim, como mecanismo integrante das relações sociais desde a Antiguidade até hodiernamente e modificado tão somente às especificidades da sua época.

Na sociedade antiga, conforme Esposito (2013, p. 21), a fronteira visava à ordenação diante do mundo conformado originariamente em comum e, então, “destinado ao caos e à violência recíproca” mediante a atitude de “traçar fronteiras resistentes, cavar fossos insuperáveis, entre um espaço e outro”. Na era moderna, a dicotomia delineada entre *communitas* e *immunitas* traz, no tocante à primeira, a ideia de “livre circulação do *múnus*”, representado pelo dom e pelo veneno, pelo contato e pelo contágio, e, em relação à segunda, a conjectura sobre “aquilo que o desativa, aquilo que o derroga, reconstruindo novos confins protetores ao exterior do grupo e entre seus próprios membros” (ESPOSITO, 2013, pp. 20-21).

A emergência da biopolítica, que, para Foucault (1999), se dá a partir da segunda metade do século XVIII, acentuou, sobremaneira, o processo de imunização e, consequentemente, de restrição dos indivíduos à esfera comunitária.

Desde o aflorar da civilização humana, houve a delimitação de muros, mas, no entendimento de Esposito (2013, pp. 24-25), foi no período em que a política assumiu a sua centralidade na vida biológica quando “o paradigma imunitário experimenta um salto qualitativo que o leva ao centro de todas as linguagens da existência individual e coletiva”, a exemplo das ações governamentais pautadas no caráter sanitário, demográfico e urbano.

A guinada sustentada pela biopolítica relaciona-se à proteção, ao beneficiamento, ao aprimoramento da vida. Contudo, à luz da seletividade das vidas dignas e indignas de serem vividas ou, a teor de Agamben (2007), no antagonismo de *bíos* e *zoé*, o biopoder externa-se, também, na eliminação das vidas consideradas ameaçadoras ao sadio desenvolvimento das vidas consideradas biologicamente úteis. A Segunda Guerra Mundial, essencialmente no que tange à ideologia totalitária adotada e perpetrada pelo nazismo alemão, representa, pois, o ápice da elevação da vida biológica a fundamento do poder político, por meio do qual a morte de algumas vidas é justificada como necessária ao favorecimento de outras.

Nesse sentido, a vida é avaliada no tocante à sua importância tanto à sociedade quanto ao poder. A vida qualificada, retratada como *bíos*, é utilizada como paradigma de atuação positiva do Estado em face da vida meramente existencial, corporificada na figura de *zoé*. Em um contexto assim estabelecido, surge aquilo que a tese agambenina (2007) considera como a existência simultânea da biopolítica e da tanatopolítica. De modo latente, isso é evidenciado, segundo Esposito (2010, p. 375), no totalitarismo da Alemanha, pois a vida dos alemães é convertida em “ídolo biopolítico ao qual se sacrifica a existência de qualquer outro povo e em particular do povo judeu que parece contaminá-la e debilitá-la internamente”. Por derradeiro:

[...] No momento em que a vida de um povo, racialmente caracterizada, é assumida como o valor supremo que se deve conservar em sua constituição originária ou mesmo como o que há que se expandir para além de seus confins, é óbvio que a outra vida, a vida dos outros povos e das outras raças, tendem a ser consideradas um obstáculo para este projeto e, portanto, sacrificadas a ele. O *bíos* é artificialmente recortado, por uma série de umbrais, em zonas dotadas de diferentes valores que submetem uma de suas partes ao domínio violento e destrutivo da outra (ESPOSITO, 2010, p. 374).

Ante tal cenário, a Segunda Guerra Mundial, seguindo e intensificando os dilemas humanitários oriundos da Primeira Guerra Mundial, constitui um marco histórico em torno da conformação da política e do poder instaurada no século

XVIII, notadamente no que diz respeito ao nascimento das declarações de direitos e da biopolítica. Como situação extrema e emblemática dos tempos contemporâneos, o totalitarismo na Alemanha retrata a insuficiência meramente formal dos textos declarativos em relação ao sujeito dos direitos, assim como demonstra a assunção da vida, no seu duplo sentido, tanto positivo quanto negativo, aos mecanismos e cálculos da administração pública.

Os apátridas, acompanhados do sistema permanente de seletividade das vidas e da construção de fronteiras imunitárias destinadas a salvaguardar a comunidade, tornaram-se, na reflexão de Eric Hobsbawm (1995), um fenômeno altamente conhecido. Despidos do *status* político originário da nação, homens e mulheres, simplesmente vestidos de humanos, pois expulsos de seus países, foram expostos à morte em um espaço onde os direitos humanos não galgaram êxito. Frente a essa catástrofe, “a humanidade aprendeu a viver num mundo em que a matança, a tortura e o exílio em massa se tornaram experiências do dia-a-dia que não mais notamos” (HOBSBAWM, 1995, p. 58).

O fim dos eventos de guerra resultou, todavia, na criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, com o propósito de fomentar a formação internacional de órgãos e documentos destinados à proteção dos seres humanos, principalmente porque a vinculação dos direitos humanos ao Estado-nação, como demonstrou a realidade vivida pelos apátridas, provocou a necessidade e a urgência de mecanismos supraestatais. Isso porque as atrocidades cometidas no século XX atestaram o declínio do Estado nacional frente à incapacidade de – ou o interesse de não querer – garantir preceitos basilares à dignidade de todos os seres humanos.

A partir disso, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson (2017) indagam se a edificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos atendeu com seriedade à formulação arendtiana acerca dos direitos humanos. A resposta, com suporte na conjuntura global deste início de século XXI, conduz à negatividade. Além de não aprender com os ensinamentos de Arendt, “o fenômeno dos campos, ao contrário de impor um limite, aprofundou o processo tancopolítico da *immunitas*, iniciado com o estabelecimento das fronteiras”, de modo a intensificar “a cesura entre a vida que merece ser vivida e a vida descartável” (WERMUTH; NIELSSON, 2017, p. 318).

A situação dos apátridas no século passado, desenraizados de seus países de origem e abandonados ao mundo pretensamente comum, retrata, portanto, a fragilidade dos direitos humanos proclamados nos textos declarativos há mais de 200 anos e a institucionalização da vida nua, no seu caráter mormente biológico, aos contornos políticos da era moderna e contemporânea, marcada pela

seletividade e pela construção de muros. Tal paradigma, contudo, não se limita aos sem Estado, ora analisados, mas se alastrá hodiernamente, inclusive, aos com Estado. É o que se almeja refletir a seguir, pois, no tocante ao contexto brasileiro de negros e pobres criminalizados.

2. SÉCULO XXI: APROXIMAÇÕES DOS APÁTRIDAS COM OS SUJEITOS CRIMINALIZADOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

O Estado, organizado a partir da biopolítica, tem como característica elementar de sua constituição a seletividade da população entre aqueles considerados dignos e indignos de proteção. De tal forma, o momento talvez não seja mais o de falar acerca da inobservância dos direitos humanos àqueles que estão juridicamente excluídos da ordem estatal e àqueles, ao contrário, incluídos no sistema político. A razão disso tende a ser percebida no fato de que, atualmente, integrar um país, como cidadão originário, não é condição suficiente para ser merecedor da atenção da *polis* e titular dos preceitos tidos como fundamentais à vida digna. Por isso, a situação dos apátridas alastrá-se e corporifica-se em outras figuras humanas.

As separações da vida nas categorias de *bíos* e *zoé* demandam a definição de certos atributos como elementares para integrar um ou outro grupo. Significa dizer, então, que a sociedade e o Estado devem constantemente estabelecer critérios para selecionar as vidas qualificadas e, logo, protegidas e, no lado oposto, as vidas meramente existenciais e, logo, abandonadas. Tal estrutura representa a base da política atual, pois, conforme Agamben (2007, pp. 137-138), “uma das características essenciais da biopolítica moderna [...] é a sua necessidade de redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora”.

Os apátridas surgem, então, na leitura arendtiana (2017), como sujeitos abandonados pelo Estado-nação e destituídos dos direitos humanos. O cenário global do século XX, especificamente em relação à Europa, caracteriza-se por três eixos principais, quais sejam: em primeiro lugar, pela alternância de um Estado calcado na perspectiva social para um Estado alicerçado em pressupostos policiais; em segundo lugar, pela criação de aparatos excepcionais nas ordens jurídicas justificados pela segurança; e, em terceiro lugar, pela consideração dos indivíduos em relação à instituição pública apenas no tocante à aplicabilidade do Direito Penal. Tal contexto refere-se às pessoas sem Estado, mas, hoje, também, às pessoas com Estado.

A partir das três ponderações supramencionadas, com escopo em Arendt, faz-se possível analisar que os traços referenciais dos apátridas não se restrin-

gem, na atualidade, àqueles juridicamente desligados pelo manto do Estado-nação, mas, sim, que se tornaram instrumentos políticos difusos nas sociedades do século XXI. Tendo o território brasileiro como delimitação espacial, os negros e pobres criminalizados aparecem como personagens formalmente integrados à ordem estatal, embora, na prática, a atuação pública sobre as vidas de tais grupos racial e socioeconomicamente classificados, bem como a efetividade dos direitos humanos, evidencia similitudes à figura dos sem Estado.

A ascensão na quantidade de apátridas, como decorrência, essencialmente, das duas guerras mundiais, demonstrou o declínio do Estado-nação, uma vez que os seres humanos perderam os seus elementos constitutivos de membros de uma nacionalidade e permaneceram à mercê de um mundo rigidamente formado de extensas fronteiras, onde não havia mais espaço – leia-se: interesse – para os receber. Nesse sentido, na visão arendtiana (2017, p. 391), o “Estado-nação, incapaz de prover uma lei para aqueles que haviam perdido a proteção de um governo nacional, transferiu o problema para a polícia”, de modo a conferir ao sistema policial a “autoridade para agir por contra própria, para governar diretamente as pessoas”.

O Estado da lei, assim, foi sendo gradativamente alterado para o Estado policial, notadamente com foco em um perfil específico da população: os nacionalmente desenraizados. Com efeito, o papel da polícia, na interpretação de Lafer (1988, p. 149), não se adstringiu à sua funcionalidade de preservação dos direitos humanos e da harmonia social, como seria o caso da promoção da paz pública, da prevenção e investigação de delitos, da prisão de criminosos e da atenção aos direitos consagrados à vida, à liberdade e à propriedade, mas se transformou em um “poder independente de governos e ministérios, cuja autonomia crescia na proporção direta do influxo de refugiados”.

A existência de minorias sociais, compreendidas, por exemplo, no tocante às condições étnicas e socioeconômicas, demanda uma atenção especial do poder público. É o caso dos apátridas, como indivíduos vindos de distintos países e nações, e dos negros e pobres criminalizados no Brasil, como seres marcados pela marginalidade racial e econômica. Frente a tais pessoas, o Estado deve – ou deveria – assumir o compromisso de considerá-las como integrantes do tecido societal. Contudo, a realidade demonstra a identificação – ou, talvez, estereotipagem e estigmatização – de homens e mulheres assim caracterizados como estranhos, inimigos e perigosos a ensejar a atuação estatal repressivo-punitiva.

Um contexto assim delineado, no qual a ação do Estado afasta a responsabilidade com o bem-estar social e firma as suas atividades na seara policial, reveste-se de contornos biopolíticos. Isso porque, consoante Castor Mari Martín

Bartolomé Ruiz (2018a, p. 243, tradução nossa), “[...] a vida moderna se defende ameaçando-a, se cuida instrumentalizando-a, se protege controlando-a”, ou seja, “a biopolítica moderna instrumentaliza o uso da violência como meio necessário para defender a vida”². Desse modo, o aparelho violento da instituição estatal é utilizado para enfrentar aqueles, corporificados em *zoé*, que estão ou, eventualmente, possam vir a ameaçar à sadia qualidade de vida dos detentores do *bíos*.

No Brasil, a população carcerária é um importante retrato da seletividade estabelecida social e institucionalmente. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização – Junho de 2016, produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional e pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, afere a segregação de 726.712 homens e mulheres. O número cresceu abruptamente desde 1990, quando havia o registro de 90 mil presos; de 2000, 232,8 mil; e de 2010, 496,3 mil, o que coloca o País, atualmente, em terceiro lugar no *ranking* mundial de pessoas privadas de liberdade, pois atrás somente dos Estados Unidos e da China, respectivamente, com cerca de 2 milhões e 1,6 milhão (INFOOPEN, 2017).

Além do expressivo número de custodiados, a classificação étnica/racial evidencia a predominância de um grupo específico da sociedade atrás das grades. São 64% de negros e 35% de brancos, ao passo que o Estado brasileiro conta com 53% de habitantes negros e 43%, brancos (INFOOPEN, 2017). O contingente negro representa, então, 2/3 dos *clientes* do sistema prisional, o que denota a privação da liberdade de uma cor definida. Nesse sentido, pois, Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2008, p. 40) argumenta que, pela compreensão da “terra da democracia racial, do senso comum ao formalismo acadêmico, circula, há muito, a percepção de que o sistema se dirige preferencialmente ao segmento negro da população”.

Outrossim, no tocante às condenações ou ações judiciais em trâmite, a predominância de crimes relacionados a patrimônio, com 278.809 incidências, e a tráfico de drogas, com 176.691 incidências, tende a atestar a condição pecuniária dos presos, com o que 37% da população carcerária diz respeito aos tipos penais de roubo e furto e 28%, tráfico de entorpecentes (INFOOPEN, 2017), presumidamente praticados por quem detém situação econômica desfavorável. Logo, um contexto marcado, na visão de João Ricardo Dornelles (2008), pela exclusão, concentração de riqueza e injustiça reflete um sistema criminal direcionado aos segmentos sociais mais vulneráveis, como é o caso dos pobres.

O Estado, diante disso, assim como em relação aos apátridas do século XX, parece desconsiderar, na atualidade, a sua responsabilidade com os seres huma-

²No original: “[...] la vida moderna se defiende amenazándola, se la cuida instrumentalizándola, se la protege controlándola”, ou seja, “la biopolítica moderna instrumentaliza el uso de la violencia como medio necesario para defender la vida”.

nos, essencialmente com aqueles membros de classes desprivilegiadas pelo modelo econômico hegemônico na era contemporânea, qual seja, o capitalismo. A pobreza, nessa conjuntura, segundo Zygmunt Bauman (1998, p. 59), além de constituir uma limitação ao exercício da cidadania e à garantia dos direitos humanos, provoca um cenário no qual “ser pobre é encarado como um crime” e onde as categorias hipossuficientes, “longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação [...]”.

A leitura de Bauman (1999, p. 134) sobre o aumento vertiginoso de segregados, principalmente pobres, externa a chamada “criminalização da pobreza”, uma vez que “os tipos mais comuns de criminosos na visão do público vêm quase sem exceção da ‘base’ da sociedade”, mormente justificada pela sensação de insegurança e medo difusa no corpo social. Os grupos economicamente hipossuficientes, circunscritos em um Estado alicerçado sob preceitos biopolíticos, tendem a ser marginalizados porque, conforme Ana Isabel Pérez Cepeda (2007, p. 53, tradução nossa), “o modelo de controle que se impõe é o de exclusão de uma parte da população que não tem nenhuma função no modelo produtivo”³.

Há, assim, a mutação de um Estado de cunho caritativo para um Estado de sustentação penal, cujo público-alvo consiste em negros e pobres. Esse episódio ocorre em diversos países, como o Brasil, e deriva de políticas, projetos e programas previamente instituídos nos Estados Unidos, a exemplo da tolerância zero e da lei e ordem, no fim do século passado. As celas penitenciárias, consequentemente, evidenciam a substituição, segundo Loïc Wacquant (2007, p. 96), de uma “guerra contra pobreza” para uma “guerra contra os pobres”, ao mesmo tempo centrada nos guetos e nas favelas, de modo a “escurecer” a população carcerária (WACQUANT, 2007, p. 116).

A importação e adoção de ideias legislativas de matriz repressivo-punitiva tem forte influência no elevado encarceramento registrado no País. A insegurança e o medo constatados junto ao tecido societal provocam o anseio por pautas de maximização do Direito Penal. Com efeito, surgem mecanismos estatais de ordem meramente imediatistas e simbólicas, mas com a ilusão de devolverem aos cidadãos a almejada harmonia, embora, de fato, não galguem atingir ao intento de reduzir a criminalidade e ressocializar os segregados. É nesse ponto, aliás, que se verifica mais um aspecto semelhante entre os apátridas e os negros e pobres criminalizados no Brasil: a emergência de aparatos excepcionais justificados pela segurança.

Ao analisar o totalitarismo, especificamente alemão, cujo contexto alavancou o número de desterrados, ou seja, de apátridas, Arendt (2017, p. 407) serve-se do

³ No original: “[...] el modelo de control que se impone es el de exclusión de una parte de la población que no tiene ninguna función en el modelo productivo”.

lema de Hitler – “o direito é aquilo que é bom para o alemão” – para demonstrar a excepcionalidade forjada pelo Estado para defender a vida dos indivíduos mantidos sob o manto protetivo e, consequentemente, eliminar a vida dos sujeitos considerados estranhos, perigosos, inimigos. Segundo a teoria arendtiana (2017, p. 407), “[...] os crimes contra os direitos humanos, especialidade dos regimes totalitários, podem sempre justificar-se pela desculpa de que o direito equivale ao que é bom ou útil para um todo, em contraste com as suas partes”.

A excepcionalidade, todavia, não se restringe aos regimes totalitários. Os governos do tempo atual, mesmo revestidos de caráter democrático, também, por vezes, fazem uso de instrumentos capazes de afrontar os direitos humanos, mas fundados em um pretenso interesse coletivo. A reflexão arendtiana (2017, p. 407), inclusive, demonstra essa possibilidade, que, ora, parece se encontrar em avanço gradativo em diversos países, haja vista ser plausível que, “um belo dia, uma humanidade altamente organizada e mecanizada chegue, de maneira democrática – isto é, por decisão da maioria –, à conclusão de que, para a humanidade como um todo, convém liquidar certas partes de si mesma”.

A criação de medidas emergenciais, diante disso, não demanda, necessariamente, a instauração efetiva do estado de exceção, pois os construtos excepcionais podem ser estabelecidos no seio democrático, desde que exista, em tese, apoio popular. A partir da Primeira Guerra Mundial, na visão de Agamben (2004, p. 13), há, no mundo, a proliferação do estado de exceção, mas isso não significa, por certo, a sua implementação propriamente dita, justamente porque “a criação voluntária de um estado de emergência permanente [...] tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”, onde a emergência é aplicada com aura de democracia.

A bem da verdade, a estrutura do estado de exceção, especialmente na atualidade, não é facilmente perceptível, uma vez que a sua configuração não exige a abolição da norma anteriormente estatuída sob contornos democráticos, essencialmente porque os dispositivos criados com forma de lei⁴ no bojo dos regimes excepcionais resultam da suspensão, total ou parcial, da ordem jurídica prévia, sem, contudo, eliminá-la do Estado. Nesse sentido, a teor de Agamben (2004, p. 39), é admissível constatar que “o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam”.

No Brasil, instituído pela Constituição Federal de 1988 como Estado Democrático de Direito, é possível aferir que a excepcionalidade, embora exis-

⁴O termo é grafado desse modo porque apresenta tão somente forma, sem ser, efetivamente, lei.

tente, não se realiza nitidamente. A partir disso, Aline Ferreira da Silva Diel e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2018, p. 94) asseveram que:

A exceção na realidade brasileira acontece a partir de uma práxis simbólica, ao passo em que não há um decreto formal que estabeleça o estado de exceção, mas figuras normativas e decisões legislativas, executivas e judiciárias de viés repressivo/punitivo e de austeridade que decidem sobre a aplicação (ou desaplicação) do direito (lei) de modo seletivo. Neste sentido, a ordem constitucional e democrática permanece solene, produzindo, de forma paralela, a supressão de direitos e garantias fundamentais para determinados indivíduos.

Muitas das medidas de emergência – apesar de sua durabilidade no tempo não configurarem, de fato, a excepcionalidade, pois longínquas – estão relacionadas, na sociedade brasileira, à demanda por segurança. Logo, o Direito Penal, que deveria assumir um caráter fragmentário e de *ultima ratio*, torna-se um instrumento frequentemente utilizado na tentativa de resolver problemas sociais, notadamente vinculados à sensação de insegurança e medo, mesmo sem terem sido adotadas alternativas diversas e menos drásticas anteriormente. Isso porque a segregação – no seu mero e evidente caráter excludente – aparece como, simbólica e ilusoriamente, a solução dos conflitos estabelecidos junto ao tecido societal.

A conformação de uma ordem excepcional, ainda que autorizada pelo sistema jurídico democrático, é legitimada, costumeiramente, pelo discurso de medo e insegurança envolto da sociedade contemporânea. Significa dizer que os cidadãos, ao sentirem-se amedrontados e inseguros, pleiteiam o recrudescimento da legislação criminal. Contudo, na concepção de Esposito (2013, pp. 26-27), há uma inversão no relacionamento de perigo e proteção, pois “já não é a presença do perigo o que cria a demanda por proteção, mas a demanda por proteção o que gera artificialmente a sensação de perigo”, ou seja, quanto mais se busca e se atende aos almejos protecionistas, mais o sentimento de ameaça se faz presente.

Em um cenário tal, constata-se a concretização dos atributos da biopolítica. Se o foco da biopolítica é a vida humana, o perigo, que aflige muitas das vidas, exige a atenção do Estado, o qual responde com mecanismos de exceção, mesmo se atentatórios aos direitos humanos, a exemplo das legislações de tolerância zero e de lei e ordem, mencionadas anteriormente. Isso porque, segundo Ruiz (2018b, p. 11, tradução nossa):

[...] O objetivo da biopolítica é conseguir administrar a liberdade humana. Isto é, não negar a liberdade, mas produzir formas de liberdade nas

quais os sujeitos atuem segundo fins estrategicamente planejados. O medo é um grande aliado nessa estratégia de governar a liberdade dos indivíduos, pois a expectativa do medo gera uma abdicação da liberdade para obter maior segurança ou uma sujeição voluntária a diretrizes estratégicas que (supostamente) oferecem mais segurança. Nessa lógica, a liberdade é pensada como se fosse um mero impulso natural do desejo de segurança, através da qual é possível elaborar técnicas que levem à sujeição voluntária dos indivíduos às estratégias do governo; o medo, junto com o desejo de segurança, induz seu comportamento e possibilita direcionar suas condutas respeitando a liberdade individual, pois, na lógica biopolítica, o que se governa, em última instância, é a liberdade⁵.

O medo, diante disso, torna-se um meio legitimador para a consolidação dos intentos biopolíticos do Estado contemporâneo, uma vez que a sociedade tende a aceitar passivamente a mitigação de direitos humanos em prol de segurança. É importante referir, no entanto, que a ênfase dada pelas políticas, pelos projetos e pelos programas de maximização do Direito Penal tem como destinação um perfil específico da população, que, no caso brasileiro, à luz do sistema carcerário, é representado por negros e pobres. Tais sujeitos respondem, então, pela criminalidade e pela violência combatidas pelo Estado-juiz, embora não necessariamente correspondam às ameaças sentidas pela sociedade.

O que se constata, na visão de Esposito (2013, p. 26), é que “nunca como hoje a demanda por segurança se converteu numa verdadeira síndrome obsessiva”. Essa síndrome obsessiva, composta por processos de imunização contra os estranhos, inimigos e perigosos, resulta, de acordo com o entendimento de Dornelles (2008, p. 38), em “mais repressão policial, mais criminalização de condutas, mais encarceramento, maior censura social [...] através de medidas de vigilância, controle, repressão direta e segregação”. Com efeito, segundo Pérez Cepeda (2007), formam-se normas alicerçadas no objetivo da segurança, em que pese valores nevrálgicos, como a liberdade, precisem ser limitados.

Assim, os direitos humanos, construídos para a proteção da dignidade humana, são, frente à assunção de medidas emergenciais, relegados a segundo

⁵No original: “[...] El objetivo de la biopolítica es conseguir administrar la libertad humana. Es decir, no negar la libertad, sino producir formas de libertad en que los sujetos actúen según fines previstos estratégicamente. El miedo resulta un gran aliado en esta estrategia de gobernar la libertad de los individuos, pues la expectativa del miedo genera una abdicación de la libertad para obtener mayor seguridad o una sujeción voluntaria a directrices estratégicas que (supuestamente) ofrecen más seguridad. En esta lógica, la libertad es pensada como si fuese un mero impulso natural del deseo de seguridad, a través de ella es posible elaborar técnicas que lleven a la sujeción voluntaria de los individuos a las estrategias de gobierno; el miedo, junto con el deseo de seguridad, inducen su comportamiento y posibilitan dirigir sus conductas respetando la libertad individual, pues, en la lógica biopolítica, lo que se gobierna, en último extremo, es la libertad”

plano. Trata-se de mais um ponto de similitude entre os apátridas e os negros e pobres do território brasileiro. Os apátridas, como indivíduos desligados de seus vínculos jurídico-políticos com o Estado de origem, eram destituídos da titularidade de direitos humanos porque ausente o pressuposto da nacionalidade. Ao mesmo tempo, os negros e pobres criminalizados no Brasil, embora membros de um Estado, encontram-se, muitas vezes, à margem da sua proteção. Em ambos os casos, pois, a primeira e derradeira conexão entre eles e o Estado ocorre pelo aparato policial.

O cometimento de algum delito é tratado na obra arendtiana (2017) como uma possibilidade para o apátrida obter determinados direitos do Estado, uma vez que, na condição de indivíduo qualquer, o sem Estado não é titular de direitos, mas na infringência da lei, na condição de criminoso, tem recaído sobre si o instrumental repressivo-punitivo e, consequentemente, direitos que lhe assegurem o processamento legal. Por isso, na visão de Arendt (2017, p. 390), “[a] melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa do âmbito da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime”, já que o crime recupera, em certa medida, “a igualdade humana, mesmo que ela seja reconhecida como exceção à norma”.

No caso do apátrida, a sua inscrição na ordem estatal e a sua condição de sujeito de direitos ocorrem mediante o sistema penal. O sem Estado é desvinculado de uma nação, pois, à luz da biopolítica, não contém o elemento originário de pertencimento, qual seja, a nacionalidade decorrente do nascimento, mas, com a violação da lei, recebe, em que pese parcial e temporariamente, o manto protecionista do poder público. No caso dos negros e pobres criminalizados no Brasil, a situação não é muito diferente. Embora vinculados a um Estado, o abandono caritativo denota a ausência dos direitos humanos, de modo que a prática delituosa enseja o primeiro momento em que o Estado, de fato, atua sobre essa população.

A partir disso, faz-se possível afirmar que há situações nas quais cidadãos, mesmo integrados juridicamente a um Estado, não se configuram, concretamente, como sujeitos de direitos. Os sem Estado, no caso dos apátridas, e os com Estado, no caso dos negros e pobres criminalizados no território brasileiro, (sobre)vivem, muitas vezes, na figura de *zoé*, pois mantêm suas vidas meramente existenciais e naturais, sem conotação qualitativa. Tal contexto torna-se factível, seguindo a interpretação de Judith Butler e Gayatri Chakravorty Spivak (2009, p. 45, tradução nossa), porque:

Se o governo é o que vincula, também é claramente o que pode desvincular. E se o Estado vincula em nome da nação [...], então também des-

vincula, libera, expulsa, desterra. E isso nem sempre ocorre por meios emancipatórios, isto é, “deixando ir” ou “liberando”; o estado expulsa, precisamente, através de um exercício de poder que depende de barreiras e prisões, e, desse modo, supõe certa forma de aprisionamento [...].⁶

Se no século XX o desligamento jurídico-político tinha sido considerado como razão para a inefetividade dos direitos humanos, agora, no século XXI, o pertencimento a uma comunidade nacional não é condição suficiente para ser merecedor de direitos humanos. Isso porque, conforme Butler e Spivak (2009, p. 65), a partir da tese arendtiana, a nação pressupõe certa aproximação identitária e, com efeito, as diferenças tendem a ser separadas, motivo pelo qual “os sem-estado são produzidos discursivamente dentro de um campo de poder, ao mesmo tempo que são privados de direitos”⁷, como é o caso, por exemplo, das pessoas socialmente marginalizadas e/ou privadas de liberdade.

Há mais de sessenta anos, Arendt (2017, pp. 411-412) alertava sobre a periculosidade de provocar ou deixar que se provoque a exclusão de seres humanos do mundo, que deveria ser considerado comum, haja vista a redução dessas vidas à simples condição natural – senão animalesca – em detrimento da condição qualificada na conceituação de *bíos*:

O grande perigo que advém da existência de pessoas forçadas a viver fora do mundo comum é que são devolvidas, em plena civilização, à sua elementaridade natural, à sua mera diferenciação. Falta-lhes aquela tremenda equalização de diferenças que advém do fato de serem cidadãos de alguma comunidade, e no entanto, como já não se lhes permite participar do artifício humano, passam a pertencer a uma dada espécie de animais. O paradoxo da perda dos direitos humanos é que essa perda coincide com o instante em que a pessoa se torna um ser humano em geral – sem uma profissão, sem uma cidadania, sem uma opinião, sem uma ação pela qual se identifique e se especifique – e diferente em geral, representando nada além da sua individualidade absoluta e singular, que, privada da expressão e da ação sobre o mundo comum, perde todo o seu significado.

Os apátridas, personagens representativos do século XX como resultado das duas guerras mundiais, e os negros e pobres criminalizados no Brasil, como

⁶No original: “Si el gobierno es lo que vincula, también es claramente lo que puede desvincular. Y si el estado vincula en nombre de la nación [...], entonces también desvincula, suelta, expulsa, desterra. Y esto no siempre ocurre por medios emancipatorios, es decir, “dejando ir” o “liberando”; el estado expulsa, precisamente, a través de un ejercicio del poder que depende de barreras y prisones, y de este modo, supone cierta forma de reclusión [...].”

⁷No original: “los sin-estado son producidos discursivamente dentro de un campo de poder, a la vez que son privados de derechos”.

figuras social e institucionalmente marginalizadas, estabelecem-se como categorias semelhantes no que se refere aos direitos humanos. Os sem Estado e os com Estado aproximam-se, portanto, em razão da substituição de um Estado social para um Estado policial, da assunção de mecanismos excepcionais nas ordens jurídicas nacionais justificados pelo almejo de segurança e da primeira ou única consideração desses sujeitos, pela instituição estatal, a partir da aplicabilidade do Direito Penal.

CONCLUSÃO: DESAFIOS E REFLEXÕES PARA OS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

Os direitos humanos, cada vez mais, conformam-se como assunto relevante nos âmbitos nacional e internacional. Seja porque dizem respeito a todos os indivíduos, seja porque provocam muitas críticas, seja porque, apesar do avanço tecnológico, a efetividade ainda não galga atender aos pressupostos da dignidade, os direitos humanos integram a pauta política contemporânea. A partir disso, a investigação científica, aqui delineada, buscou compreender a historicidade dos textos declarativos emergidos desde o século XVIII e a sua real funcionalidade na sociedade biopolítica, essencialmente em relação aos apátridas do século XX e aos negros e pobres criminalizados no Brasil no século XXI.

As declarações relativas à Independência dos Estados Unidos e à Revolução Francesa marcaram o nascimento formal de documentos sobre os direitos humanos na Modernidade. A vida biológica, nesse mesmo período, assumiu vital importância nos contornos políticos dos Estados soberanos, razão pela qual o beneficiamento da vida foi elevado a problema estatal. No entanto, a proteção da vida não significa a melhoria da vida de todos, pois, circunscrita aos ditames biopolíticos, há a seletividade das vidas que importam em detrimento das vidas que são passivamente elimináveis do tecido societal. Com efeito, as vidas são catalogadas como bíos, quando qualificadas, ou como zoé, quando meramente existenciais.

À luz da biopolítica, então, as declarações de direitos representam a inscrição da vida nua no liame estatal. Isso porque a proclamação de preceitos considerados fundamentais à dignidade humana se dirige àqueles socialmente vulneráveis, ou seja, àqueles cuja única característica constitutiva é o fato de serem naturalmente humanos, haja vista, se fosse o contrário, não haveria necessidade de se positivar um núcleo basilar de condições ensejadoras da vida digna. Contudo, o sonho pretendido com os textos declarativos não atingiu a sua concretude no instante em que homens e mulheres haviam perdido todos os seus atributos, salvo o de continuarem humanos. É o caso dos apátridas.

A situação dos apátridas, que, no século XX, foram desligados jurídico-politicamente dos seus Estados de origem, não se adstringe aos sem Estado, mas, contemporaneamente, no século XXI, se expande, inclusive, aos com Estado, a exemplo dos negros e pobres criminalizados no Brasil. Em ambos os casos, é como se a titularidade dos direitos humanos não exigisse tão somente a natureza humana, como prescrevem as declarações, pois são sujeitos abandonados pela (bio)política que deveria lhes proteger. Tratam-se, então, de vidas que não se coadunam aos ditames sociais e institucionais; logo, são vidas, constituídas em zoé, consideradas ameaçadoras às vidas corporificadas na figura de bíos.

As aproximações entre os apátridas e os negros e pobres criminalizados no Brasil aparentam-se, a priori, difíceis de serem estabelecidas. No entanto, algumas considerações acerca de três aspectos evidenciados em meados do século XX, no tocante às pessoas sem Estado, demonstram similitudes com a realidade atual de pessoas com Estado. Isso porque, embora sejam personagens expressivamente distintos, está a se discutir a constituição e a consolidação, ou não, de direitos humanos na esfera de um corpo social e de uma instituição estatal forjados sob fundamentos biopolíticos, nos quais a vida biológica de toda a população é elevada aos mecanismos e aos cálculos do poder.

Nesse sentido, a substituição de um Estado social, destinado a atender às condições mínimas de dignidade aos cidadãos, para um Estado policial, centrado na repressão e punição dos sujeitos considerados desviantes da ordem instituída; a formação de medidas de cunho excepcional nos ordenamentos jurídicos pátios, inclusive democráticos, sob o pretexto de promover segurança à sociedade; e a vinculação, primária e, quiçá, única, do indivíduo, na estrutura estatal, mediante a aplicabilidade do Direito Penal são, pois, as três ocorrências perpetradas em face dos apátridas e, hodiernamente, dos negros e pobres criminalizados no território brasileiro, notadamente com a inobservância dos direitos humanos.

As cenas dos desterrados e dos negros e pobres brasileiros causam perplexidade aos olhos daqueles que carregam a compreensão de todos como sujeitos detentores de direitos humanos e, consequentemente, merecedores de dignidade. A sensação de perplexidade, contudo, não é suficiente, pois, seguindo a reflexão de Marielle Macé (2018, p. 30), a sideração restringe-se ao impacto, à petrificação, motivo pelo qual faz-se necessário a consideração, ou seja, “olhar situações, ver vidas, julgar, tentar, enfrentar e trabalhar para se relacionar de outro modo com aqueles em quem presta, assim, atenção, e por cujas vidas deveria também por ser surpreendido”.

É imprescindível, diante disso, que se preste atenção às vidas consideradas indignas de serem vividas, às vidas consideradas pretensamente ameaçadoras, às

vidas consideradas inadequadas à normalidade biopolítica ditada pela sociedade e pelo Estado. Torna-se forçoso reconhecer em todos a existência de vida e, logo, da ensejadora proteção, mas, para isso, é preciso vê-la como totalmente viva e vivida, uma vez que é, conforme Macé (2018, p. 31), “na exata medida em que é considerada como vivida em que uma vida pode ser considerada como exposta à ferida, capaz de vulnerabilidade, capaz de ser perdida e chorada e de enlutar outras vidas”, justamente porque todas são vidas e suscetíveis de vulnerabilidade.

Assim, as vidas devem ser compreendidas pelo pressuposto de igualdade, sem, contudo, desconsiderar as especificidades de cada uma. O desafio que se impõe, no intento de se fazer considerar as vidas de todos, notadamente daqueles abandonados pelo manto do Estado, ultrapassa os limites dos indivíduos e das entidades humanitárias, essencialmente porque, na visão de Daniel Arruda Nascimento (2013, p. 139), ao excluir o âmbito político, “as ajudas humanitárias contribuem para consolidar a compreensão da vida enquanto ‘vida nua’, mera vida, simples fato de ser vivente”, haja vista que, embora elementares, parecem retirar a responsabilidade pública para com as vidas marginalizadas.

O desafio da atualidade emerge, então, da imprescindibilidade de uma guinada política no que tange ao compromisso do Estado, enquanto instituição artificialmente formada pelo interesse dos cidadãos, sobre as vidas vulneráveis, isto é, as vidas de todos, inclusive porque, na concepção de Macé (2018), não se tratam de vidas nuas, mas, sim, de vidas desnudadas e desqualificadas que, ao cabo, não deixam de ser vidas. Com efeito, faz-se imperiosa a atenção aos direitos humanos, “pois a convicção da igualdade das vidas se entende antes de tudo juridicamente”, razão pela qual “[acolher] não é fazer ato de caridade, mas de justiça; trata-se de reparar os danos sofridos por aqueles que a história expulsa” (MACÉ, 2018, p. 58).

É preciso compreender, via de consequência, que, na condição de seres humanos, todos são iguais. É preciso estar convicto de que as letras das declarações não devem ser apenas traços formais da contemporaneidade. É preciso ter ciência e consciência de que todos, indistintamente, vivem – ou deveriam viver – em um mundo comum. É preciso, ainda, perceber que, à luz de Arendt (2007, p. 31), “[nenhuma] vida, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”, principalmente porque todos os indivíduos são vulneráveis, cada um a seu momento a suas circunstâncias, e dependem uns dos outros.

A vida dos apátridas não é a mesma vida dos negros e pobres criminalizados no Brasil, mas são todos seres humanos viventes, sujeitos de direitos e merecedores de dignidade. As similitudes passíveis de constatação entre os

personagens evidenciam, portanto, a seletividade biopolítica das vidas na sociedade contemporânea, que, aliás, emerge do corpo social e se inscreve no espaço público, notadamente no Estado. A inefetividade dos direitos humanos, à vista do exposto, não representa apenas uma realidade dos sem Estado, mas, atualmente, também, circunscreve o contexto dos com Estado, embora, ao fim, todos compartilhem – ou assim o deveriam – do mesmo mundo comum.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Quién le canta al Estado-Nación?* Buenos Aires: Paidós, 2009.
- CORRÊA, Murilo Duarte Costa. Biopolítica e direitos humanos: Giorgio Agamben e uma antropolítica evanescente. *Profanações*, Mafra, v. 1, n. 1, p. 22-37, jun. 2014. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/prof/article/view/564>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [S.l.: s.n.], 1776. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. [S.l.: s.n.], 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.
- DIEL, Aline Ferreira da Silva; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Mídia, direito penal e o estereótipo do criminoso: uma leitura biopolítica*. Curitiba: CRV, 2018.
- DORNELLES, João Ricardo. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ESPOSITO, Roberto. Comunidade e violência. In: DANNER, Leno Francisco; DANNER, Fernando (Orgs.). *Temas de filosofia política contemporânea*. Porto Alegre: Fi, 2013. p. 13-32.
- ESPOSITO, Roberto. Filosofia e biopolítica. Tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. *Ethic@*, Florianópolis, v. 9. n. 2, p. 369-382, maio 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2010v9n2p369>. Acesso em: 15 mar. 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

HOBESBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INFOOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização – junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: diálogos com Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MACÉ, Marielle. *Siderar, considerar: migrantes, formas de vida*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. Biopolítica e direitos humanos: uma relação revisitada guiada pelo cortejo da ajuda humanitária. *Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba, v. 25, n. 37, p. 131-150, maio 2013. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/631>. Acesso em: 25 mar. 2019.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madri: Iustel, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. Who is the subject of the rights of man? *The South Atlantic Quarterly*, Durham, v. 103, n. 2/3, p. 297-310, jul. 2004. Disponível em: <https://read.dukeupress.edu/south-atlantic-quarterly/article-pdf/103/2-3/297/469344/SAQ103-0203-02RanciereFpp.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

RUIZ, Castor Marí Martín Bartolomé. Los derechos humanos ante la instrumentalización biopolítica de la vida humana: por uma política de la vida. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 231-266, jan./abr. 2018a. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1108/pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

RUIZ, Castor Mari Martín Bartolomé. Los dispositivos de seguridad y el gobierno de la vida humana. *Argumentos: Revista de Filosofia*, Fortaleza, v. 10, n. 19, p. 7-19, jan./jun. 2018b. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/argumentos/article/view/32014/72325>. Acesso em: 14 mar. 2019.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. De Hannah Arendt a Judith Butler: em busca da humanidade perdida nas fronteiras do Estado-nação. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, 2017. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4322>. Acesso em: 22 mar. 2019.

ESTUDO COMPARADO SOBRE A INCAPACIDADE TRANSITÓRIA DE EXPRESSÃO DA VONTADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E ALEMÃO

COMPARED STUDY ON THE TRANSITIONAL DISABILITY OF EXPRESSION OF WILL IN BRAZILIAN AND GERMAN CIVIL LAW

Bruno Maia

Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Advogado voluntário do Instituto Para a Efetivação da Cidadania – IJUCI em Belo Horizonte

Eliana Franco Neme

Professora de Graduação da FDRP-USP. Professora do Centro Universitário de Bauru -na Faculdade de Direito. Coordenadora Acadêmica do Centro de Pós Graduação Stricto Sensu da Instituição Toledo de Ensino de Bauru - Cursos de Mestrado e de Doutorado e do MINTER - Mestrado Interinstitucional celebrado entre a Instituição Toledo de Ensino de Bauru e o Centro de Ensino Superior do Amazonas.

Submetido em: 11/09/2019

Aprovado em: 04//02/2020

Resumo: O texto a seguir investiga a incapacidade transitória de expressão da vontade disciplinada pelo ordenamento jurídico brasileiro, revisitada em perspectiva comparada com o Direito Civil Alemão, partindo-se da premissa de que seria mais adequado que a incapacidade civil subsistisse no ordenamento jurídico brasileiro somente nos casos de transtornos das faculdades mentais de caráter duradouro que prive a pessoa de emitir a sua declaração, e que a incapacidade transitória de expressão da vontade deve ser suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, o que foi constatado.

Palavras-chave: incapacidade transitória, vontade, direito civil alemão

Abstract: *The following text investigates the transitory incapacity of will expression disciplinated by the Brazilian legal system revisited in a comparative perspective with the German Civil Law, starting from the premissse that it would be more appropriate for civil incapacity to subsist in the Brazilian legal system only in cases of mental disorders faculties of lasting character that deprives the presonto*

issue her declaration, and that the temporary incapacity to express the will must be removed from the Brazilian legal system, which was verified.

Keywords: *transitory incapacity, will, German Civil Law.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Pessoa e sujeito de Direito. 1.1. Surgimento e Formação do Conceito Jurídico de Pessoa. 2. Compreendendo o instituto jurídico da capacidade civil e do seu regime de exceção: a metodologia de Savigny. 3. A incapacidade transitória de expressão: entre a incapacidade absoluta e a relativa, o mesmo problema. 3.1. O direito civil alemão e o reconhecimento dos intervalos de lucidez. 4. Os direitos subjetivos: as perspectivas de Windscheid e Jhering. 4.1. Windscheid: a radicalização funcional e o elemento psicológico como determinantes dos direitos subjetivos. 4.2. Jhering e utilitarismo. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A ideia fundamental de que as pessoas merecem ser reconhecidas e tratadas pelo seu valor intrínseco, pela sua dignidade, já está no texto Constitucional há mais de trinta anos. Essa constatação, não elimina, porém, as dificuldades no regramento e aplicação do direito, em especial quando enfrentamos as questões de capacidade civil. O Direito Brasileiro não distingue, em princípio, os verbos ser e estar ao tratar do rol de incapazes. Esta falha suscita vários problemas de ordem prática, pois não seria possível estabelecer em quais situações a pessoa (ou o sujeito de direito) estaria impossibilitada de expressar transitoriamente a sua vontade. Neste sentido, seriam adequadas cláusulas gerais ou reduções casuísticas?

Tradicionalmente, o legislador brasileiro nunca se preocupou em regulamentar os intervalos de lucidez de modo mais detido e aprofundado – o que ocorreu, notadamente, no âmbito do Direito Civil Alemão.

A questão é que a incapacidade pode (ou não) cessar. E o Direito Brasileiro não sistematizou as duas situações, a saber, o ser incapaz, e o estar incapaz de modo esclarecedor. Seriam referidas situações distintas? Quais os efeitos práticos decorrentes de ser (ou) estar incapaz?

Como concatenar as categorias jurídicas da pessoa, e do sujeito de direito, que a doutrina insiste em tratar como sinônimos? Qual a origem da capacidade jurídica? Tendo em vista o sujeito de direito, como superar as concepções tradicionais acerca da compreensão dos direitos subjetivos no sentido de tutelar aqueles que transitoriamente não podem se expressar?

Estas e muitas outras questões podem ser formuladas, e o tema está longe de oferecer aos operadores do Direito uma solução adequada, sobretudo, porque

mesmo com a reformulação da teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 de 2015, a incapacidade transitória de expressão subsiste em nosso ordenamento jurídico – uma reforma que foi meramente pontual e carente de maiores problematizações. Enfim, o dilema persiste: ser ou estar incapaz?

1. PESSOA E SUJEITO DE DIREITO

A noção de pessoa é um tema de capital importância não só para o Direito Privado, como também para o Direito Público, inspirou vasta literatura e suscitou variados posicionamentos entre os juristas. Esta inquietante realidade também provocou em filósofos, sociólogos e teólogos idêntico desconcerto (EBERLE, 2006).

A noção de pessoa apresenta uma pluralidade de significações, e sua noção jurídica se revela na medida em que se destaca daqueles domínios, colocando em evidência os contornos específicos que a individualizam no âmbito do Direito. Entretanto, a noção jurídica de pessoa não coloca em xeque as noções da Filosofia, da Teologia ou da Psicologia (EBERLE, 2006).

O Direito reconhece a limitação acerca do seu conceito de pessoa, que é equivalente a uma das concepções cabíveis ao termo. Assim, a noção jurídica de pessoa deve afastar-se daquelas atinentes às demais áreas do conhecimento, sem absorvê-las ou contestar sua existência (EBERLE, 2006).

Seria, assim, pessoa, sinônimo de sujeito de direito? Esta indagação, como num passe de mágica, tem sido respondida numa fórmula matemática por meio da qual se proclama ser a pessoa, sinônimo de sujeito de direitos (EBERLE, 2006).

Somente as pessoas podem figurar como destinatárias dos comandos normativos, de modo que a elas é dado assumir o papel de sujeitos em determinada relação jurídica. Se há outros entes aos quais o legislador atribui subjetividade, o mais adequado seria indagar se seriam dotados de personalidade (EBERLE, 2006).

O sujeito de direito está inserido na estrutura da relação jurídica, e é, sob tal perspectiva, um referencial de imputação de direitos e deveres. Conforme seja na relação jurídica específica titular ou não do direito outorgado, diz-se ativo ou passivo (EBERLE, 2006).

A relação jurídica apresenta como elementos estruturais, além do sujeito de direito, outros dois. São eles: o vínculo de atributividade e o objeto de direito. O vínculo propulsiona a relação jurídica, apto a vincular os objetos ou submeter uma coisa ao poder da pessoa, tornando concreta a relação abstrata. O objeto é o bem sobre o qual incide o poder do sujeito ou a prestação exigível (GOMES, 2007).

Os três elementos que estruturam a relação jurídica são, assim, categorias abstratas cujo conteúdo *in concreto* se pode determinar (EBERLE, 2006).

Logo, o sujeito de direito não poderia igualar-se à pessoa, tendo em vista que esta última traduz tão só o ente que participa concretamente de determinada relação jurídica. Há casos em que se pode ter como sujeito de direito uma pessoa natural, e casos em que se tem como sujeito de direito, uma pessoa jurídica. Basta que o legislador aponte determinado ente como foco da relação jurídica outorgando-lhe um direito, ao menos, para que ele possa ser alçado ao posto de sujeito de direito, desvincilhando-se da sua condição de objeto do Direito, ou deixando o limiar da absoluta irrelevância jurídica (EBERLE, 2006).

1.1 SURGIMENTO E FORMAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE PESSOA

O sentido vulgar da palavra *pessoa* sofreu significativas alterações ao longo do tempo. As raízes etimológicas do vocábulo evocam a máscara que os atores usavam para fazer ressoar a voz. Posteriormente, a palavra passou a designar o próprio ator mascarado da peça teatral. A palavra *pessoa* designa, neste sentido, o papel jurídico-social representado pelo homem ao assimilar sua posição, função ou atributos (EBERLE, 2006).

Originariamente, os romanos empregavam a palavra *pessoa* a fim de designar a pessoa em geral, fosse ela capaz de direitos e obrigações ou não. Assim, os escravos não galgavam a posição de sujeitos de direito, embora fossem considerados pessoas de acordo com as *Institutas de Gaio* (EBERLE, 2006).

Logo, ao se reputar como pessoas os escravos, não se lhes outorgava a possibilidade de considerarem-se como titulares de direitos e obrigações. Evidenciava-se somente que os mesmos não eram igualados aos animais, não obstante sua condição de *res* (EBERLE, 2006).

De acordo com os estudiosos do Direito Romano, somente no período pós-clássico o vocábulo assumiu sua acepção técnica, designando o homem enquanto dotado de personalidade jurídica. A tecnização terminológica já estava prenunciada conforme revelado ao menos por uma menção das fontes em que o termo *caput* sinônimo de *persona* figurava como indicativo do poder de ser titular de direitos e obrigações (EBERLE, 2006).

Neste momento surge o conceito jurídico de pessoa desvincilhado de sua acepção vulgar. A pessoa, então, reveste-se de um sentido particular no âmbito do Direito, passando a nomear não o homem em si, mas o ser ao qual se atribuem direitos e obrigações. Houve uma ruptura da sinonímia até então existente entre homem e pessoa. O vocábulo *pessoa* passa a aplicar-se somente aos seres dotados de capacidade de querer juridicamente. O ser *pessoa* para o Direito resultava,

naquele momento histórico, não de um fato natural, mas de um ato de personificação que só a ordem jurídica poderia levar a efeito (EBERLE, 2006).

Em Roma, só detinha o estado de pessoa aquele que nascido vivo de mulher, possuísse forma humana. Estes pressupostos, entretanto, não eram o bastante para configurar a aquisição da personalidade: o indivíduo deveria, ainda, ser livre, isto é, apresentar o *status libertatis* e ser cidadão romano, ou seja, apresentar o *status civitatis* (EBERLE, 2006).

Foi a partir desse momento de crise em que houve a cisão entre as noções de pessoa e de ser humano, que a História atesta não haver consenso entre os termos anteriormente referidos. E várias foram as causas, tais como a escravidão, a morte civil e as profissões religiosas feitas por meio do voto de desterro da vida civil – fatos que ensejaram a completa supressão da personalidade (EBERLE, 2006).

Coube principalmente aos ideais cristãos contestar esse sistema exclusivo e injusto. A crença na dignidade do homem enquanto filho de Deus, criado à sua imagem e semelhança, ia de encontro à privação de direitos a que eram submetidas determinadas classes de indivíduos. Avolumaram-se os clamores por igualdade a ponto de insuflar a maioria dos ordenamentos jurídicos modernos a estender, de modo indiscriminado a qualidade de pessoa a todos os seres humanos (EBERLE, 2006).

Logo, a *pessoa* é um ente abstrato, e o sujeito de direito é a concretização deste ente considerado um elemento estrutural da relação jurídica no caso concreto. São, portanto, termos com sinônimos diversos, mas que se complementam.

2. COMPREENDENDO O INSTITUTO JURÍDICO DA CAPACIDADE CIVIL E DO SEU REGIME DE EXCEÇÃO: A METODOLOGIA DE SAVIGNY

Indubitavelmente, o conceito de capacidade jurídica remonta ao Direito Romano. De acordo com Carl Friedrich Von Savigny, as relações jurídicas se estabelecem entre pessoas determinadas, umas frente às outras, sem que possamos defini-las em particular. Sob tal perspectiva, o direito (subjetivo) implica uma sanção à liberdade moral, que é inerente a todo ser racional. Em razão disso, a idéia de pessoa ou sujeito de direito confunde-se com a idéia de homem, na medida em que o indivíduo, e somente ele, é dotado de capacidade de direito (SAVIGNY, 2005).

A capacidade natural inicia-se com o nascimento, ou seja, desde que o indivíduo separa-se completamente do ventre materno. Este ato é, por conseguinte, o mais importante de todos, e condiciona o início da capacidade jurídica para o

recém nascido, e para a aquisição de direitos, sobretudo, os direitos sucessórios. Caso o feto dê sinais de vida (SAVIGNY, 2005), porém, venha falecer antes de ter-se desprendido totalmente do ventre materno, não chegará a ter capacidade de direito, ocasião em que se configurará o aborto. Para que o recém nascido seja dotado de capacidade de direito, é necessário que a vida seja reconhecida como certa, à evidência de quaisquer tipos de sinais vitais (SAVIGNY, 2005).

O Direito Romano exigia como pressuposto fático para a atribuição de capacidade de direito ao indivíduo, os sinais característicos de humanidade que pudessem ser constatados externamente. A durabilidade da vida é um requisito irrelevante, bastando para fins de aquisição de capacidade jurídica, que o indivíduo vivesse por alguns instantes. O Direito Romano não reconhecia como indivíduos os seres “monstruosos” (SAVIGNY, 2005, p. 188).

A viabilidade humana era exigida por alguns jurisconsultos do Direito Romano como requisito para que o indivíduo adquirisse a capacidade jurídica e assim, gozasse de privilégios. Entretanto, os textos romanos são silentes acerca dos sinais indicativos para o reconhecimento de um indivíduo humano. Analogicamente, a cabeça deve apresentar a forma humana (SAVIGNY, 2005).

Assim, o feto prematuro que nasce, e morre quase imediatamente após o parto, jamais tem atribuída a si, sua capacidade jurídica, salvo se a prematuridade indicar a possibilidade de vida extra-uterina. Todavia, a viabilidade não é um requisito pacífico, em razão da falta de fundamento jurídico. Logo, uma vez nascido, ainda que venha a falecer pouco depois, o indivíduo tem completa capacidade de direito, independente da causa de sua morte (SAVIGNY, 2005).

A capacidade natural tem início a partir do completo nascimento do indivíduo, porém, antes do nascimento, o indivíduo já vive, embora não viva por si mesmo, já que sua existência vincula-se à existência materna. Muitos textos de Direito Romano afirmam enfaticamente que durante o período de gestação, o feto não é uma criatura humana, pois lhe falta existência própria, devendo-se considerá-lo como parte do corpo materno. Outros textos romanos, por sua vez, assimilam o feto que ainda não nasceu ao indivíduo já nascido, o que faz desaparecer qualquer contradição (SAVIGNY, 2005).

Se a aquisição da capacidade jurídica do indivíduo pressupõe que mãe e feto estejam separados, a equiparação do nascituro ao indivíduo já nascido expressa a realidade fática no presente. A separação completa entre mãe e feto, é, assim, considerada uma ficção, que não pode ser aplicada, a não ser, a um pequeno rol de situações fáticas, especialmente determinadas pelo Direito, portanto, em um limite muito estrito. Logo, o nascituro não tem capacidade de fato, porque não está apto a figurar em relações jurídicas configuradas de pessoa a pessoa, umas

frente às outras, que versem sobre o direito de propriedade, ou sobre o direito obrigacional – este último delimitado pela contração de dívidas, e obtenção de créditos (SAVIGNY, 2005).

Significa que o nascituro não era, no contexto do Direito Romano, considerado imediatamente como pessoa, portanto, sua representação seria prescindível. A ficção jurídica, ao seu turno, ocupa-se da vida futura do indivíduo, e o faz sob dupla perspectiva: por meio das sanções legais, e pela delimitação dos direitos que estão atrelados ao nascimento, e que desse modo, são criados em favor dos seus interesses. Assim sendo, somente ao indivíduo lhes aproveita. Os preceitos de Direito Civil são, enfim, os que garantem os direitos do nascituro até o momento em que nasce independentemente das alterações de estado, pelas quais passam tanto o pai, quanto a mãe, acerca do estado do filho (SAVIGNY, 2005).

O estado do nascituro é, assim, determinado por circunstâncias temporais, e conforme a época que lhe pareça mais favorável. Ora o início da vida coincide com a concepção, ora a partir do nascimento com vida, e, ainda em ambos os momentos, a fim de se regulamentar e garantir o direito sucessório por meio da posse em nome do nascituro (SAVIGNY, 2005).

Se por um lado, a concepção, o nascimento, ou ambas as situações fáticas são hábeis a conferir a capacidade jurídica ao indivíduo humano, a morte é, hodiernamente, considerada como fato extintivo da capacidade jurídica, uma situação fática que dispensa maiores esclarecimentos acerca dos elementos que a constituem, exigindo-se, tão só, a sua prova de acordo com determinadas regras de direito positivo (SAVIGNY, 2005).

Neste sentido, sustenta Karl Larenz que Savigny funde a Filosofia e o Direito, rejeitando, assim, o jusnaturalismo. Entretanto, é preciso ressaltar que, quando o jurista alemão explicitado defende a fusão entre a Filosofia e o Direito, em relação à primeira, está ele se referindo à noção de sistema (LARENZ, 2009).

Ao sistematizar o Direito Romano na Alemanha, ao distinguir o direito positivo do direito legislado, Savigny rejeita a interpretação teleológica da lei. O juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas aquilo que, na verdade é considerado como preceito legal. O juiz não tem que aperfeiçoar a lei de modo inovador (criador) e deve somente executá-la (LARENZ, 2009).

Se por um lado, Savigny rejeita a interpretação analógica, por outro reconhece a analogia como método interpretativo, distinguindo-se das interpretações restritiva ou extensiva da lei, na medida em que a ela, neste caso, nada é acrescentado. Sob tal perspectiva, a regra especial estatuída na lei é a expressão de uma

regra geral não estatuída na lei, mas nela contida de acordo com o seu espírito, o que implica afirmar que, em Savigny, podemos perceber, ainda, uma manifestação do jusnaturalismo tardio, por mais que o jurista em questão o negasse. Isto, porque as regras especiais contidas na lei devem ser compreendidas como consequências dos princípios gerais, aos quais, por meio de uma abstração daquilo que lhes é particular, podem se reconduzir do mesmo modo, aditando suas particularidades, surgidas, também, no espírito do legislador (LARENZ, 2009).

Savigny passa, a partir daí, a considerar como fonte do Direito, não mais a lei, mas o “espírito do povo”, isto é, a convicção jurídica da comunidade. Assim, a sistematização do Direito ocorre não de modo puramente lógico-dedutivo, mas de um sentimento, e de uma intuição imediatos. Trata-se de reconhecer as relações da vida como típicas sob a perspectiva do Direito. Estas relações da vida, na medida em que são pensadas e organizadas numa ordem juridicamente vinculante, constituem os institutos jurídicos, que se convertem, por fim, na origem e no fundamento do Direito. O instituto jurídico é um todo pleno de sentido passível de ser transformado no tempo e fundado nas relações humanas típicas (LARENZ, 2009).

As regras jurídicas não produzem os institutos jurídicos. São elas extraídas por meio da abstração no âmbito da intuição global. Portanto, os institutos jurídicos têm uma natureza orgânica. As regras jurídicas que necessitam de interpretação não podem ser compreendidas por si, mas pela intuição que gravita em torno do instituto jurídico pela qual se orientou o legislador que é responsável por estatuir referidas regras (LARENZ, 2009).

O pensamento jurídico não tem que se mover em um único sentido que consista na conciliação entre a intuição e o conceito, afinal, se a intuição representa o todo, o conceito (e a regra por ele abarcada) abrange somente um aspecto parcial necessitando de constantes ampliações e retificações novamente empreendidas por meio da intuição. Assim sendo, os sucessores de Savigny jamais poderiam ter chegado à Jurisprudência dos Conceitos formal, se tivessem realmente atentado aos pressupostos teóricos dos quais partiu o jurista em questão (LARENZ, 2009).

Entretanto, a metodologia de Savigny resulta pouco eficaz, na medida em que não demonstra como se opera a transição da intuição do instituto para a forma abstrata da regra jurídica, e desta, enfim, para a intuição originária. Neste caso, cabe à ciência somente abstrair das regras já abstratas em si, os conceitos mais distanciados da intuição global do instituto. Savigny estabelece o conceito de relação jurídica como um poder de vontade. É por meio da relação jurídica que o sujeito exerce os seus direitos. O que estrutura o sistema é o nexo lógico dos conceitos gerais e abstratos, produtos da lógica formal abrindo caminho à

Jurisprudência dos Conceitos formal que teve Puchta como principal expoente (LARENZ, 2009), e na qual o nome de Savigny deve ser incluído com reservas (LARENZ, 2009). O intérprete deve colocar-se “espiritualmente” na posição de legislador e deixar que a lei brote novamente em seu pensamento (LARENZ, 2009).

É daí que decorrem os quatro elementos da interpretação: o gramatical, o lógico, o sistemático e o histórico. Não se trata de quatro espécies de interpretação, mas de atividades que devem proceder conjuntamente para lograr a interpretação do Direito e, por conseguinte, de seus institutos. A metodologia de Savigny parte da expressão e desloca-se para as idéias, e destas, para a atividade do espírito, que se orienta para uma intuição global da qual resulta a regra jurídica. É neste momento que Savigny se afasta do positivismo legalista presente nos escritos da juventude determinado pela nova teoria das fontes do Direito (LARENZ, 2009).

No caso de estar inserida na lei uma expressão indeterminada, o intérprete deve recorrer ao nexo interno que permeia a legislação, e para o fim especial da lei, na medida em que possa ser comprovável. Não se comprovando um fim especial da lei, invoca-se uma razão geral. A partir daqui, Savigny admite a interpretação restritiva, e a extensiva, a fim de retificar expressões defeituosas – o que não o fazia nos escritos da juventude. Somente por meio do conhecimento do verdadeiro pensamento da lei e do caminho histórico percorrido pelo legislador, a expressão normativa pode ser retificada, impedindo-se deste modo, que a lei – e, também, os institutos – sejam aplicados em desconformidade com o seu fim (LARENZ, 2009).

É, portanto, a partir da sistematização do Direito Romano realizada por Savigny, que resulta o desdobramento da capacidade jurídica em sua dupla perspectiva: na capacidade de direito, inerente ao indivíduo humano, e na capacidade de fato, considerada uma aptidão genérica para a aquisição de direitos e obrigações no âmbito do Direito Civil. É, também, a partir da metodologia de Savigny, que podemos concluir ser a capacidade a regra, e a incapacidade, a exceção. Nesta insere-se a incapacidade transitória de expressão da vontade ainda vigente após a reforma do Regime Jurídico das Incapacidades promovida pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência – Lei 13.146/15.

3. A INCAPACIDADE TRANSITÓRIA DE EXPRESSÃO: ENTRE A INCAPACIDADE ABSOLUTA E A RELATIVA, O MESMO PROBLEMA

Há muito tempo, João Baptista Villela já advertia que o legislador respondeu de forma negativa ao problema dos *lúcida intervalla*. Tanto o Artigo 3º, que

relaciona os casos de incapacidade absoluta, quanto o Artigo 4º, que trata dos casos atinentes à incapacidade relativa usam a expressão verbal são. O verbo *ser* denota uma condição ou qualidade permanente. Logo, a idéia de uma oscilação entre a capacidade e a incapacidade, como é próprio de um regime que admite os intervalos lúcidos não encontraria abrigo no Código. É preciso, desde já, esclarecer que os sujeitos nomeados nos Artigos 3º e 4º não são definitivamente incapazes. Cessada a razão determinante da incapacidade, adquirem-na ou a readquirem. Entretanto, a alternância entre capacidade e incapacidade estaria excluída (VILLELA, 2010).

A incapacidade transitória de expressão permaneceu no texto do Código Civil mesmo com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 de 2015 – o que ocorreu a partir de Março de 2016. Embora os incisos II e III do Artigo 3º tenham sido revogados, alterando o regime de incapacidades em nosso ordenamento, o que houve, na realidade foi apenas uma alteração topográfica, pois a incapacidade transitória de expressão subsiste no Direito Brasileiro, porém está alocada, agora no Artigo 4º, III do Código Civil, e no mesmo dispositivo legal que se ocupa da incapacidade permanente.

Então, o que mudou? Nada. Houve tão somente uma mudança topográfica, já que a partir da vigência da Lei 13.146 de 2015, aqueles que não podem manifestar a sua vontade em caráter transitório ou permanente são relativamente incapazes.

Logo, a derrogação do Artigo 3º do Código Civil, e o rearranjo promovido pelo legislador muito pouco contribuiu para solucionar o problema dos *lúcida intervalla*. O verbo *ser* presente nos comandos legais empregados pelo legislador foi muito infeliz, pois cessada a incapacidade transitória, o impedido de expressar sua vontade, não existindo outra causa anterior ou superveniente de incapacidade, recuperará os seus poderes de exercício (VILLELA, 2010).

São muitas as situações em que alguém pode encontrar-se sem condições de exprimir sua vontade em razão de uma causa transitória, como aquele que está sob efeito de anestesia geral, ou em estado de coma profundo, ou pode, ainda, sofrer transitoriamente perda do discernimento (cf. Código Civil Art. 1860, *caput*) (VILLELA, 2010).

Antes da vigência da Lei 13.146 de 2015, ocorrendo um impedimento passageiro à expressão de vontade, o Código Civil impunha a consideração dos instrumentos de representação em favor do incapacitado. Eram duas as situações, a saber, a do enfermo e a do portador de deficiência física, nos termos do revogado Artigo 1780 (VILLELA, 2010).

Desde logo, importa salientar que o Código foi infeliz àquela época. Tão favorável às cláusulas gerais, em regra, promoveu no dispositivo legal mencionado uma redução casuística sem que a pessoa estivesse enferma ou sem que fosse portadora de deficiência física. É o caso, por exemplo, de pessoas que em razão de acidentes vêem-se subitamente ilhadas, impossibilitadas de se comunicarem com o exterior de seu ambiente. A vítima no caso não deve estar submetida à imponderabilidade de um socorro. Não se poderia dizer simplesmente que contra ela não corre prescrição, a não ser que se trate efetivamente de um caso de incapacidade absoluta, como previsto no Artigo 197, I do Código Civil. Assim, os recursos oferecidos pela gestão de negócios devem ser lembrados. A lei não exige que a causa transitória de incapacidade seja ininterruptível. Em rigor, aquele que se encontra entregue ao sono natural está, também sem condições de expressar sua vontade (VILLELA, 2010). É, portanto, vasto o complexo espectro de problemas que a expressão são incapazes, pode ensejar, seja a incapacidade absoluta ou relativa.

3.1. O DIREITO CIVIL ALEMÃO E O RECONHECIMENTO DOS INTERVALOS DE LUCIDEZ

A incapacidade prevista no antigo artigo 3º, II do Código Civil Brasileiro era uma reafirmação do Direito Romano, cujas raízes estavam deitadas na Lei da XII Tábuas e que estaria expressamente prevista nas Institutas de Gaio. Admite-se que no período pós-clássico eram considerados válidos os negócios celebrados durante a *intermissio* ou (*di*)lúcida *intervalla* (*lichte Zwischenräume*), cujo reverso configurou a entidade do *mente captus* ou *demens*. Trata-se daquele que, embora mentalmente hígido, possa encontrar-se momentaneamente privado de discernimento. Assim, o *mente captus* corresponde ao incapaz por causa transitória do Código Civil Brasileiro, isto é, o art. 3º, III (hoje, art. 4º, III), e na invalidade da declaração que venha a emitir o sujeito no Direito Alemão. Nos dois casos, o defeito é passageiro (VILLELA, 2010).

Ocorre que, metodologicamente, o Direito Brasileiro está mais próximo do Direito Romano que o Direito Alemão. Em razão disso, o legislador pátrio qualificou o *mente captus* como incapaz, e estendeu-lhe o tratamento às demais situações de transitoriedade (impedimentos puramente físicos). Chegou-se, assim, naturalmente na ordem jurídica nacional à premissa de que a incapacidade pode ser conjugada, tanto com o verbo ser, quanto com o verbo estar. Nos casos do (antigo) art. 3º, II do Código Civil, o sujeito é incapaz. No caso do art. 3º, III, o sujeito está incapaz (VILLELA, 2010).

A ressalva do Código Civil Brasileiro no intuito de afirmar a incapacidade diante da ocorrência da hipótese, ainda que a causa impeditiva seja transitória,

implica a suspeita de que a intenção do legislador brasileiro foi afastar-se deliberadamente do BGB. Nele, se dispõe no § 104, ²¹ que é incapaz quem se encontre em estado de perturbação patológica da vontade, a não ser que se trate de uma anomalia passageira. Uma perturbação que não seja transitória constitui objeto do parágrafo seguinte do BGB. O §105,²² estatui a nulidade da declaração emitida em estado de inconsciência, ou de momentânea perturbação do intelecto (VILLELA, 2010).

As diferenças entre o BGB e o Código Civil Brasileiro não se explicam somente pelos tratamentos diversos que atribuem aos estados transitórios de quebra da higidez mental. No §104, 2 o BGB define uma hipótese de incapacidade geral. No §105, 2 não cuida nem de incapacidade geral, nem transitória, mas da validade da declaração (VILLELA, 2010).

É diverso o objeto tratado pelas disposições legais brasileiras e alemãs. O Código Civil Brasileiro se ocupa da impossibilidade de expressão da vontade. Parte-se, portanto, do pressuposto de que a vontade pode formar-se validamente, mas fica presa nos limites do sujeito. Este sujeito, ainda que perda transitoriamente o poder de comunicação resulta ferido de incapacidade. Por outro lado, o ponto de partida do BGB não é a expressão da vontade, mas a sua determinação (Willensbestmmung). Para o Direito Brasileiro, o sujeito é incapaz por um acidente na ordem comunicativa. De acordo com o Direito Alemão, independentemente da comunicação, a impossibilidade de formação saudável da vontade, inclusive, se for somente transitória, não determina a incapacidade. Em síntese, confrontados o ordenamento jurídico brasileiro e o alemão, o primeiro dá mais relevância ao impedimento da expressão da vontade do que o segundo, ao ponto de, mesmo sendo transitório, conduzir à incapacidade. O Direito Civil Alemão só considera estado de incapacidade aquele em que haja estado incapacitante duradouro (VILLELA, 2010).

No Direito Alemão, a formação da vontade (Willensbildung) não é livre, se não estiver embasada na ponderação racional. No contexto do ordenamento jurí-

¹§104 Geschäftsunfähigkeit. Geschäftsunfähig ist:

2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. DEUCHLAND. *bürgerliches Gesetzbuch*. 69 Aufl. München: Beck, 2012, S. 22. §104. Incapacidade civil. São (estão) incapazes de exercer os atos da vida civil: 2. Aqueles que se encontram em estado de transtorno patológico das faculdades mentais que exclua a livre determinação da vontade, contanto que esse estado, por sua natureza, não seja transitório (tradução nossa).

²§105 Nichtigkeit der Willenserklärung.

2. Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustand der Bewusst-losigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird. DEUCHLAND. *bürgerliches...*, cit., S. 23. §105. Nulidade da declaração de vontade. 2. Também é nula a declaração de vontade emitida em estado de inconsciência ou de transtorno transitório das faculdades mentais (tradução nossa).

dico alemão, pode bastar a influência exercida por terceiros, desde que implique a exclusão da liberdade de formação da vontade (Freiheit der Willensbildung). O ponto de partida do BGB está intrínseco na vontade, enquanto o do Código Civil Brasileiro pode estar na vontade, mas não necessariamente. As hipóteses são convergentes no que se refere à insubsistência da vontade. No Direito Alemão, sendo transitória, a insubsistência torna nula a declaração, mas não incapaz o sujeito. No direito brasileiro, mesmo transitória, a simples impossibilidade de expressão torna o sujeito incapaz, ainda que subsista íntegra a vontade (VILLELA, 2010).

Quanto aos efeitos práticos, deveriam ser coincidentes, pois compreendido o fenômeno em sua incidência punctual tanto faz ser nula a declaração do sujeito capaz, quanto ser incapaz o sujeito emitente. Em ambos os casos, a declaração não vale. Entretanto, a coincidência só pode sustentar-se, e, de fato se sustenta, à condição de incapacidade por causa momentânea do direito brasileiro, ser ela, também, momentânea. E realmente é. No Direito Brasileiro, pode-se ser incapaz, ou estar-se incapaz (VILLELA, 2010).

O Código Civil de 2002 manteve submetidos à curatela, nos termos do Artigo 1767, I, aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade seja em caráter transitório ou permanente. Não seria mais adequado que a incapacidade transitória de expressão da vontade fosse regulamentada pelo legislador brasileiro? A está questão respondemos afirmativamente.

Concordamos com João Baptista Villela, no sentido de que faltou ao Código Civil Brasileiro a coerência do BGB, que de um lado não inclui entre os casos de incapacidade a limitação transitória, afastando-a expressamente, mas regulamenta a assistência da orientação (Betreuung) para os capazes que estejam impedidos de zelar por seus interesses, sem distinguir se o impedimento é resultante de uma enfermidade psíquica (psychsche Krankeit) ou de uma restrição física (körperliche Behinderung), mental (geistige Behinderung) ou emocional (seelische Behinderung), desconsiderado sempre o seu caráter permanente ou transitório (VILLELA, 2010) (§1896³).

³ Titel 2. Rechtliche Betreuung

§1896 Voraussetzungen. (1) ¹ Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankeit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen fur ihn einen Betreuer. ² Den Antrag kann auch ein Geschäftsunfahiger stellen. ³ Soweit der nicht besorgen kann, darf der Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen besetzt werden, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann.

(¹ a) Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.

(²) ¹ Ein Betreuer darf nur fur Aufgabenkreise bestellt werden, im denen die Betreuung erforderlich ist. ² Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtiten, der nicht zu den in §1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer

A incapacidade transitória está determinada pela sua duração, e advém de causas supervenientes. Tão logo apareça o impedimento, e tão logo cesse, a incapacidade transitória estará ou não instalada. Há, assim, um paradoxo. Por muito transitório que seja, não se trataria de um lapso fugaz (*vorübergehend*), idéia que serve à solução do BGB. Nele a atenção é centrada na declaração, um ato instantâneo, e não no agente. Exigido um *estado* de impossibilidade e não uma ocorrência fugidia do impedimento, como considerar instalada a incapacidade antes da configuração de um mínimo *continuum*? Para responder a esta problemática, recorremos com Villela, aos exemplos da usucapião e da união estável. Trata-se de fenômenos, que, em razão da sua característica, só podem ser lidos numa perspectiva *ex post facto* (VILLELA, 2010).

Visando a um ensaio prático do raciocínio, Villela esclarece que uma prescrição que se tenha consumado antes de pleiteada a interdição de quem venha a ser declarado ausente, não se terá por oponível ao credor, se, ao completar-se o lapso o titular da pretensão já estivesse, de fato, desaparecido. Os efeitos da declaração de ausência são retroativos ao termo *a quo* do desaparecimento (VILLELA, 2010). Em razão disto, a incapacidade transitória de expressão da vontade deveria ser suprimida do ordenamento jurídico brasileiro.

4. OS DIREITOS SUBJETIVOS: AS PERSPECTIVAS DE WINDSCHEID E JHERING

Tendo em vista as distinções entre pessoa e sujeito de direito apontadas anteriormente, a compreensão do instituto da capacidade civil acompanhado do

besorgt werden können.

(3) Als Aufgabenkreis kann auch die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestimmt werden.

(4) Die Entscheidung über den Fernmeldeverkehr des Betreuten um über die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten seiner Post werden vom Alfgabenkreis des Betreuers nur dann erfasst, wenn das Gericht dies ausdrücklich angeordnet hat. DEUCHLAND. *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., S. 399. Título 2. Do Direito de Orientação. § 1896 Pressupostos: Se uma pessoa maior de idade não for capaz de administrar seus interesses total ou parcialmente em razão de enfermidade psíquica ou deficiência física, intelectual ou mental, o Juízo de Tutela nomear-lhe-á orientador a seu pedido ou de ofício. O pedido também pode ser feito por pessoa civilmente incapaz. Se a pessoa maior de idade não for capaz de administrar seus interesses em razão de deficiência física, o orientador somente poderá ser nomeado mediante pedido da pessoa maior de idade, salvo se esta não puder manifestar sua vontade. 1. a. O orientador não será nomeado contra a vontade da pessoa maior de idade. 2. O orientador só poderá ser nomeado para os encargos em que a orientação seja necessária. A orientação não tem cabimento se os interesses da pessoa maior de idade puderem ser administrados de modo tão satisfatório por um pró-orientador que não seja uma das pessoas designadas no § 1897, par. 3º ou por demais auxiliares que não sejam nomeados representantes legais quanto por um orientador. 3. É possível a estipulação de esfera de encargos quanto a reivindicação de direitos atinentes ao orientado contra seus pró-orientadores. 4. A decisão acerca dos contatos telefônicos do orientado acerca do recebimento, abertura e manutenção da sua correspondência somente serão atribuídas ao orientador se o Juízo de Tutela assim determiná-lo expressamente (tradução nossa).

seu regime de exceção, e por fim, que as relações jurídicas que se estabelecem de pessoa a pessoa em torno de um objeto e permeadas por um vínculo jurídico de atributividade, permitindo que o sujeito exerce os seus direitos subjetivos por si, (ou não), é preciso proceder à sua definição e problematização, a partir dos escritos de Bernahrd Windscheid e Rudolf Von Jhering.

4.1. WINDSCHEID: A RADICALIZAÇÃO FUNCIONAL E O ELEMENTO PSICOLÓGICO COMO DETERMINANTES DOS DIREITOS SUBJETIVOS

De acordo com Bernhard Windscheid, o direito deve ser compreendido em dupla perspectiva: a primeira delas é o direito em sentido subjetivo, isto é, uma faculdade. O exercício do direito subjetivo, ou desta faculdade se dá pelo seu titular diante do direito posto, ou direito objetivo, com base em um fato concreto exteriorizado por meio de um preceito jurídico (WINDSCHEID, 1930). A vontade do titular é elemento decisivo para o nascimento, extinção ou modificação do direito subjetivo que está vinculado ao preceito jurídico determinado pelo ordenamento. Logo, o direito subjetivo é um poder, um senhorio da vontade do seu titular assegurada pelo ordenamento jurídico (WINDSCHEID, 1930).

O ordenamento jurídico assegura ao titular do direito subjetivo, meios coativos, por meio dos quais ele exerce esse poder. Portanto, trata-se de uma permissão jurídica que não pode ser afastada do conceito de direito (WINDSCHEID, 1930).

Windscheid, ao determinar o conceito de direito subjetivo, vincula-o ao conceito de relação jurídica, compreendida, como vimos, a partir de relações que se dão de pessoa a pessoa em torno de um objeto. Trata-se aqui de um complexo de normas jurídicas que se referem a uma relação, a um instituto próprio, como por exemplo, a vida e a propriedade, a constituição de obrigações, o contrato (WINDSCHEID, 1930).

Esta perspectiva radicalmente funcional positivista do direito subjetivo deve, contudo ser compreendida com reservas, e não está livre de críticas. Eduardo García Maynez é enfático ao afirmar que a tese dos direitos subjetivos de Windscheid não consegue dar conta dos casos em que o titular do direito subjetivo não deseja exercitá-lo. O exemplo que o jurista mexicano traz à baila refere-se ao titular de um crédito que não deseja cobrá-lo do devedor. Tal circunstância fática não descaracteriza a faculdade concedida pelo ordenamento jurídico ao credor, afinal, se o direito subjetivo dependesse da vontade do seu titular, desaparecendo este pressuposto, extinguir-se-ia o direito subjetivo (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Como vimos não se trata somente de não desejar exercê-lo, mas, também de estar o sujeito impossibilitado no caso concreto de exercê-lo, em razão de uma

incapacidade transitória de expressão da vontade, independentemente de se tratar de uma incapacidade absoluta ou relativa, e por conseguinte da enfermidade incapacitante.

Além do mais, várias pessoas jurídicas carecem de vontade em sentido psicológico. São incapazes de querer, e não obstante, têm direitos e deveres. O caso dos incapazes, dos recém nascidos, das pessoas jurídicas (ou morais) é emblemático. Um sindicato ou uma sociedade mercantil carecem de poder volitivo próprio, porém são sujeitos de direito e assumem obrigações. Se a essência do direito subjetivo radicasse no querer, seria necessário negar-lhes a qualidade de pessoas em sentido jurídico (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Os direitos subjetivos não desaparecem, ainda que o seu titular ignore que eles existam, e não exista em seu titular um querer orientado para o seu exercício (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). Isto é, o titular pode renunciar ao exercício dos seus direitos subjetivos.

Por fim, existem direitos subjetivos cuja renúncia ao exercício não produzem consequências legais (jurídicas), como, por exemplo, o do trabalhador que, acometido por uma enfermidade laboral, requer uma indenização. Mesmo quando renuncia à referida indenização que lhe cabe, tal renúncia não produz consequências jurídicas. Neste caso, a lei visa à proteção do trabalhador independentemente da sua manifestação de vontade (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Após várias objeções à sua teoria dos direitos subjetivos, Windcheid sustentou que por “vontade”, deve-se entender aquela correspondente à do ordenamento jurídico – o que modifica consideravelmente o posicionamento do autor alemão, tendo em vista que a vontade do ordenamento jurídico é diversa da vontade dos indivíduos, isto é, do “querer” em sentido psicológico (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

4.2. JHERING E O UTILITARISMO

Se por um lado Windscheid funcionalizou radicalmente o conceito de direito subjetivo, por outro lado, foi a partir dos escritos de Rudolf Von Jhering (1947) que os direitos subjetivos evoluíram, e superaram sua vinculação a uma autonomia moral da pessoa, isto é, à sua vontade, elemento necessário, porém insuficiente para uma compreensão mais aprofundada acerca dos direitos subjetivos.

Para Jhering, os direitos subjetivos são a arena onde a vontade tem plena liberdade de locomoção, afirmando, assim, a personalidade jurídica da pessoa, mas não só. Parte-se aqui da premissa de que os vocábulos personalidade e capacidade jurídica não são sinônimos, sob pena de não reconhecer a capacidade de direito às crianças e aos portadores de enfermidades mentais. Portanto, os direi-

tos subjetivos da pessoa não estão vinculados somente ao arbítrio do legislador (VON JHERING, 1947).

Superando a perspectiva defendida pelos que o antecederam no âmbito da Jurisprudência dos Conceitos, Jhering sustenta que os direitos subjetivos não existem para realizar a idéia de vontade jurídica abstrata, mas para garantir os interesses da vida e realizar seus fins. É a utilidade, e não a vontade, o elemento essencial dos direitos subjetivos. A vontade humana não é mais do que a força motriz que impulsiona o sujeito a exercer os seus direitos (VON JHERING, 1947).

Assim sendo, além da vontade, há dois elementos constitutivos do direito subjetivo: um substancial, que é o fim prático do direito, isto é, a sua utilidade, ou as vantagens auferidas por seu titular; e o outro, o elemento formal, que é o meio para este fim, os direitos que devem ser (e estar) juridicamente protegidos por meio do exercício do direito de ação no âmbito judicial. Em síntese, os direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos (VON JHERING, 1947).

Os direitos subjetivos existem para assegurar à pessoa um bem da vida. Os direitos subjetivos devem, por fim, ser úteis ao seu titular. A esse bem da vida atrela-se a noção de valor, que é a medida de utilidade do bem da vida, e que estabelece com o sujeito de direitos uma relação voltada à realização de um fim. Os direitos subjetivos valorados podem ter ou não algum interesse para o sujeito dos quais o sujeito é o titular. O interesse que permeia os direitos subjetivos deve ser reconhecido pelo legislador, portanto, exige uma proteção jurídica (VON JHERING, 1947).

Esta proteção à qual Jhering faz menção é a proteção jurídica. Os direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos. Os direitos subjetivos garantem, assim, a segurança jurídica do proveito que o titular do direito pode deles retirar. Jhering resgata o direito de ação do Direito Romano. O direito de ação é o meio do qual se vale o sujeito para concretizar a proteção dos seus direitos subjetivos. Na medida em que o sujeito recorre ao Estado para garantir o exercício dos seus direitos, o Estado está obrigado a prestar a proteção jurídica dos direitos subjetivos, que por ventura sejam vilipendiados por outrem. A ação judicial é assim, a pedra de toque dos direitos subjetivos no âmbito do Direito Civil (VON JHERING, 1947). Onde não há espaço para que o sujeito de direito exerça seu direito de ação, não há proteção jurídica conferida pelo Direito Civil, pois não há, concretamente, interesses que reclamem proteção (VON JHERING, 1947). Enfim, a essência dos direitos subjetivos é o interesse (VON JHERING, 1947).

Embora a teoria de Jhering seja muito bem fundamentada, ela não está livre de críticas, assim como não o estava, a teoria de Windscheid (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). A primeira delas é a seguinte: se a nota atinente ao interesse fosse real-

mente essencial aos direitos subjetivos, estes não existiriam sem aquela. Assim o titular pode ou não reclamar a proteção jurídica conferida pelo ordenamento aos seus interesses (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). Não reclamando a tutela acerca dos seus direitos, eles subsistem (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Jhering reconhece que o legislador não tem condições de prever e garantir todas as espécies de interesses, porém, para manter a coerência de sua teoria, Jhering deveria admitir que o único elemento essencial ao conceito de direito subjetivo é a proteção jurídica, não o protegido ou tutelado, já que o interesse individual não existe, afinal, os conceitos de vontade e interesse são psicológicos. O sujeito só quer aquilo em que tem interesse, e só se tem interesse naquilo que se quer (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). O interesse mede os fins da vontade. A vontade se orienta ao alcance de finalidades numerosas, mas nem todas elas são alcançadas pelo sujeito. Atribui-se a certas finalidades maior valor que a outras, e, por conseguinte, dada a multiplicidade de finalidades a serem alcançadas, é preciso preferir finalidades às quais se pode atribuir maior valor. A medida dessa estimativa é o que se denomina interesse. Logo, trata-se de uma dimensão psicológica variável. Esta dimensão aumenta ou diminui de modo paralelo à valoração que o sujeito realiza acerca dos seus fins (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). É necessário proceder a uma transição do ideal para o real. Isto se dá somente no caso concreto, e não *a priori*.

O interesse é essencialmente subjetivo. A referência aos direitos objetivos é somente uma ficção. Em razão disto, Jhering substituiu o conceito psicológico de interesse por um conceito mais vago e flexível: o de interesse médio (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). Interesses médios são aqueles partilhados em determinada sociedade, e que são orientados à consecução dos mesmos fins (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Ao se admitir os interesses médios, implicitamente, se aceita que o interesse compreendido como realidade psicológica não se dá em todos os casos, necessariamente. Se a proteção jurídica pode se referir às faculdades conferidas pela lei, ao sujeito de direito em determinado momento, pouco importa quem seja o titular dos direitos subjetivos em questão. Entretanto, é necessário sustentar que os direitos subjetivos se compreendem como a proteção de um interesse, certo de que nem sempre haverá interesses a serem protegidos. Assim sendo, tem-se uma ficção jurídica justificada por uma regra geral, isto é, o direito objetivo, que visa a proteger algo que interessa a todos os destinatários da norma (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Se por um lado não podemos compactuar com a compreensão radicalmente funcional dos direitos subjetivos defendida por Windscheid, também não pode-

mos sustentar a compreensão utilitarista de Jhering, acerca dos direitos subjetivos. Uma compreensão personalista no âmbito do Direito Civil acerca desta categoria jurídica é imprescindível.

Considerando os elementos constitutivos da relação jurídica, a saber, sujeito, objeto e vínculo de atributividade, e, notadamente os direitos subjetivos que podem permear referida relação. Sustentamos a partir das obras referenciadas que a preservação patrimonial não é (nem deve ser) o fim do Direito.

O patrimônio deve estar a serviço do sujeito de direito, isto é, da pessoa concreta, que é um elemento constitutivo da relação jurídica. Assim, sua personalidade poderá ser também edificada, e, por conseguinte, sua perspectiva de vida digna fundada numa ponderação racional, reconhecida.

Defendemos, sob a perspectiva personalista do Direito Civil, e com vistas a permitir que o sujeito de direito no caso concreto exerça os seus direitos subjetivos, com dignidade, isto é, sem que seja considerado incapaz em qualquer graduação, que a incapacidade transitória de expressão deve ser suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, e que a incapacidade civil subsista somente nos casos de transtornos mentais de caráter duradouro que excluam a livre determinação da vontade do sujeito, à semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico alemão.

É necessária, portanto, uma concordância prática entre a finalidade dos institutos protetivos do sujeito de direito, como o regime jurídico de incapacidades, e a possibilidade de autodeterminação do sujeito acerca do exercício ou renúncia ao exercício dos seus direitos subjetivos. Logo, existe diferença entre ser incapaz, e estar incapaz. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro não deveria considerá-los verbos aos quais podemos atribuir o mesmo sentido, sob pena de tornarem-se cada vez mais apartados o sujeito e os seus direitos subjetivos.

CONCLUSÃO

A pessoa é um ente abstrato, e o sujeito de direito é a concretização deste ente considerado um elemento estrutural da relação jurídica no caso concreto. São, portanto, termos com sinônimos diversos, mas que se complementam.

É a partir da sistematização do Direito Romano realizada por Savigny, que resulta o desdobramento da capacidade jurídica em sua dupla perspectiva: na capacidade de direito, inerente ao indivíduo humano, e na capacidade de fato, considerada uma aptidão genérica para a aquisição de direitos e obrigações no âmbito do Direito Civil. É, também, a partir da metodologia de Savigny, que podemos concluir ser a capacidade a regra, e a incapacidade, a exceção. Nesta insere-se a incapacidade transitória de expressão da vontade ainda vigente após

a reforma do Regime Jurídico das Incapacidades promovida pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência – Lei 13.146/15.

A incapacidade transitória de expressão permaneceu no texto do Código Civil mesmo com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 de 2015 – o que ocorreu a partir de Março de 2016. Embora os incisos II e III do Artigo 3º tenham sido revogados, alterando o regime de incapacidades em nosso ordenamento, o que houve, na realidade foi apenas uma alteração topográfica, pois a incapacidade transitória de expressão subsiste no Direito Brasileiro, porém está alocada, agora no Artigo 4º, III do Código Civil, e no mesmo dispositivo legal que se ocupa da incapacidade permanente.

A derrogação do Artigo 3º do Código Civil, e o rearranjo promovido pelo legislador muito pouco contribuiu para solucionar o problema dos *lúcida inter-valla*. O verbo ser presente nos comandos legais empregados pelo legislador foi muito infeliz, pois cessada a incapacidade transitória, o impedido de expressar sua vontade, não existindo outra causa anterior ou superveniente de incapacidade, recuperará os seus poderes de exercício.

No que se refere à incapacidade transitória de expressão, vimos que no Direito Alemão, a formação da vontade (*Willensbildung*) não é livre, se não estiver embasada na ponderação racional. No contexto do ordenamento jurídico alemão, pode bastar a influência exercida por terceiros, desde que implique a exclusão da liberdade de formação da vontade (*Freiheit der Willensbildung*). O ponto de partida do BGB está intríngueco na vontade, enquanto o do Código Civil Brasileiro pode estar na vontade, mas não necessariamente. As hipóteses são convergentes no que se refere à insubstância da vontade. No Direito Alemão, sendo transitória, a insubstância torna nula a declaração, mas não incapaz o sujeito. No Direito Brasileiro, mesmo transitória, a simples impossibilidade de expressão torna o sujeito incapaz, ainda que subsista íntegra a vontade.

Quanto aos efeitos práticos, deveriam ser coincidentes, pois compreendido o fenômeno em sua incidência punctual tanto faz ser nula a declaração do sujeito capaz, quanto ser incapaz o sujeito emitente. Em ambos os casos, a declaração não vale. Entretanto, a coincidência só pode sustentar-se, e, de fato se sustenta, à condição de incapacidade por causa momentânea do direito brasileiro, ser ela, também, momentânea. E realmente é. No Direito Brasileiro, pode-se ser incapaz, ou estar-se incapaz.

O Código Civil de 2002 manteve submetidos à curatela, nos termos do Artigo 1767, I, aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade. Seria mais adequado, como constatamos que o legislador brasileiro suprimisse a incapacidade transitória do ordenamento jurídico.

Faltou ao Código Civil Brasileiro a coerência do BGB, que de um lado não inclui entre os casos de incapacidade a limitação transitória, afastando-a expressamente, mas regulamenta a assistência da orientação (*Betreuung*) para os capazes que estejam impedidos de zelar por seus interesses, sem distinguir se o impedimento é resultante de uma enfermidade psíquica (*psychsche Krankeit*) ou de uma restrição física (*körperliche Behinderung*), mental (*geistige Behinderung*) ou emocional (*seelische Behinderung*), desconsiderado sempre o seu caráter permanente ou transitório (§1896).

A incapacidade transitória está determinada pela sua duração, e advém de causas supervenientes. Tão logo apareça o impedimento, e tão logo cesse, a incapacidade transitória estará ou não instalada. Há, assim, um paradoxo. Por muito transitório que seja, não se trataria de um lapso fugaz (*vorübergehend*), idéia que serve à solução do BGB. Nele atenção é centrada na declaração, um ato instantâneo, e não no agente. Exigido um *estado* de impossibilidade e não uma ocorrência fugidia do impedimento, a problemática atinente ao início e ao fim da incapacidade transitória de expressão só é possível se lida assim como a usucapião, e a união estável, numa perspectiva *ex post facto*.

Se por um lado não podemos compactuar com a compreensão radicalmente funcional dos direitos subjetivos defendida por Windscheid, também não podemos sustentar a compreensão utilitarista de Jhering, acerca dos direitos subjetivos. Uma compreensão personalista no âmbito do Direito Civil acerca desta categoria jurídica é imprescindível.

Considerando os elementos constitutivos da relação jurídica, a saber, sujeito, objeto e vínculo de atributividade, e, notadamente os direitos subjetivos que podem permear referida relação, sustentamos a partir das obras referenciadas que a preservação patrimonial não é (nem deve ser) o fim do Direito.

O patrimônio deve estar a serviço do sujeito de direito, isto é, da pessoa concreta, que é um elemento constitutivo da relação jurídica, ainda que transitoriamente esteja incapaz de exprimir sua vontade. Assim, sua personalidade poderá ser também edificada, e, por conseguinte, sua perspectiva de vida digna fundada numa ponderação racional, reconhecida.

Defendemos, sob a perspectiva personalista do Direito Civil, e com vistas a permitir que o sujeito de direito no caso concreto exerça os seus direitos subjetivos, com dignidade, isto é, sem que seja considerado incapaz em qualquer graduação, que a incapacidade transitória de expressão deve ser suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, e que a incapacidade civil subsista somente nos casos de transtornos mentais de caráter duradouro que excluam a livre determinação da vontade do sujeito, à semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico alemão.

É necessária uma concordância prática entre a finalidade dos institutos protetivos do sujeito de direito, como o regime jurídico de incapacidades, e a possibilidade de autodeterminação do sujeito acerca do exercício ou renúncia ao exercício dos seus direitos subjetivos, cessada a situação transitória que gerou sua incapacidade de expressão da vontade. Portanto, existe diferença entre *ser* incapaz e *estar* incapaz. O ordenamento jurídico brasileiro não deve considerá-los verbos aos quais podemos atribuir o mesmo sentido, sob pena de tornarem-se cada vez mais apartados o sujeito e os seus direitos subjetivos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Vademecum compacto*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DEUCHLAND. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 69. Aufl. München: Beck, 2012.
- EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte, 2005.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 62. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2010.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodología da ciéncia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- SAVIGNY, Carl Freidrich Von. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Editorial Comares, 2005.
- VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TAVEIRA TÔRRES, Heleno; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Túlio Ascarielli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 355-368.
- VON JHERING, Rudolf. *El spíritu del derecho romano*. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930. v. I.

CAPITALISMO E DEMOCRACIA: DA CRISE ECONÔMICA DE 2008 À CRISE DE LEGITIMAÇÃO POLÍTICA*

CAPITALISM AND DEMOCRACY: DEMOCRACY'S CRISIS AS A CONSEQUENCE OF THE ECONOMIC CRISIS OF 2008

Felipe Chiarello de Souza Pinto

Possui mestrado e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi Diretor da Faculdade de Direito e atualmente é Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico, membro da Academia Mackenzista de Letras, Coordenador Adjunto de Programas Acadêmicos da Área de Direito da CAPES-MEC e Bolsista de Produtividade 2 do CNPq.

Giovanna Nony Failache da Silva

Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

Orlando Villas Bôas Filho

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduação e Licenciatura Plena em História pela Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduação em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito e Doutorado em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado na *Université de Paris X – Nanterre*, França. Pós-Doutorado na *École Normale Supérieure* de Paris, França.

Submetido em: 09/02/2020

Aprovado em: 20/02/2020

*O presente artigo deriva do texto apresentado por ocasião do exame de qualificação realizado por Giovanna Nony Failache da Silva no Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Em virtude das sugestões realizadas pelos Professores Felipe Chiarello de Souza Pinto e Orlando Villas Bôas Filho, incorporadas ao texto, estes também passaram a figurar como coautores do presente artigo.

Resumo: A relação entre capitalismo e democracia sempre foi objeto de muitos estudos e debates. Neste artigo, busca-se analisar de que forma a chamada “crise da democracia” teria sido consequência da crise econômica de 2008 que se estende até os dias atuais. Far-se-á uma breve análise acerca dos confrontos entre estes dois conceitos, de forma a analisar a compatibilidade entre esses, especialmente em atenção às suas naturezas; verificando, ainda, de que forma os contextos histórico-políticos foram fundamentais para a construção de um sistema político capaz de abranger ambos e conciliá-los. Em seguida, serão analisadas as crises econômicas desde 1973, a fim de se construir o cenário econômico que ensejou a crise de 2008, sob o enfoque dos ensinamentos de Wolfgang Streeck sobre o assunto. Por fim, será analisada a crise de legitimidade política, que seria a principal causa do enfraquecimento das democracias e da crise política atual, a partir de sua relação com a crise econômica de 2008 e com as consequentes políticas adotadas pelos Estados, em suas tentativas de recuperação e superação dessa. Para tanto, serão analisadas fontes bibliográficas, textos acadêmicos, bem como os recentes debates acerca do cenário político e econômico mundial.

Palavras-chave: capitalismo; democracia; economia; política; crises.

Abstract: The relationship between capitalism and democracy has always been the subject of much study and debate. In this article, we seek to analyze how the so-called “democracy crisis” would have been a consequence of the 2008 economic crisis that extends to the present day. A brief analysis will be made about the confrontations between these two concepts, in order to analyze the compatibility between them, especially in view of their nature; also verifying how the historical-political contexts were fundamental for the construction of a political system capable of embracing both and conciliating them. Then, the economic crises will be analyzed since 1973, in order to build the economic scenario that gave rise to the 2008 crisis, focusing on the teachings of Wolfgang Streeck on the subject. Finally, the crisis of political legitimacy, which would be the main cause of the weakening of democracies and the current political crisis, will be analyzed, based on its relationship with the economic crisis of 2008 and the consequent policies adopted by States in their attempts to recovery and overcome these crises. To this end, bibliographic sources, academic texts, as well as recent debates on the world political and economic scenario will be analyzed.

Keywords: capitalism; democracy; economy; politics; crisis.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Capitalismo e Democracia. 2. Crise econômica de 2008 e seus reflexos no cenário político-econômico. 3. Crise de legitimação política. Conclusão.

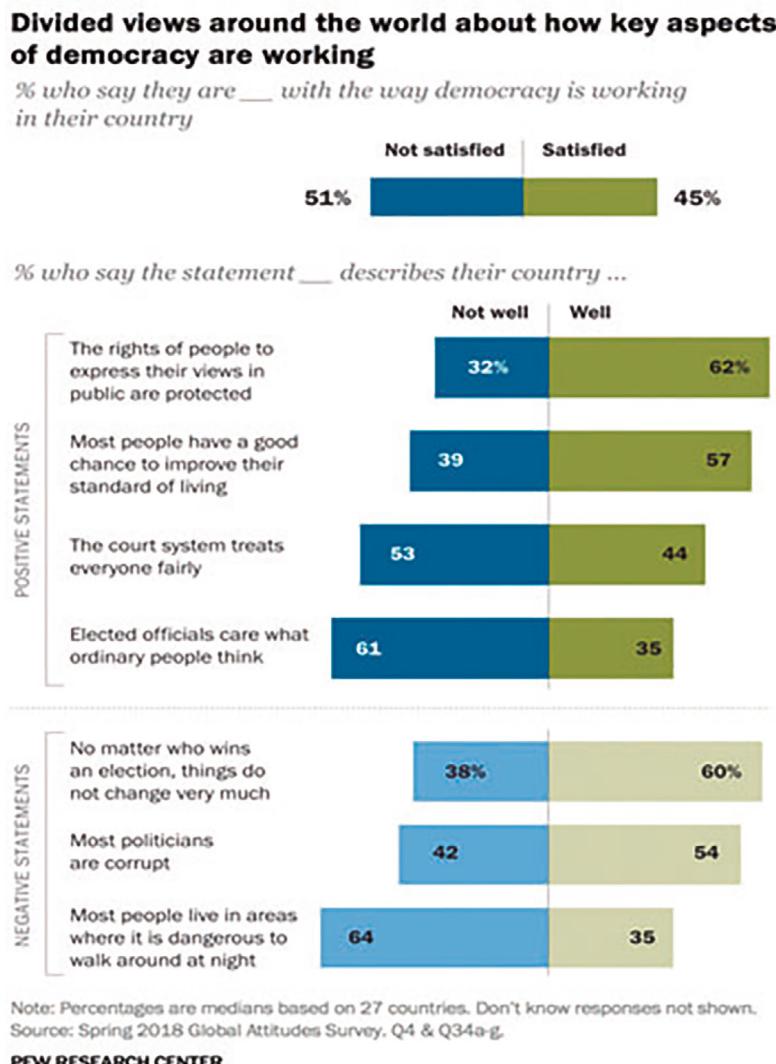
INTRODUÇÃO

Muito se debate acerca da “Crise da Democracia”. Esse fenômeno, que estaria acontecendo em todo o mundo, expressa no descontentamento com o funcionamento dessa forma de governo e o crescimento do radicalismo político. O centro de pesquisa PEW realizou uma ampla pesquisa sobre o descontentamento das pessoas com o funcionamento da democracia, em 27 países, demonstrando que uma média de 51% da população está insatisfeita com o desempenho dessa em seus países (CASTILLO et al., 2019).

Essa pesquisa revelou, ainda, que esse descontentamento está relacionado, principalmente, com preocupações sobre economia, direitos individuais e com as elites “fora de alcance”. As principais áreas de frustração pública seriam as

seguintes: (i) a ideia de que as eleições não fazem muita diferença para o cenário político-social do país; (ii) o sentimento de que os políticos são corruptos e distantes da população e (iii) de que o sistema judiciário não trataria a todos de maneira “justa”.

Quadro 1- Pesquisa acerca dos níveis de satisfação em relação à democracia



Fonte: PEW RESEARCH CENTER (2019)

Considera-se que o principal fundamento da crise democrática consistiriam na chamada “crise de legitimização”, ou seja, no afastamento da sociedade relativamente ao Estado, de forma que teria se instalado um sentimento de desconfiança

por parte do povo em relação ao Governo. Isso porque haveria uma avaliação crescente de que as políticas adotadas pelo Estado estariam se distanciando progressivamente dos interesses populares e direcionando-se aos de um grupo seletivo de pessoas, muitas vezes pertencentes à elite financeira, social e política dos diversos países.

A esse primeiro aspecto, adicionam-se o impacto da globalização e o chamado “sistema em rede”, no qual cada país formaria uma espécie de “nó” dentro de uma grande rede econômica. Isso ofereceria uma pressão internacional para que os diversos Estados Nacionais seguissem um itinerário pré-determinado por esse grande grupo de países hegemônicos, em conexão com o mercado mundial.

As pressões externas são passíveis de melhor visualização, por exemplo, no contexto da União Europeia, na qual foi imposta a adoção de um sistema de austeridade em detrimento das políticas sociais dos países membros, com o fim de recuperar a economia do grupo econômico, gravemente enfraquecida após a crise financeira de 2008, e que acabou reverberando no chamado “Brexit”, depois de uma votação popular nesse sentido.

Ora, constata-se que os Estados-nação, diante desse cenário globalizado e interconectado, têm perdido sua soberania e autonomia (FARIA, 2002 e 2011). Como decorrência, para manterem-se nesse sistema de rede, começam progressivamente a priorizar os interesses internacionais em detrimento dos nacionais, do povo que não só os legitima, a partir da ótica democrática, como os sustenta, a partir dos inúmeros impostos pagos.

A esse cenário acrescenta-se o interesse das grandes empresas, que sozinhas são capazes de ditar a ordem do mercado internacional. As grandes instituições financeiras, por exemplo, detêm um poder extremamente expressivo sobre as economias dos Estados Nacionais e sobre a própria dinâmica de circulação do capital em escala global, sendo capazes de instaurar uma nova crise econômica e exercer grande influência nos mercados econômicos (HABERMAS, 2001).

Atualmente, a política do “*state aid*”, que seria o apoio do Estado às empresas, tem ganhado muito destaque, exatamente por reconhecer a importância das empresas para o crescimento econômico dos países e para a geração de empregos. Entretanto, o que se critica é o abandono das políticas sociais para a proteção ilimitada de interesses empresariais. Como exemplo, destacam-se as questões tributárias, já que constantemente as empresas são isentas dessa cobrança, sob o pretexto de incentivo, mas que na verdade acaba ocorrendo um deslocamento dos custos do Estado, que deveriam estar sendo pagos também por essas, para o bolso da população, que não recebe o apoio estatal que deveria ter, em contrapartida.

A realidade é que a ausência de políticas sociais, como educação, saúde, transporte etc., impacta diretamente as classes mais vulneráveis, aquelas que realmente precisam do Estado para sua sobrevivência e para serem capazes de existir com dignidade no cenário político, social e econômico atual. Assim, as classes capazes de sustentar seus custos por si mesmas, incomodam-se com os custos desse sistema básico de serviço, principalmente diante do crescente sentimento de individualismo capitalista e das crescentes desconfianças em relação ao Estado.

E, não sem razão, essa confiança em relação ao Estado está estremecida, os escândalos de corrupção levantam uma dúvida legítima em relação ao dinheiro público, entregue nas mãos dos governantes do país, que estão constantemente envolvidos em esquemas corruptos de desvio e lavagem de dinheiro e encontram na carreira política uma forma de enriquecer ilicitamente.

Ora, apesar de aparentemente óbvia a relação entre economia, política e sociedade, ainda há uma certa confusão acerca da interdependência entre eles e da essencialidade de políticas públicas capazes de conciliá-los; dito isso, é importante conceber que “pensar os movimentos econômicos necessariamente nos leva a fazer escolhas de valores sociais de desenvolvimento enquanto sociedade, parâmetros elegidos pela Constituição, como plano central para a construção de uma sociedade mais inclusiva, justa e solidária” (PINTO; LANNES; MIRANDA, 2019, p.132).

Portanto, este artigo busca aprofundar a análise acerca da relação entre capitalismo e democracia, especialmente que que tange às crises econômicas, mais especificamente a de 2008, e sua conexão com as chamadas “crises democráticas” da atualidade. Deste modo, ainda que não seja a sua intenção abordar a complexidade desses dois construtos conceituais, o artigo pretende enfocar, ainda que introdutoriamente, a relação complexa entre esses capitalismo e democracia, entendidos como dois fenômenos histórico-políticos.¹

1. CAPITALISMO E DEMOCRACIA

A relação entre capitalismo e democracia sempre foi objeto de muitos estudos e debates, especialmente com o objetivo de associar dois conceitos que seriam naturalmente opostos, a fim de sustentar um sistema político e legitimá-lo.² Na realidade, as diversas crises ocorridas ao longo da história expõem exatamente o oposto: o confronto inevitável desses, de tempos em tempos.

¹ Para uma análise do conceito de democracia, ver, por exemplo: VILLAS BÓAS FILHO (2013).

² Para uma excelente síntese das teorias das formas de governo, ver: BOBBIO (1994).

Sabe-se que principalmente sob o contexto da Guerra Fria, na qual os Estados Unidos e a União Soviética disputavam a hegemonia mundial, cada qual defendendo um sistema político-econômico distinto – Capitalismo e Socialismo, respectivamente – surgiram diversas teorias sobre a relação de cada um desses sistemas com a democracia; discutia-se, inclusive, a imprescindibilidade dessa para com um ou outro (STREECK, 2018, p. 103).

Os que defendiam o socialismo, tinham o receio de que os donos de capital afastassem o poder do povo, da grande maioria, para que essa não interferisse nas leis de mercado e nas suas economias, configurando-se, assim, um governo autoritário oligárquico. Por outro lado, os defensores do capitalismo, sustentavam que o socialismo retiraria a liberdade dos indivíduos, receavam ser expopriados por um governo de maioria eleito democraticamente, um governo dos trabalhadores, temiam uma “ditadura do proletariado”.

De maneira geral, todos defendiam a democracia, pretendendo atrelá-la ao seu sistema político-econômico. Provavelmente isso se dava por ser a democracia considerada por muitos como a melhor forma de governo, a mais desejável que qualquer alternativa viável a ela, como dispôs Robert Dahl, em seu livro “Sobre a democracia”, ao expor as vantagens dessa, que seriam:

A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos;
A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar);

A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável;

A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas. Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação - ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha;

Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral;

A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável;

Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política;

As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras;

Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos (DAHL, 2001, p. 73-74).

A realidade é que o capitalismo precisa do Estado como garantidor de um cenário estável e permissível ao seu desenvolvimento, a divisão entre Estado e sociedade civil é essencial para aquele. Nesse sentido, o Estado precisa estar sempre a postos para estabelecer formas de organização e proteção de pressupostos básicos do capitalismo. O capitalismo é baseado numa ideia de universalidade, na ideia de que só se pode pensar numa regulação das condutas humanas a partir de uma racionalidade que seja universal.

O Estado deve ter a capacidade de transformar o contexto e torná-lo “habitável” para o capitalismo, numa espécie de “terra-formação”, porque o mercado precisa ser criado politicamente, ele não surge naturalmente. E o mercado precisa de norma. Diante da ausência desses pressupostos da criação do mercado, não há direito. Tem-se, portanto, o Estado com o poder centralizado, produtor de norma jurídica³.

Outrossim, o capitalismo é uma forma de reprodução da vida econômica, que tem o conflito em seu núcleo, o que pode inclusive levar à sua dissolução, e mais uma vez ele precisa do Estado para garantir a superação dessa possível implosão. Sonia Fleury explica que “a crise é o estado natural do capitalismo, sendo os anos de ouro do capitalismo democrático, do pós-guerra até as décadas de 1960 e 1970, uma conjunção rara entre crescimento econômico e distribuição” (2018, p. 114).

Logo, é possível concluir a relação de essencialidade entre Estado e Capitalismo, mas e entre Capitalismo e Democracia?

A questão central do conflito entre democracia e capitalismo se encontra no pressuposto de que aquela seria feita pela “maioria”⁴, logo, pelo conjunto de todas as classes que compõem a sociedade. Nesse sentido, sendo a classe assalariada mais representativa em questão de quantidade, os chamados “donos do capital” temeriam essa usurpação do poder do Estado por esse grupo e a instituição de políticas contrárias aos ideais capitalistas de lucro, como, por exemplo, uma grande oferta de políticas sociais.

Por outro lado, o capitalismo precisava da participação da classe assalariada nesse “jogo” político-econômico, a fim de que seja construído um mercado no

³Sobre a gênese e as funções do Estado, ver, entre outros: BOURDIEU (2014).

⁴Em uma breve digressão acerca da concepção de maioria no contexto da democracia, destaca-se Pierre Rosanvallon, ao explicar que “se os indivíduos são livres e iguais por natureza, nenhum deveria estar numa posição de dominação perante os outros, e o poder legítimo só poderia surgir da unidade das vontades individuais” (ROSANVALLON, 2011, p. 24). Entretanto, seria extremamente complicado e até mesmo impossível obter-se sempre uma unanimidade, assim, Sieyès resolveu o problema ao recorrer para a ficção de que a maioria seria equivalente à unanimidade (SIÈYES apud ROSANVALLON, 2011, p. 24).

qual aquele possa se desenvolver. Um dos maiores exemplos disso foi a abolição da escravatura, que encontrou no interesse econômico global de ampliação do mercado consumidor uma de suas causas determinantes. Ou seja, não surgiu apenas de um sentimento internacional de proteção ao indivíduo e reconhecimento de sua unicidade, mas como uma estratégia econômica de fomentação e expansão da economia global.

Desse contexto nasce o debate sobre a chamada “justiça social” e a “justiça de mercado”. Do ponto de vista formal do mercado, a justiça social seria de natureza material, não formal e por isso, irracional, imprevisível e arbitrária. Logo, políticas ensejadas por essa provocariam apenas turbulências no funcionamento do mercado, contaminando seus resultados, minando o princípio do desempenho e sendo, em geral, alheias à economia. Assim, buscou-se instituir a ideia de que a justiça social seria “política”, contaminada e corrupta, enquanto a justiça de mercado seria impessoal, pautada em princípios universalistas e, portanto, mais “confiável” e neutra do que a política social, que estaria sempre favorecendo um determinado grupo de interesses (STREECK, 2018, pp. 105-108).

Dessa forma, os grupos econômicos detentores do capital conseguiram desvirtuar as políticas sociais, sob o pretexto de que essas seriam “políticas” – no sentido de derivadas de interesses passíveis de corrupção e determinados-, e sustentar que a justiça de mercado e suas ações seriam “puras” e racionais, de forma que deveriam ser aplicadas em detrimento daquelas, sob um falso pretexto de assim ser assegurada a universalidade.

Streeck explica que a “assimetria fundamental da economia política capitalista consiste no fato de as reivindicações de remuneração do “capital” serem consideradas condições empíricas de funcionamento de todo o sistema, enquanto as correspondentes reivindicações do “trabalho” são tidas como fatores de perturbação” (STREECK, 2018, p. 107).

Entretanto, conforme leciona o autor, mesmo para os interesses capitalistas, a justiça social é importante, pois ela seria responsável pelo reequilíbrio entre relações cada vez mais distantes dentro de uma mesma sociedade:

(...) do ponto de vista da justiça social, a ‘luta de classes democrática’ representa uma correção imprescindível a um sistema que se baseia em contratos desiguais entre dependentes do salário e dependentes do lucro e que, por isso, produz permanentemente vantagens cumulativas (...). Para a prática capitalista, as correções do mercado segundo as concepções políticas de justiça são perturbadoras, mas têm de ser toleradas como inevitáveis enquanto existir a possibilidade de os perdedores natos do mercado se recusarem a continuar no jogo: sem perdedores, não

há vencedores; sem perdedores permanente, não há vencedores permanentes (g.n.) (STREECK, 2018, p. 106).

Em outras palavras, as políticas do Estado, que redistribuem as riquezas de maneira a reestabelecer o equilíbrio - perdido pela dinâmica capitalista de crescente segregação econômica e exploração entre classes - e que teriam um caráter mais democrático, por visarem atender a sociedade como um todo e torná-la mais igualitária, funcionam conjuntamente com o capitalismo por permitirem que os “jogadores” se mantenham no jogo e continuem participando do mesmo.

Nota-se, portanto, que existem diversas contradições, especialmente em relação aos interesses que deveriam ser perseguidos, entre capitalismo e democracia. Porém, constata-se que foi criado um sistema capaz, pelo menos até então, de tolerar ambos, numa espécie de “cabo de guerra”, no qual a corda é o Estado, que intermedia esses dois componentes, fazendo concessões para um lado ou outro, a depender da potencialização dos ânimos dos principais interessados.

Contudo, o acirramento das crises políticas, econômicas e sociais começa a levantar uma nova leva de questionamentos acerca do funcionamento desse sistema; Sonia Fleury (2018, p.114) ressalta que tanto Streeck (2018) como Habermas (2001), apontam as contradições e desequilíbrios nas relações entre Estado, mercado e cidadania como um fator de aprofundamento das crises tanto da democracia como do capitalismo. Nesse sentido, será analisada, a seguir, a crise econômica de 2008, e seus reflexos no cenário político-econômico, bem como a crise de legitimação política, inclusive os recentes debates sobre a queda da democracia liberal.

2. CRISE ECONÔMICA DE 2008 E SEUS REFLEXOS NO CENÁRIO POLÍTICO-ECONÔMICO

Para se entender a crise econômica de 2008, faz-se necessária uma breve digressão, ainda que lacunar e introdutória, acerca da formação do cenário econômico da época, inclusive em relação ao surgimento do chamado “sistema de Rede” e ao que se convencionou denominar “capitalismo financeiro global”⁵.

Em seu livro “Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático”, Wolfgang Streeck dispõe que a crise de 2008 seria na realidade mais um episódio de uma sequência de crises político-econômicas, cujo início teria se dado em 1970, com o abandono do compromisso político-social firmado no pós-guerra e início do neoliberalismo.

⁵ Não se desconsidera aqui a complexidade dessa questão. A análise desenvolvida a seguir visa apenas exprimir, em seus traços mais gerais, os reflexos da crise econômica de 2008 no cenário político-econômico.

No pós-guerra, viveu-se o que se pode denominar de “capitalismo social” ou “capitalismo de Estado”, no qual se tinha um Estado de bem-estar em expansão, com ampla negociação coletiva por parte dos sindicatos e a garantia política do pleno emprego. Entretanto, essa estrutura não pôde se sustentar por muito tempo, entrando em crise em 1970, quando as taxas de inflação alcançaram níveis insustentáveis.

Isso porque a inflação, conforme exposto por Wolfgang Streeck, “pode ser descrita como um reflexo monetário do conflito distributivo entre uma classe trabalhadora que demanda garantia de emprego, bem como uma maior participação na renda nacional, e uma classe capitalista que busca maximizar o retorno sobre o seu capital” (STREECK, 2012, p.41). Ou seja, os preços aumentavam para que o pleno emprego e as exigências dos sindicatos fossem garantidos o que levou ao aumento exponencial da inflação e à queda do crescimento econômico.

Logo, houve uma ruptura desse sistema por conta da falta de legitimação do Estado para com o capital, cujos detentores sentiam-se prejudicados por terem de assumir responsabilidades sociais que diminuíam consideravelmente o seu lucro e por terem uma regulação tão incidente e “sufocante” por parte do Estado: “ao se transformar em problemas de acumulação, os problemas de legitimação do capitalismo democrático perante o capital exigiram como condição para sua solução que a economia capitalista se libertasse cada vez mais da intervenção democrática” (STREECK, 2018, p. 54).

Diante desse cenário, os donos do capital uniram-se a fim de iniciar uma nova fase da economia, com a desregulamentação do Estado, a liberalização econômica e a evasão do capital às regulações sociais que lhe foram impostas após 1945, dando início assim ao chamado neoliberalismo. Então, a partir de 1970, conforme exposto por Fleury:

(...) cresceu a oposição entre o ‘povo do mercado’ e o ‘povo do Estado’, estes últimos, os cidadãos que dependem das políticas públicas distributivas ameaçadas com o possível fim do WS [welfare-state]. Políticas inflacionárias, aumento do débito privado e público, políticas de austeridade e de liberação financeira foram implementadas diante dos ciclos de crise econômica que se tornaram mais rápidos. Os Estados, que antes eram arrecadadores, transformaram-se em grandes devedores (FLEURY, 2018, p. 114).

Para conter a inflação, os governos foram obrigados a restituir a disciplina monetária, com a elevação das taxas de juros, o que, por sua vez, levou a uma onda de desempregos e declínio da sindicalização – esse último por conta dos diversos “ataques” aos sindicatos, pelos governos e empregadores. Inclusive,

foram criados diversos direitos sociais nos anos 70 para que houvesse maior moderação por parte dos sindicatos em suas negociações salariais.

O problema ressurge quando a dívida pública começa a aumentar em 1980, pois a política monetária restritiva adotada gerou muitos desempregos e uma rápida desindustrialização, levando a uma necessária estagnação valorativa das contribuições tributárias, enfraquecimento das moedas correntes e aumento de gastos do Estado com assistência social e direitos sociais – anteriormente utilizados como moeda de troca nas negociações sindicais. Isso levou os Estados a tomarem empréstimos em proporções crescentes para garantir tanto os direitos sociais, como atender às exigências concorrentes para que a renda continuasse refletindo o juízo do mercado, contribuindo assim para a maximização do uso lucrativo dos recursos produtivos (STREECK, 2012, p. 45). Como disposto pelo autor, “com a inflação não mais disponível para estreitar a lacuna entre as demandas dos cidadãos e as dos ‘mercados’, o ônus de assegurar a paz social recaiu sobre o Estado” (2012, p. 44).

Os Estados iniciaram então um processo de redução dos gastos públicos, a partir da adoção de políticas de austeridade que envolviam cortes incisivos, inclusive nas políticas sociais, e tentativas de consolidação fiscal. Entretanto, para que não houvesse uma grande crise social e completo abandono dos cidadãos, que se encontravam cada vez mais num cenário de profunda desigualdade social e econômica, foram abertas enormes redes de crédito, num sistema de endividamento extremamente generoso e numa verdadeira febre especulativa dos anos 1990/2000.

Chega-se, finalmente, à crise de 2008, objeto central deste artigo, quando houve a queda da pirâmide creditícia internacional, com a falência do banco americano Lehman Brothers, um dos maiores do mundo, após uma grave crise de liquidez no mercado imobiliário, consequente da gigantesca liberalização financeira da década anterior. Streeck explica que:

Com o sistema financeiro global prestes a se desintegrar, os Estados-nação buscaram restituir a confiança econômica socializando os créditos podres emitidos como forma de compensar a consolidação fiscal. (...) Os Estados, mais ou menos voluntariamente, assumiram a responsabilidade por uma significativa parcela da nova dívida originalmente gerada no setor privados, de modo a tranquilizar os credores privados.

Para escusar o capitalismo das crises decorrentes das implementações neoliberais, e a partir da teoria da “common pool”, sugeriu-se que o crescimento do endividamento das democracias ocidentais seria resultado da pressão democrática sobre partidos e governos: sob a perspectiva de que um recurso, que não é

propriedade privada de ninguém e ao qual todos os membros de uma comunidade têm livre acesso, está fadado ao esgotamento, as finanças públicas seriam vistas como o “bem comum”, e a democracia, como licença para os cidadãos a explorarem livremente (STREECK, 2018, p. 96).

Entretanto, Wolfgang Streeck revela que “os estudos quantitativos que encontraram relação positiva entre a dimensão do setor financeiro de um país e a extensão do novo endividamento depois da crise mostram que o agravamento da crise fiscal após 2008 não se deve à demasiada democracia, mas à crise financeira”. (STREECK, 2018, p. 97).

Nesse sentido, Manuel Castells explica que a crise de 2008 teria sido, na realidade:

a crise de um modelo de capitalismo, o capitalismo financeiro global, baseado na interdependência dos mercados mundiais e na utilização de tecnologia digital para o desenvolvimento de capital virtual especulativo que impôs sua dinâmica de criação artificial de valor à capacidade produtiva da economia de bens e serviços. De fato, **a espiral especulativa fez colapsar uma parte substancial do sistema financeiro e esteve prestes a gerar uma catástrofe sem precedentes. À beira do precipício, os governos, com nosso dinheiro, salvaram o capitalismo** (g.n.). (CASTELLS, 2018, p. 20).

Logo, partir-se-á da concepção de que a crise econômica de 2008 não se deu em razão das chamadas “demandas democráticas”, conforme tentou-se construir a partir da teoria da “common pool”, mas sim em decorrência da “espiral especulativa” que gerou um contexto de iminência de colapso do sistema capitalista, salvo pelos Estados, que atendendo a uma política internacional de proteção de credores, internacionalizaram as dívidas, numa espécie de endividamento por diplomacia financeira.

Ocorre que, mesmo com a assunção dessa dívida gigantesca pelos Estados, houve um potencial crescimento da desconfiança sobre os “mercados financeiros” de que os próprios governos não seriam capazes de arcar com essa expansão de suas dívidas externas, o que fez com que os credores começassem a exigir “um retorno ao equilíbrio monetário por meio de medidas de austeridade fiscal, buscando assegurar-se de que seus investimentos na dívida pública, enormemente ampliados, não seriam perdidos” (STREECK, 2012, p. 50).

Assim, as políticas de austeridade adotadas pelos Estados e de certa forma impostas pelo mercado internacional, desagradaram a população e atingiram diretamente as políticas públicas e os direitos sociais que já haviam sido tidos como adquiridos, fazendo com que os Estados entrassem em confronto exata-

mente com suas obrigações: como componentes desse sistema interdependente econômico-político global e as chamadas “dívidas públicas”; e como representantes de seus cidadãos.

Aqui, portanto, já é possível observar reflexos do cenário econômico no âmbito político e principalmente na ordem democrática, em relação ao distanciamento das políticas do Estado no tocante às expectativas de seus cidadãos. A seguir será analisada, de maneira mais incidente, a chamada “crise de democracia” e sua relação com esse cenário construído a partir das crises econômicas, mais especialmente a de 2008.

3. CRISE DE LEGITIMAÇÃO POLÍTICA

A crise de legitimidade política pode ser compreendida como o afastamento entre a sociedade e o Estado, o que, no contexto democrático representativo eleitoral, revela um afastamento entre os representantes e os representados, gerando um sentimento de desconfiança na população em relação à política e ao governo.

Para os fins deste capítulo, partindo-se para uma análise mais sintética dos fundamentos que estruturariam essa crise política, quais sejam (i) a incapacidade do Estado em atender às expectativas e interesses da sociedade e (ii) a perda da confiança essencial entre representantes e representados; será analisado especialmente de que maneira a crise econômica de 2008 contribuiu para esse cenário.

Sobre isso, Castells (2018, p. 20) salienta que “na raiz da crise de legitimidade política está a crise financeira, transformada em crise econômica e do emprego, que explodiu nos Estados Unidos e na Europa no outono de 2008.” Ele expõe ainda como o cenário financeiro repercutiu na crise de legitimidade política, transformada em crise social, na Espanha:

No contexto de uma crise econômica que mergulhou no desemprego a maioria dos jovens, a denúncia sobre a **prioridade dada pelos governos à defesa das instituições financeiras, em detrimento das condições de vida das pessoas**, repercutiu profundamente na mente dos cidadãos e suscitou protestos e reivindicações em múltiplos âmbitos (CASTELLS, 2018, p. 101) (g.n.).

O fenômeno da globalização incitou novas formas de se fazer negócios e novas dinâmicas de mercado; o encurtamento das distâncias pelo desenvolvimento da tecnologia ensejou na formação de grupos econômicos e acordos internacionais de mercado. Essa relação internacional econômica entre os Estados, de maneira muito superficial, em respeito até mesmo aos limites deste artigo,

ensejou a criação do chamado “sistema de rede” e o fortalecimento do capitalismo financeiro global.

Orlando Villas Bôas Filho, em seus estudos sobre o conceito de Governança Global, baseando-se principalmente nos textos de André-Jean Arnaud,⁶ delimita a nova dinâmica desse cenário de negócios internacionais, no qual os Estados estariam cada vez mais dependentes da economia mundial e submissos às regras dessa:

A governança global teria sido concebida, em seu conjunto, como a gestão dos negócios mundiais no nível das organizações e das agências internacionais. Nesse sentido, o funcionamento de tais instituições (egressas de *Bretton Woods*) consistiria essencialmente no enquadramento da atividade soberana dos Estados pelos regimes multilaterais de governança, a partir dos princípios componentes do que se convencionou designar “Consenso de Washington”: disciplina fiscal; abertura comercial; estímulo a investimentos estrangeiros; privatização de empresas públicas; desregulação e respeito ao direito de propriedade. Tais princípios, oficialmente assumidos pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional, foram convertidos em imperativos administrativos que deveriam nortear as políticas dos países (especialmente os endividados) em nome do que se convencionou designar de *good governance*, noção, aliás, que se tornou fundamental no âmbito da governança global, na medida em que assumiu o papel de um paradigma de referência para a avaliação das economias dos países por parte das autoridades financeiras internacionais (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 155).

Esse cenário de governança internacional expõe a deslegitimação da soberania nacional – pressuposto central da democracia nacional, já que são as instituições internacionais que determinam as políticas econômicas, e até sociais, que devem ser adotadas pelos Estados, sob o respaldo de uma então chamada “diplomacia”. Nesse sentido, Streeck dispõe que a soberania:

É deslegitimada como oportunidade para fazer dívidas à custa de outros países, muitas vezes com a aprovação dos povos dos Estados obrigados à cobertura comunitarizada das dívidas, e abolida em prol das agências de disciplina, surdas à democracia – não só nos Estados sobre-endividados, mas, em geral, invocando-se valores como a solidariedade internacional e a superação pacífica do nacionalismo, por meio da integração supranacional. (2018, p. 139)

Assim, conforme exposto anteriormente, os Estados-nação assumiram as dívidas concebidos *a priori* pelo setor privado, o fazendo para garantir os credo-

⁶Ver, a respeito: VILLAS BÔAS FILHO (2018 e 2019).

res de um futuro adimplemento e assumindo políticas de austeridade com o fim de demonstrar uma capacidade de reequilíbrio monetário. O problema foi que ao fazer isso, houve um descontentamento por parte da população, que não se sentir responsável por essas dívidas e sentia-se prejudicada pela política de cortes de gastos com políticas públicas e direitos sociais. Assim, o “conflito distributivo sob o capitalismo democrático se converteu em um cabo de guerra intrincado entre investidores financeiros globais e Estados-nação soberanos” (STREECK, 2012, p. 50).

Ocorre que, nesse novo cenário, o respeito pelo direito à soberania estatal depende do bom comportamento de um país em relação aos mercados financeiros globais e às organizações internacionais ou do cumprimento das regras de comportamento que estes estabeleceram (STREECK, 2018, p. 135). Logo, torna-se quase impossível opor-se aos ditames internacionais, pois a interdependência econômica e política entre os Estados-nação, formada por uma espécie de pacto internacional, já lhes tirara, de certa forma, a autonomia necessária para tal.

E essa perda da soberania prejudica ainda mais a relação entre os Estados-nação e seus cidadãos, pois ele passa a estar mais atrelado a esse sistema internacional e seus interesses do que ao seu próprio povo. Manuel Castells ressalta que “quanto mais o Estado-nação se distancia da nação que ele representa, mais se dissociam o Estado e a nação, com a consequente crise de legitimidade na mente de muitos cidadãos, mantidos à margem de decisões essenciais para sua vida, tomadas para além das instituições de representação direta” (2018, p.19). Outrossim, o autor explica que “o Estado-nação, entra em crise por sua tensão interna entre ser nodo das redes globais, nas quais se decide o destino de seus povos, e representar seus cidadãos” (2018, p. 94).

A superação do modelo de poder centralizado no Estado, na concepção de Andre-Jean Arnaud (2014, p. 80 e 90), mobilizado por Villas Bôas Filho, 2016a p. 686-687), seria a chamada “governança global”, que “expressaria a substituição progressiva de um sistema ‘top down’ de tomada de decisão para um sistema ‘bottom up’, caracterizada pela ausência de uma produção normativa ordenada e sem atos de governo impostos a partir de instâncias centrais e de modo verticalizado. No mesmo sentido:

André-Jean Arnaud ressalta que a **representação da governança como uma ameaça à soberania estatal se expressa, sobretudo, em países nos quais se verifica uma visão cultural centralista do Estado moderno**. Contudo, procura sublinhar o fato de que **o Estado não poderia mais ser visto como a única instância detentora do poder, de modo que, com a governança, afigurar-se-ia possível gerir as questões públicas para além do direito estatal**, o que, em outras palavras, ex-

pressaria a progressiva passagem de uma ação política outrora fundada no governo (*gouvernement*) para outra amparada na governança (*governance*) (g.n.) (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 159).

Em respeito ao posicionamento do autor, questiona-se a maneira como essa “governança” seria composta, principalmente porque as chamadas “instâncias centrais” e suas “produções normativas” teriam, pelo menos em tese, nos países democráticos, uma origem legítima, enquanto que a chamada “governança”, em seu caráter plural, em todos os sentidos, inclusive conceitual, não teria uma origem definida, o que poderia incorrer em uma possível arbitrariedade.

Em outras palavras, não se sabe realmente de onde estariam vindo essas “leis” impostas, ainda que de maneira mais leve - “soft law”⁷, nem de que maneira elas teriam surgido. Arnaud (2014, pp. 80-90), segundo Orlando Villas Bôas Filho (2016b, p. 156), sustenta que essas normas surgiriam de um conjunto de instituições e organismos internacionais, passando do sistema de “pirâmide” para o de “rede”, se tornando as agências multilaterais, as ONGs e as sociedades civis mais atuantes e decisivas.

Sabe-se que as instituições políticas internacionais e mesmo nacionais com maior poder de convencimento, proporcionalmente relacionado às consequências dos descumprimentos aos seus posicionamentos, são as instituições financeiras e os chamados “donos do capital”, já que a economia é essencial para o desenvolvimento de todas as atividades do Estado e da sociedade. Dito isso, de que forma o sistema de governanças seria capaz de equilibrar as capacidades coercitivas entre as instituições participantes?

Sobre o assunto, importante mencionarmos o posicionamento também crítico de Laura Nader e Ugo Mattei (2008, p. 5), que, conforme Orlando Villas Bôas Filho (2016b, p. 163), focalizam a governança, especialmente no plano global, de maneira bastante crítica. Segundo os autores:

a partir de representações falsas que serviriam apenas para reforçar a supremacia das potências hegemônicas, a ideia de “boa governança” se expressaria como uma espécie de “espinha dorsal” (*backbone*) dos argumentos mobilizados para legitimar a pilhagem. **O projeto de governança mundial, atualmente imposto pelo neoliberalismo, transformaria, mediante o uso do direito, as instituições de Bretton Woods,**

⁷ Pelo menos até o momento, o poder coercitivo das normas impostas por esse sistema seria inferior ao das normas internas dos Estados, precisando, inclusive, da atuação desses para tornarem-se efetivas. Entretanto, conforme demonstrado ao longo do texto, a capacidade coercitiva derivada do constrangimento internacional, que se faz sentir principalmente por intervenções econômicas na dinâmica dos Estados-nação, pode ser inclusive superior às pressões da própria sociedade de um país.

concebidas originalmente como mecanismos de estabilização financeira, em agentes de desestabilização política (g.n.) (VILLAS BÓAS FILHO, 2016b, p. 163).

Parece ingênuo conceber a possibilidade de uma democracia feita de maneira quase que transcendental, sem normas de estruturação firmes, capazes exatamente de reequilibrar a balança dos interesses, redistribuindo, assim, a capacidade decisória entre todos de uma sociedade. Por outro lado, também se constata a insuficiência do atual sistema representativo-eleitoral, da maioria das democracias, em atender aos anseios de participação democráticas e superação das crises de corrupção.

De certa forma, a “democracia”, no sentido da vontade da maioria, se daria por meio da comunicação e conexão entre as diferentes esferas de governança (global, nacional e local), o que se entende não como uma superação do sistema de pirâmide, mas como uma nova formulação do mesmo. O que se substituiria seria o sistema eleitoral representativo e as instituições de governo. Ora, se nem essas, com todos os “sistemas de integridade”, foram capazes de superar a corrupção e os desvios de interesse, como será possível confiar em organizações que não foram explicitamente criadas a partir de um modelo garantidor democrático nem de normas legitimamente concebidas?

Precisa-se debater de que forma as sociedades civis, principalmente, teriam uma participação efetiva nesses debates da “rede”. Inclusive, ressalta-se que mesmo o atual sistema representativo eleitoral, que seria bem mais próximo da sociedade do que as chamadas “governanças globais”, já encontra dificuldade nessa aproximação democrática. Afinal, de que forma esse sistema de governanças será capaz de atender aos interesses sociais e econômicos concomitantemente?

Sobre o déficit de participação dos cidadãos nas políticas do Estado, Villas Bôas Filho (2016b, pp. 158-159), citando Arnaud (2014, pp. 158-166), sublinha que esse seria o “principal entrave a um desenvolvimento mais consequente da governança regional, entendida como dinâmica complexa das relações e inter-relações transformadoras que articulam instituições, Estados-membros, sociedade civil, grupos de interesse, lobbies e redes sociais” e, ainda, “o cidadão ordinário estaria, por via de regra, distante do funcionamento da governança que permaneceria essencialmente vinculada à tradição da representação democrática”.

Permitindo-se uma análise mais positiva das governanças, aceita-se a possibilidade de constituição ou melhor, de adaptação do sistema de governança, para que haja uma ampliação do rol de atores sociais na formulação de decisões complexas relativamente a assuntos de interesse comum e na elaboração de nor-

matividade vinculativa, para que esse então se expresse como um instrumento de participação democrática (VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 684).

Portanto, apesar dos muitos desafios e questionamentos a serem superados pelo então chamado “sistema de governanças”, esse se revela até o momento como o mais passível de substituir o sistema eleitoral-representativo - dada sua aparente incapacidade de atender às atuais demandas da esfera democrática - por sua aceitação pelo cenário político-econômico e pela sua capacidade de configurar-se da base para o topo (“*bottom up*”), o que, apesar de não estar sendo verificado até o momento, asseguraria a democracia, bem como estaria em compatibilidade com o cenário de “rede” social, político e econômico.

Em adendo, para os fins de análise da crise de legitimidade política, não se pode deixar de considerar a corrupção como um dos principais fatores a ensejar a desconfiança da população em relação à política. Em todo o mundo, escândalos de corrupção envolvendo desvios de verbas públicas por funcionários públicos, muitas vezes eleitos pelo próprio povo, corroboram para o descrédito da política e de seus representantes. Passa-se a ter a política como um “negócio”:

Como em todo mundo, diziam os manifestantes, a democracia tem sido sequestrada por profissionais da política que, em sua diversidade, estão quase todos de acordo em que a política é coisa de políticos, não dos cidadãos. A democracia foi reduzida a um mercado de votos em eleições realizadas de tempos em tempos, mercado dominado pelo dinheiro, pelo clientelismo e pela manipulação midiática. E essa incapacidade cidadã de controlar seu dinheiro e seus votos tem consequências em todos os âmbitos da vida (CASTELLS, 2013, p. 179).

Inclusive, Rosanvallon, em seu livro sobre a legitimidade democrática, ao debater sobre a crescente desconfiança nas instituições representativas políticas do final do século XIX, especialmente no contexto norte-americano, propõe o questionamento do porquê de ser a corrupção tão tóxica para a democracia, respondendo, nos moldes do quanto ora exposto, que isso se daria porque “a corrupção representaria a privatização do negócio público na sua forma mais extrema” (ROSANVALLON, 2011, p. 37).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, tem-se que a ilegitimidade política gera a invalidade dos atos praticados por aquele representante, e essa possibilidade de invalidez leva à desconfiança de todo um sistema com relação àquele governo. Ora, como esperar boa-fé e probidade de um representante que age em prol apenas de seus próprios interesses em detrimento daqueles que o elegeram e legitimaram? Agora

maximize esse pensamento para todos os representantes de um Estado. Perde-se a confiança em todo aquele Governo⁸, por parte tanto dos representados como dos outros países.

Nessa lógica, insta-se que um Estado desacreditado enseja questionamentos por parte de todos com relação inclusive à administração de seus bens e patrimônios; a sociedade recusa-se a contribuir para o patrimônio estatal, pois contestam a sua necessidade e existência. Na prática, vemos uma sociedade que se revolta com os valores dos impostos e outras contribuições feitas ao Estado, revoltando-se com os valores pagos a título de salário aos seus representantes por não verem neles legitimidade e integridade. Dessa forma, a pessoa jurídica estatal perde seu principal financiador, qual seja, a própria sociedade.

Em adição à crescente insurgência em relação ao pagamento de impostos, temos a disputa pelo orçamento do Estado entre políticas públicas, custos tidos como inerentes referentes à corrupção e o abastecimento e manutenção do sistema financeiro, pelo pagamento das incontáveis dívidas públicas estatais, adquiridas em sua maioria na crise de 2008 - com a finalidade de salvar a economia de um colapso, especialmente as instituições financeiras, e fazer frente às pressões internacionais de assunção de dívidas, conforme demonstrado anteriormente.

Conforme expõe Fleury (2018, p. 116), o aumento da desigualdade e do desemprego, além das políticas de contenção de gastos com políticas públicas são cada vez mais intensos, e as promessas de melhorias não se fizeram sentir. Mesmo no cenário político brasileiro, constata-se que desde o governo Temer têm sido impostas políticas de “corte” orçamentário, mas que não tiveram resultados positivos efetivos, apenas o desgaste da confiança acerca do governo pela sociedade e a perpetuação de um contexto de crise econômica e social.

Portanto, diante de um contexto no qual os Estados estão desacreditados, tanto por não parecerem perseguir os interesses reais de seus cidadãos, como por priorizarem interesses internacionais de mercado – como o pagamento de dívidas externas em detrimento da implementação e manutenção de políticas públicas sociais - e seus próprios interesses, o que se delimita melhor a partir da concepção dos diversos escândalos de corrupção expostos por todo o mundo; a legitimidade desses em relação às suas sociedades está em crise e, ousa-se instar que a própria democracia corre perigo.

⁸Governo deve ser entendido aqui como aquele formado para determinar as diretrizes do Estado, a partir do sistema representativo eleitoral e suas diversas expressões.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. *La gouvernance: un outil de participation*. Paris: LGDJ, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.
- BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. As duas grandes crises do constitucionalismo diante da globalização no século XXI. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJJL], Chapecó, v. 19, n. 3, p. 681-702, jun. 2019.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CASTILLO, Alexandra; WIKE, Richard; SILVER, Laura. Many Across the Globe Are Dissatisfied With How Democracy Is Working: Discontent is tied to concerns about the economy, individual rights and out-of-touch elites. *Pew Research Center*, [S. l.], 29 abr. 2019. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/global/2019/04/29/many-across-the-globe-are-dissatisfied-with-how-democracy-is-working/>. Acesso em: 21 set. 2019.
- DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FLEURY, Sonia. Capitalismo, democracia, cidadania - contradições e insurgências. *Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 42, n. spe3, p. 108-124, nov. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042018000700108&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 fev. 2020.
- GOULART, Mayra. O futuro da representação política democrática em uma Europa em crise. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 48, p. 139-164, dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992015000400011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 set. 2019.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- PINTO, Felipe Chiarello de Souza; LANNES, Yuri Nathan da Costa; MIRANDA, Lorrayne Barbosa. Economia Criativa: a aliança entre desenvolvimento econômico e a promoção de direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 56, p. 129 - 152, jul. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3571>. Acesso em: 09 fev. 2020.
- ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. *Novos estudos- CEBRAP*, São Paulo, n. 92, p. 35-56, mar. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 set. 2019.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo. *Revista estudos institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 670-706, fev. 2016a. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/64>. Acesso em: 27 set. 2019.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O impacto da governança sobre a regulação jurídica contemporânea: uma abordagem a partir de André-Jean Arnaud. *REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 4, n. 1, p. 145-171, 8 maio 2016b. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2865>. Acesso em: 21 set. 2019.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Por um delineamento conceitual da complexidade social: as experiências do Mercosul e do orçamento participativo na análise de André-Jean Arnaud sobre a governança. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 23, n. 2, p. 491-520, 2018.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Ce que la sociologie juridique de l'Amérique Latine doit à André-Jean Arnaud: l'exemple de l'analyse de l'expérience du Mercosur dans le cadre de son étude de la gouvernance. In: CAPELLER, Wanda; COMMAILLE, Jacques; ORTIZ, Laure (Dir.). *Repenser le droit: hommage à André-Jean Arnaud*. Paris: LGDJ, 2019. p. 101-110.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Desafios da pesquisa interdisciplinar: as ciências sociais como instrumentos de “vigilância epistemológica” no campo dos estudos sociojurídicos. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 530-558, 2019.

WÜNSCH, Marina Sanches; WÜNSCH, Paulo Roberto. A crise na União Europeia e seus reflexos na cláusula democrática e nos direitos fundamentais sociais. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJJL], Chapecó, v. 14, n. 2, p. 535-554, 2013. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2716>. Acesso em: 20 set. 2019.

A SUSTENTABILIDADE DOS PROJETOS DE ASSENTAMENTO DE REFORMA AGRÁRIA

THE SUSTAINABILITY OF AGRARIAN REFORM SETTLEMENT PROJECTS

Eduardo Henrique Magiano Perdigão Lima Cardoso Ferro

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (PPGD-UFMS). Pós-Graduado em Direito Público. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professor de Direito Administrativo e Direito Tributário no Centro Universitário Anhanguera Educacional. Procurador Federal – Procurador Regional do INCRA/MS.

Submetido em: 18/02/2020

Aprovado em: 20/02/2020

Resumo: O presente estudo visa explorar a política de Reforma Agrária no Brasil como parte do processo de desenvolvimento sustentável. A partir de um panorama acerca do Programa Nacional de Reforma Agrária e de sua aplicação, busca-se o alinhamento da política pública com a ideia de sustentabilidade. O estudo se inicia com a cronologia da Reforma Agrária no país, mais especificamente com relação às formas de exploração. Após, faz uma síntese acerca do conceito de desenvolvimento sustentável e explora a desapropriação por descumprimento da função sócio-ambiental como fator de concretização da sustentabilidade. Por fim, traz um histórico da política agrícola notadamente contrária à preservação ambiental e apresenta modelos de produção de alimentos orgânicos dentro dos projetos de assentamento como elementos do processo de sustentabilidade. Por se tratar de uma pesquisa exploratória e descritiva, utilizar-se-á o método dedutivo.

Palavras-chave: Reforma agrária, Desenvolvimento sustentável, Alimentos orgânicos.

Abstract: The present study aims to explore the Agrarian Reform policy in Brazil as part of the sustainable development process. From an overview of the National Agrarian Reform Program and its application, we seek to align public policy with the idea of sustainability. The study begins with the chronology of Agrarian Reform in the country, more specifically in relation to the forms of exploitation. Afterwards, it makes a synthesis about the concept of sustainable development and explores the expropriation due to non-compliance with the socio-environmental function as a factor for achieving sustainability. Finally, it brings a history of agricultural policy notably contrary to environmental preservation and presents models of organic food production within settlement projects as elements of the sustainability process. As this is an exploratory and descriptive research, the deductive method will be used.

Keywords: Agrarian Reform, Sustainable development, organic food.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Reforma Agrária no Brasil. 1.1 A desapropriação constitucional para Reforma Agrária. 2. O desenvolvimento sustentável através dos projetos de assentamento de Reforma Agrária. 2.1 A desapropriação ambiental agrária por descumprimento da função sócio-ambiental. 3. A efetivação da agricultura sustentável na Reforma Agrária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas em 2015 pela Cúpula do Desenvolvimento Sustentável, discutido na Assembleia Geral da ONU, em que Estados-membros e a sociedade civil negociaram suas contribuições, são um apelo da sociedade internacional e de todos os agentes que a compõem, inclusive os indivíduos, com fins de acabar com a pobreza, garantir direitos fundamentais para todos e, atualmente, ganhou mais ênfase em razão do aquecimento global que coloca em risco a existência do planeta.

Dentro deste contexto, o presente estudo visa apresentar a Reforma Agrária no Brasil como política pública que pode servir de instrumento dentro do processo de desenvolvimento sustentável.

O artigo inicia com um estudo da Reforma Agrária no Brasil, desde sua origem quando tinha a intenção de dar fim às sesmarias que eram resquícios das colônias, diminuindo a concentração fundiária do país. Ainda no primeiro capítulo, o estudo aborda a desapropriação para fins de Reforma Agrária como meio de cumprimento da função social da propriedade, transformando grandes latifúndios improdutivos em projetos de assentamentos para camponeses obterem a moradia, educação e o trabalho rurícola.

No segundo capítulo, o estudo traz a definição mais aceita pela doutrina acerca do desenvolvimento sustentável, bem como peculiaridades na legislação brasileira acerca do tema, como, por exemplo, a letra do artigo 225 da Constituição da República que garante o direito ao meio ambiente sustentável às futuras gerações. Posteriormente, adentra-se a primeira hipótese de como a Reforma Agrária pode ser instrumento de sustentabilidade, abordando-se o controverso tema da desapropriação rural por descumprimento de regras ambientais, hipótese em que já se verifica na política de Reforma Agrária um instrumento de sustentabilidade antes da concepção do projeto de assentamento.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a sustentabilidade dos assentamentos de Reforma Agrária, a partir de uma pesquisa descritiva e exploratória, com foco na produção de alimentos orgânicos dentro dos projetos de Assentamento de Reforma Agrária.

Por se tratar de uma pesquisa exploratória e descritiva, utilizar-se-á o método dedutivo.

1. A REFORMA AGRÁRIA NO BRASIL

A Reforma Agrária é uma política pública de reorganização da estrutura fundiária com o objetivo de promover e proporcionar a redistribuição das propriedades rurais improdutivas no Brasil. Em seu âmago, intenciona-se desapropriar um latifúndio que não cumpre sua função social e redistribuí-lo em várias parcelas a serem destinadas a famílias de camponeses para desenvolver a agricultura familiar.

A Constituição da República (BRASIL, 1988), embora reserve o Capítulo III com denominação específica a ela - “DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA” - não traz uma definição sobre o programa e seu significado, mas apenas uma das hipóteses de aquisição do imóvel que é a desapropriação e, implicitamente, demonstrando que a distribuição de terra visa eliminar imóveis rurais que não cumpram sua função social.¹

A política pública de reforma agrária apresenta diversos enfoques. Desde sua concepção, quando o aspecto primordial era o de reorganização fundiária do país, passando por seu caráter desenvolvimentista e por sua característica de promoção de assistência social. Por isto, para a compreensão do conceito e objetivo da reforma agrária é preciso conhecer a sua origem e as normas que lhe deram base para operacionalização.

Em sua gênese, a reforma agrária tinha como objetivo resolver o problema da grande concentração de terra no Brasil. Benedito Marques e Carla Marques afirmam que o regime sesmarial empregado no processo de colonização do Brasil e o vácuo legislativo entre a extinção das sesmarias – que se deu em 1822 - e o advento de uma lei reguladora de aquisição de terras – a Lei de Terras foi promulgada em 1950 - é uma das causas que acentuaram o problema da concentração de extensas áreas nas mãos de poucos. (2017, p. 125).

A Lei n. 601/50 (BRASIL, 1950), cujo escopo era corrigir as distorções apontadas, não solucionou o grave problema da má distribuição de terras, nem mesmo com a mudança para o regime Republicano. Somente após as recomendações da “Carta de Punta del Este”, de que o Brasil foi signatário, a qual se construiu em documento no Congresso realizado em 1960, no Uruguai, sob o patrocínio da “Aliança para o progresso”, além de um certo grau de conscientização ocorrida

¹Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. (BRASIL, 1988)

em alguns segmentos da opinião pública, provavelmente não teríamos a então norma mais importante do Brasil de regulação de política agrícola de aquisição de terras: o Estatuto da Terra (MARQUES e MARQUES, 2017, p. 125).

Referida norma veio finalmente dar contornos essenciais para a configuração da reforma agrária no Brasil. A intenção legislativa à época era tentar corrigir mais de três séculos de regime sesmarial no Brasil. Pela primeira vez o país obteve uma legislação específica sobre a reforma agrária e seus propósitos de justiça social.²

A proposta do Estatuto da Terra era de fazer da reforma agrária um instrumento de política pública de reordenamento da distribuição de terra no Brasil, aplicando-se justiça social e visando o aumento da produtividade, levando-se em conta o progresso e o bem-estar do trabalhador rural, bem como o desenvolvimento econômico do país.

O artigo 4º do Estatuto da Terra (BRASIL, 1964) traz também definições importantes sobre o tema, tal qual a de latifúndio, nas suas duas espécies, por extensão (que é aquele que excede uma área de seiscentas vezes o módulo médio da propriedade rural ou de seiscentas vezes a área média dos imóveis rurais, na respectiva zona - art. 4º, V, "a")³ e por exploração (que é aquele mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja, deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural" – art. 4º, V, "b"). (ARAÚJO JUNIOR, 2002, p. 31).

Posteriormente à promulgação da Constituição da República de 1988 e o restabelecimento da democracia no Brasil, adveio a Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. A norma dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relacionados à reforma agrária previstos na Carta Magna.

Essa lei definiu a pequena e média propriedade rural com base no número de módulos que compõem a sua área (art. 4º), no intuito de, entre outras finalidades, disciplinar a hipótese de imunidade à desapropriação para fins de reforma agrária do inciso I, do art. 185 da Constituição Federal.

²Art. 1º Esta Lei regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola. § 1º Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade. (...) Art. 16. A Reforma Agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador. (BRASIL, 1964)

³Segundo Rafael Lima, essa espécie de latifúndio por extensão não tem efeito prático, pois não há nenhuma sanção para sua ocorrência (LIMA, 1997, p. 184).

Já o art. 6º da referida lei regulamentou o conceito de “propriedade produtiva”, definindo dois índices mínimos de produtividade, que devem ser alcançados simultaneamente. Antes, porém, dispõe a lei que a produtividade deve ser explorada economicamente e racionalmente, nos mesmos termos expostos pelo Estatuto da Terra.

Joaquim Basso (2018, p. 167) analisa a possibilidade de uma interpretação extensiva desses conceitos, o que poderia mudar significativamente a ideia de propriedade produtiva:

É cabível questionar se não se incluiria na ideia de “explorar racionalmente” a propriedade, os requisitos ambientais e sociais que outrora já se entendeu decorrer dessa expressão (consoante regulava o art. 25, III e IV, do Decreto n. 55.891/1965, ou o art. 22, III, “c”, do Decreto nº 84.685/1980, ambos já referidos). Essa compreensão mais ampla do que seja exploração racional da propriedade poderia modificar substancialmente o entendimento do art. 6º da Lei n. 8.629/93.

A exploração racional e econômica é analisada através de dois índices: a) o Grau de Utilização da Terra – GUT, que é calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel; b) o Grau de Eficiência da Terra – GEE, que aprofunda a análise do primeiro critério para verificar se a quantidade produzida (agricultura) ou número de animais criados (pecuária) é considerado eficiente dentro do grau de utilização.

Em cada um dos casos, divide-se a quantidade produzida (agricultura) ou o número de animais criados (pecuária) pelos índices mínimos estabelecidos em regulamentação infralegal (atualmente, a norma infralegal que estabelece esses critérios é a Instrução Normativa n. 11/2003 do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA). O Resultado de cada uma das atividades deverá ser somado, divido pela área efetivamente utilizada e multiplicado por cem, devendo o produto final ser maior que 100% (cem por cento) (BASSO, 2018, p. 168).

Sintetizando, a propriedade produtiva deve alcançar os índices mínimos de GUT e GEE para ser considerada produtiva. Não sendo atingidos, a propriedade é considerada improdutiva e, portanto, descumpridora de sua função social, e então passível de desapropriação para fins de reforma agrária.

Além da análise do aproveitamento racional e adequado da terra, o artigo 186 da Constituição da República faz remissão à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

No entanto, as desapropriações para fins de reforma agrária no Brasil usualmente se voltam às medições de grau de aproveitamento racional e adequado da terra. As questões ambientais e trabalhistas são contornadas por outros meios jurídicos, não havendo desapropriações neste sentido, fato que será analisado no capítulo seguinte.

1.1 A DESAPROPRIAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA REFORMA AGRÁRIA

Segundo Maria Silvia Di Pietro (2012, p. 166), a desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.

No que toca à desapropriação para fins de reforma agrária, tem-se que se trata de um modelo de desapropriação sancionatório, haja vista que o descumpri-dor da função social da propriedade não pode sair imune e receber indenização integral pela terra, o que caracterizaria uma premiação ao descumpri-dor da lei.

O tratamento da desapropriação por descumprimento da função social da propriedade rural se dá pela Lei Complementar nº 76/93 (BRASIL, 1993). Entre outras peculiaridades, a norma reafirmou a competência exclusiva da União para este fim – que, no caso, se dá através do INCRA, autarquia da administração indireta federal – e que o pagamento é feito em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos, sendo, no entanto, as benfeitorias úteis e necessárias pagas em dinheiro.

Válido mencionar também a possibilidade de compra direta de imóveis rurais para fins de Reforma Agrária, nos termos do Decreto n. 433/92. Entendemos que tal modalidade é de duvidosa constitucionalidade, visto que a Constituição da República define a política de reforma agrária como modelo de desapropriação de terras que não cumprem a sua função social e com pagamento através de títulos da dívida agrária resgatáveis por até 20 anos.

No caso proposto pelo mencionado decreto, a compra direta se dá em um modelo em que a Administração Pública atua como entidade privada, nos termos do art. 1º, §1º, que dispõe que “A compra e venda autorizada por este Decreto realizar-se-á *ad mensuram*, na forma estabelecida pela legislação civil”. Além disto, o art. 2º do decreto fala em “preferência” para áreas em manifesta tensão social com vistas a atender a função⁴ social da propriedade, quando deveria ser taxativo sobre ser somente nessa hipótese.

⁴Art. 2º A aquisição imobiliária de que trata este Decreto ocorrerá, preferencialmente, em áreas de manifesta tensão social para o assentamento de trabalhadores rurais, visando atender à função social da propriedade.

Portanto, não havendo harmonia com a Constituição da República sobre a ideia de sanção por descumprimento da função social da propriedade, no caso, o pagamento através de títulos da dívida agrária, e não limitando a compra direta nas hipóteses de imóveis improdutivos, há notória inconstitucionalidade no Decreto n. 433/92. No entanto, a modalidade de compra e vendas de terras com base nesta norma é prática corriqueira pelo INCRA para a formação de projetos de assentamento no Brasil.

Com a imissão do INCRA na posse da área desapropriada ou comprada, é o agricultor familiar o beneficiário do Programa Nacional de Reforma Agrária. A escolha dos beneficiários ocorrerá por cadastramento junto a esse órgão, onde se procurará classificar, identificar e agrupar os imóveis pertencentes a um único proprietário⁵. Esses cadastros deverão ser atualizados a cada cinco anos⁶.

De acordo com os arts. 19 e 20 da Lei 8.629/93 (BRASIL, 1993), o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos observada a seguinte ordem preferencial: ao desapropriado, ficando-lhe assegurada a preferência para a parcela na qual se situe a sede do imóvel; aos que trabalham no imóvel desapropriado como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários; aos que trabalham como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários, em outros imóveis; aos agricultores cujas propriedades não alcancem a dimensão da propriedade familiar; e aos agricultores cujas propriedades sejam comprovadamente insuficientes para o seu sustento e o de sua família.

Na ordem de preferência terão prioridade os chefes de família numerosa, cujos membros se proponham a exercer a atividade agrícola na área a ser distribuída. Não poderá ser beneficiário da distribuição de terras, o proprietário rural, salvo nas hipóteses acima delineadas; o que exercer função pública, autárquica ou em órgão paraestatal; o que se ache investido de atribuição parafiscal; e aquele que já tenha sido contemplado anteriormente com parcelas em programa de Reforma Agrária.

A distribuição de terras às famílias se efetiva preferencialmente pela concessão de uso, ou, em segundo plano, pela entrega de títulos de domínio, inegociáveis por 10 anos⁷ (art. 21, Lei 8629/93).

Os beneficiários ficam obrigados a cultivar a terra, por um prazo mínimo de 10 anos, sob pena de ser resolvido o contrato⁸. Tal imposição ocorre a fim de que se cumpra a finalidade social da desapropriação para Reforma Agrária.

⁵ Art. 46, 3º, do Estatuto da Terra

⁶ Art. 46, §4º, do Estatuto da Terra

⁷ Art. 21 do Estatuto da Terra

⁸ Art. 22 da Lei n. 8.629/93

2. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DOS PROJETOS DE ASSENTAMENTO DE REFORMA AGRÁRIA

Para a compreensão do desenvolvimento sustentável é preciso, antes de tudo, compreender o que é o desenvolvimento e o seu papel enquanto direito humano previsto na Constituição da República, sendo que é o processo histórico de sua consolidação que nos dá a diretriz, haja vista que sua acepção enquanto direito fundamental é resultado de transformações sociais da sociedade, mormente a partir da metade do Século XX, tanto no Brasil como em âmbito global.

Embora tenha havido movimentos sociais importantes anteriores à Segunda Guerra Mundial, a exemplo da Revolução do México que culminou na Constituição Social de 1919 e até a Revolução de Weimar, na própria Alemanha, que deu ensejo à Constituição de 1917, ou também a exemplo do Brasil, com a Constituição de 1934, redigida “para organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”, segundo seu próprio preâmbulo, é certo que com o avanço do nazifascismo houve uma retração desses direitos sociais, razão pela qual pouco se falou do direito ao desenvolvimento até então.

A partir do pós-guerra, os atores da sociedade internacional se viram obrigados a mudar a forma e a perspectiva de conduzir as nações. Neste sentido, conforme descreveu Norberto Bobbio (2004), os Estados passaram a conduzir as políticas públicas internas e as relações externas com os por ele denominados direitos de segunda e terceira dimensão, referentes à atuação positiva do Estado em relação aos direitos sociais e aos direitos difusos e coletivos, respectivamente.

Neste contexto, Ingo Wolfgang Saet afirma (2001, p. 51 apud SILVEIRA, 2006, p. 167) afirma:

Estes direitos fundamentais que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando-se uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial, nas Constituições pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.

Vladimir Oliveira da Silveira (2006, p. 167) afirma que os direitos incluídos nesta segunda dimensão são direitos de conquista, e não de enquadramento.

Ou seja, pode-se dizer que o direito ao desenvolvimento - subgênero dos direitos econômicos – são direito de intervenção do Estado como seu garantidor.

Em sua tese, entretanto, Silveira chama à atenção de que “os interesses coletivos e difusos não podem oprimir os membros do próprio grupo, ou seja, os interesses individuais” (2006, p. 173).

Ou seja, ainda que o direito ao desenvolvimento seja uma conquista, a livre iniciativa e a liberdade econômica não pode suprimir outros direitos fundamentais de igual equivalência.

Surge então o conceito de desenvolvimento sustentável, cuja definição é sobre a capacidade de desenvolver e suprir as necessidades humanas da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender às necessidades da geração futura. Ou seja, a atual geração não pode tornar escassos os recursos para as gerações seguintes.⁹

E aqui volto ao escólio de Silveira no sentido de que o direito ao desenvolvimento, eminentemente visto por seu aspecto econômico – não pode se sobrepor ao demais direitos fundamentais, mas sim coexistirem.

A Comissão Mundial do Meio Ambiente e do Desenvolvimento, publicou o protocolo “Nosso Futuro Comum”, mais conhecido como a declaração Brundtland. Este protocolo pode considerar-se como ponto de partida para a necessidade atualmente aceite de um desenvolvimento sustentável, em que é necessária uma proteção do ambiente a longo prazo para que este, por sua vez, permita por si próprio, desenvolvimento econômico. A publicação do relatório Brundtland desencadeou um processo de debate, que conduziu a que, no ano de 1989, as Nações Unidas convocassem uma “Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD)”, no Rio de Janeiro, para junho de 1992 (AMADORA, 2009).

A ideia hoje vigente sobre desenvolvimento sustentável advém da Agenda 21, documento fruto da Conferência “Rio 92”, posteriormente incorporado por diversas agendas mundiais de desenvolvimento e direitos humanos. Segundo a maioria dos autores que escrevem sobre o tema, como por exemplo, Carla Canepa (2007), José Eli da Veiga (2005) e Henri Ascelard (1999), o conceito ainda está em construção.

A respeito deste conceito, Gisele Silva Barbosa (2008) discorre que:

⁹ A Constituição da República de 1988 foi o primeiro documento legislativo que previu expressamente a preservação de um direito fundamental a gerações futuras: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Apesar de ser um conceito questionável por não definir quais são as necessidades do presente nem quais serão as do futuro, o relatório de Brundtland chamou a atenção do mundo sobre a necessidade de se encontrar novas formas de desenvolvimento econômico, sem a redução dos recursos naturais e sem danos ao meio ambiente. Além disso, definiu três princípios básicos a serem cumpridos: desenvolvimento econômico, proteção ambiental e equidade social. Mesmo assim, o referido relatório foi amplamente criticado por apresentar como causa da situação de insustentabilidade do planeta, principalmente, o descontrole populacional e a miséria dos países subdesenvolvidos, colocando somente como um fator secundário a poluição ocasionada nos últimos anos pelos países desenvolvidos.

Para facilitar a compreensão da sustentabilidade, Barbosa (2008) esclarece que:

Sachs (1993) a divide em cinco classificações: a sustentabilidade ambiental, a sustentabilidade econômica, a sustentabilidade ecológica, a sustentabilidade social e a sustentabilidade política. Essa divisão é contraposta pela visão de Shumacher (CMMAD, 1991), que classifica somente em sustentabilidade ambiental, econômica e pessoal. Mas, essas duas visões diferem principalmente na definição do termo ambiental, pois Shumacher refere-se ao uso racional dos recursos, enquanto Sachs à capacidade dos ecossistemas diante da agressão humana. Neste trabalho adota-se a definição de Sachs - presente no texto da Agenda 21 Brasileira - que define sustentabilidade social e política separadamente, fazendo também referência ao uso racional dos recursos no enfoque da sustentabilidade econômica.

A partir da figura abaixo, é possível visualizar melhor todos os parâmetros envolvidos no processo de desenvolvimento sustentável.

Figura 1 – Desenho esquemático relacionando parâmetros para se alcançar o desenvolvimento sustentável



Adentra-se, então, à especificidade deste estudo: como os projetos de assentamentos de Reforma Agrária podem fazer parte da *dinamogenesis*¹⁰ dos direitos humanos, especificamente no que tange à sustentabilidade.

2.1. A DESAPROPRIAÇÃO AMBIENTAL AGRÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL

A primeira análise acerca da sustentabilidade dos assentamentos de Reforma Agrária, brevemente citada no item 1.1 deste estudo, diz respeito à fase prévia à implantação do projeto de assentamento.

Quando o Constituinte Originário tratou dos direitos e garantias fundamentais, previu que prever em seu art. 5º, inc. XXIII¹¹, que a propriedade atenderá a sua função social. No mesmo giro, estabeleceu no art. 170, caput e inc. III¹², que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo observar, dentre outros, o princípio da função social da propriedade.

Dentro do título referente à ordem econômica, a política fundiária e a reforma agrária encontraram seu

Dentro deste contexto de ordem econômica, A Constituição da República prevê requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural, já citados no item. Entretanto, além disto, consta da norma, *verbis*:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - **utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;**

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores" (grifo nosso).

¹⁰ Dá-se o nome de *dinamogenesis* dos direitos humanos ao processo pelo qual são reconhecidos e positivados os valores morais e/ou éticos que fundamentam tais direitos, e que podem ser resumidos no respeito e concretização da dignidade humana (SILVEIRA, 2013)

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)III - função social da propriedade;

(...)

Art. 184. Compete à União **desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social**, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (grifo nosso).

Assim sendo, o que se extrai da Constituição da República é que a função social da terra só é cumprida quando atendidos todos os requisitos elencados no art. 186, o que inclui a preservação do meio ambiente e a utilização adequada dos recursos naturais.

Sobre este tema, Daniel Leite da Silva (2007) conclui:

Pode-se concluir então que: i) a propriedade imobiliária rural está obrigada a cumprir a função social; ii) a função social somente é realizada quando seus quatro elementos são respeitados simultaneamente; iii) a violação a qualquer sub-função descrita no art. 186 da CF implica descumprimento da função social; e iv) o não atendimento da função social autoriza a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, também chamada de desapropriação-sanção.

Ocorre que, conforme descrito no capítulo anterior, a desapropriação para fins de Reforma Agrária no Brasil se concentra na questão do índice de produtividade e eficiência da terra. O argumento utilizado para os proprietários de imóveis que degradam o meio ambiente é a imunidade prevista no art. 185, II, da CF¹³, por se tratar de propriedade produtiva.

O e. Supremo Tribunal Federal, embora não tenha enfrentado de forma direta a questão do cabimento da desapropriação com fundamento exclusivo no descumprimento da função sócio-ambiental, manifestou-se pela sua possibilidade, *verbis*:

A norma inscrita no art. 225, parágrafo 4, da constituição não atua, em tese, como impedimento jurídico a efetivação, pela União Federal, de atividade expropriatória destinada a promover e a executar projetos de reforma agrária nas áreas referidas nesse preceito constitucional, notadamente nos imóveis rurais situados no pantanal mato-grossense. A própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe,

¹³“Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: (...) II - a propriedade produtiva”.

quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio a necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (cf, art. 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da Lei Fundamental (MS 22.164, DJ 17.11.95, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário).

Ao sentenciar a ação ordinária 2004.43.00.001111-0/TO, ajuizada contra o INCRA, que visava declarar a nulidade de processo administrativo, o MM. Juiz Federal Dr. José Godinho Filho julgou improcedente o pedido, afirmando (SILVA, 2007):

É inadmissível qualquer supressão da vegetação nativa da reserva legal, sob pena de violação do dever de defesa e de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, imposto não só ao poder público, como a toda coletividade pela Constituição Federal (art. 225) e, em especial, ao proprietário do imóvel rural em que a reserva florestal se encontra inserida (Lei 4.771/65).

Em suma, a Fazenda Bacaba revelou índices satisfatórios de utilização da terra (93%) e de exploração econômica (599%), mas não está imune à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária porque não cumpre a sua função social, especialmente no que tange ao requisito de preservação do meio ambiente.

(...)

Assim, a Fazenda Bacaba, não obstante possua graus de utilização da terra e exploração econômica superiores aos estabelecidos em lei, **NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE PROPRIEDADE PRODUTIVA** *insuscetível de expropriação previsto no art. 185, II, da CF/88*, porque não atende ao requisito do art. 186, II, da Lei Maior (grifo nosso).

Igual entendimento é externado pelo Procurador Federal Valdez Adriani Farias e Joaquim Modesto Pinto Júnior em publicação intitulada “Função Social da Propriedade – Dimensões Ambiental e Trabalhista”, encartada na “Série Debate Nead, nº 2.

Assim sendo, em consonância com o que foi explicitado acerca do processo de desenvolvimento sustentável do qual o Brasil é comprometido constitucionalmente, a produtividade em seu sentido meramente econômico não é fator

suficiente para imunizar propriedade rural que degrada do meio ambiente de ser desapropriada.

Sobre o tema, Leite (2007) assevera que “Assim, a produtividade deve ser racional, agregando algo mais ao conteúdo econômico, fazendo com que a propriedade produtiva tenha conteúdo axiológico. Estes valores agregados são justamente os elementos da função social”.

3. A EFETIVAÇÃO DA AGRICULTURA SUSTENTÁVEL NA REFORMA AGRÁRIA

No capítulo anterior, estudou-se o conceito de desenvolvimento sustentável e a possibilidade de desapropriar imóveis para fins de Reforma Agrária por descumprimento sócio-ambiental, o que chamamos de “fase pré-assentamento”. Já neste capítulo, pretende-se demonstrar modelos de políticas agrícolas sustentáveis no desenvolvimento do projeto de assentamento.

Amartya Sen traz à discussão sobre o desenvolvimento uma análise crítica da função de liberdade e igualdade na delimitação do que é e de como se interpreta o desenvolver-se.

Ele faz uma análise dos aspectos técnicos precípuos da economia como o PIB, renda *per capita*, etc, como meio para se pensar e realizar a expansão de liberdades, rompendo com um modelo de interpretação de desenvolvimento em que a economia é o único meio legítimo e capaz de medir o desenvolvimento de uma nação.

Sobre este aspecto, a aproximação de desenvolvimento e liberdade se insere na tentativa de pensar um modelo justo para o mundo contemporâneo. Pauta-se, assim, uma reaproximação entre economia e ética, ao invés de um mero pensamento pragmático de autointeresse e distanciamento do comportamento individual do comportamento social.

Para Sen, portanto:

Pode-se dizer que a importância da abordagem ética diminuiu substancialmente com a evolução da economia moderna. A metodologia chamada “economia positiva” não apenas se esquivou da análise econômica normativa como também teve o efeito de deixar de lado uma variedade de considerações éticas complexas que afetam o comportamento humano real e que, do ponto de vista dos economistas que estudam esse comportamento, são primordialmente fatos e não juízos normativos. Examinando as proporções das ênfases nas publicações da economia moderna, é difícil não notar a aversão às análises normativas profundas e o descaso pela influência das considerações éticas sobre a caracterização do comportamento humano real.

E é a partir desta premissa de alinhamento entre a economia e a ética que se define o desenvolvimento sustentável como a forma de obter crescimento econômico necessário, garantindo a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento social para o presente e gerações futuras.

Portanto, para que ocorra o desenvolvimento sustentável é necessário que haja uma harmonização entre o desenvolvimento econômico, a preservação do meio ambiente, a justiça social (acesso a serviços públicos de qualidade), a qualidade de vida e o uso racional dos recursos da natureza). Ou seja, a ética e a economia ladeadas.

Vladmir Silveira e Lívia Campello trazem contornos sobre o conceito de desenvolvimento sustentável:

A definição mais emblemática de “desenvolvimento sustentável” é a estabelecida no relatório *Nosso Futuro Comum*, o “Relatório Brundtland” de 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que afirma: “A humanidade tem a capacidade de realizar o desenvolvimento sustentável – para garantir que ele atenda às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades”.

Ademais, o conceito de desenvolvimento sustentável não implica limites em termos absolutos, mas limitações impostas pelo atual estado da tecnologia e organização social sobre os recursos ambientais, e pela capacidade da biosfera para absorver os efeitos de atividades humanas. Mas a tecnologia e organização social podem ser geridas e melhoradas para abrir caminho para uma nova era de crescimento econômico”. E, ainda, em essência, o desenvolvimento sustentável é um “processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional, estão todos em harmonia para melhorar tanto o potencial atual como futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas.

Dentro deste contexto, no Brasil surge um debate preocupante sobre a produção de alimentos e manejo da agricultura. No país, prevalece um modelo de grandes latifúndios de monocultura cuja produção é voltada à exportação, sendo tal atividade o grande diferencial para garantir o *superávit* da balança econômica.

No entanto, tal política agrícola tem se sustentando a partir do progressivo uso desenfreado de agrotóxicos e outras substâncias químicas em seu processo produtivo. Para se ter uma ideia, em apenas cinco meses de Governo do atual Presidente da República Jair Bolsonaro, o Ministério da Agricultura já aprovou o

registro de 169 (cento e sessenta e nove) novos agrotóxicos e outras substâncias químicas aplicados diretamente no solo e nas plantações (MELLO, 2019).

O uso indiscriminado de agrotóxicos nos grandes latifúndios voltados à agricultura no país é assunto urgente porque suas consequências são imediatas e seus efeitos nocivos detêm longo prazo. A maneira como os alimentos são produzidos interfere não somente na saúde de quem vai comê-los, mas também em todo o ambiente de produção, além de outros fatores ambientais de escala global que são afetados.

Da contaminação dos alimentos, da terra, das águas – que em algumas situações torna-se imprópria para o consumo humano – temos a intoxicação de seres vivos, como os mamíferos (incluindo o homem), peixes, aves e insetos. Regiões com alto uso de agrotóxicos apresentam incidência de câncer¹⁴ bem acima da média nacional e mundial.

Outro ponto a se destacar é que há outras formas de contaminação dos alimentos, como as indústrias, por exemplo, que usam substâncias químicas tanto para lavá-los, quanto para fazer com que durem mais tempo, alterando sua qualidade e sabor. Neste processo, muitas vezes as sobras de alimentos são descartadas e jogadas diretamente nos esgotos da cidade ou em rios, poluindo as águas e envenenando o meio ambiente ao seu entorno (POPULAR, 2016).

E é neste cenário que hoje predomina a política agrícola brasileira que surge como alternativa a cultura dos alimentos orgânicos, que são aqueles produzidos com métodos que não utilizam agrotóxicos sintéticos, transgênicos ou fertilizantes químicos. As técnicas usadas no processo de produção respeitam o meio ambiente e visam manter a qualidade do alimento.

Para produzir alimentos orgânicos o produtor deve fazer um plano de manejo orgânico, ou seja, um planejamento de ações, o que auxilia como manejá a produção e seguir o caminho para a sustentabilidade.

A produção de alimentos orgânicos visa produzir alimentos de qualidade nutritiva, seguros e em quantidade suficiente. E os benefícios não se restringem à qualidade do alimento. O plano de manejo de alimentos orgânicos visa conservar e aumentar a qualidade do solo a longo prazo, manter a agrobiodiversidade do sistema de produção, utilizar recursos renováveis e criar um equilíbrio econômico entre agricultura e pecuária visando o desenvolvimento sustentável.

¹⁴ A relação entre a incidência de câncer e o consumo de alimentos contaminados com agrotóxicos é objeto de ampla pesquisa e apontadas pelo Instituto nacional do Câncer. Pesquisas desenvolvidas pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO e a Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ apontam para diversas doenças neurológicas, motoras e mentais, além de distúrbios de comportamento e hormônios, entre outras, fato que deu ensejo ao “Dossiê Abrasco”, publicado em 2015.

No Brasil, as práticas sociais dos movimentos camponeses em defesa das sementes crioulas em contraposição às sementes geneticamente modificadas, em processos de cooperação produtiva e desenvolvimento sustentável indicam uma possibilidade real e efetiva de alternativas para o desenvolvimento rural.

O principal expoente é o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), que num elevado grau de intercooperação econômica e social baseado na produção em agroecológica e sustentado num profundo complexo de cooperação e ajuda mútua, tornou-se o maior produtor de arroz orgânico da América Latina e maior produtor de alimentos orgânicos do Brasil (MARTINS, 2019).

O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra abrange mais de 350 mil famílias assentadas, distribuídas em aproximadamente setecentos municípios brasileiros. Sua estrutura organizada em cem cooperativas, 96 agroindústrias e 1.900 associações (SILVA, 2018).

Um dos casos mais emblemático no Brasil acerca da produção de orgânicos é a experiência do MST no Estado do Rio Grande do Sul. Na safra de 2016-2017, 579 (quinhentos e setenta e nove) famílias assentadas na região metropolitana de Porto Alegre e na região da fronteira oeste do Estado produziram em um espaço de 5.100 hectares o expressivo número de 487.468 (quatrocentas e oitenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e oito) sacas de arroz (MARTINS, 2019).

O modelo apresentado pelo MST não se restringiu à produção; estendeu-se para os momentos de armazenamento e processamento, constituição de cooperativas locais e regionais para gestão e, para a comercialização, desenvolveram uma marca comercial própria – Terra Livre – que participam das políticas públicas de compra de alimentos e já tem atuado com exportação a países latino-americanos, América do Norte, Europa e Oceania.

O MST também construiu o Armazém do Campo, mercado específico para a comercialização de alimentos orgânicos produzidos em assentamentos oriundos de Reforma Agrária, estabelecido em São Paulo/SP e, no mês de junho de 2019, inaugurou uma filial em Recife/PE.

É preciso destacar que quando da concessão dos lotes de reforma agrária, hoje com critérios estabelecidos pela Lei n. 13.465/17, o beneficiário firma um contrato de concessão de uso da terra com o INCRA e recebe um crédito inicial de instalação para suas primeiras necessidades.

Posteriormente, o agricultor instalado pleiteia junto ao INCRA a Declaração de Aptidão ao Pronaf -DAP. Referido documento é o seu passaporte para acesso às políticas públicas de fomento, dentre elas o crédito rural do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf); a Política Nacional

de Assistência Técnica e Extensão Rural; e os programas de compras públicas, Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae).

O PRONAF possui diversos subprogramas que são específicos para o perfil do agricultor, levando em conta também outros aspectos como a região em que ele vai ser aplicado, o mercado local e outras variáveis. São modalidades do PRONAF: “agroindústria”, “mulher”, “agroecologia”, “eco”, “mais alimentos”, “jovem”, “microcrédito (grupo b), e “cotas-partes”.

O PRONAF-Agroecologia é o financiamento a agricultores e produtores rurais familiares, pessoas físicas, para investimento em sistemas de produção agroecológicos ou orgânicos, incluindo-se os custos relativos à implantação e manutenção do empreendimento. A partir deste crédito de fomento o beneficiário do lote passa produzir alimentos orgânicos.

Através deste modelo de produção de alimentos orgânicos, infirmados quando o Poder Público traz políticas de fomento a esta cultura, cria-se alternativas de sustentabilidade dentro de um projeto de assentamento de Reforma Agrária.

CONCLUSÃO

A partir do presente estudo, verifica-se que a Reforma Agrária, quando concebida em meados do Século XX, tinha como intenção realizar a desconcentração fundiária no país. Com seu avanço, a política pública passa a servir de instrumento de promoção do desenvolvimento (função extrínseca), como de garantia de direitos do agricultor familiar (função intrínseca).

Dentro desta perspectiva de política desenvolvimentista, observou-se que a Reforma Agrária pode ser importante instrumento dentro do processo de garantia do desenvolvimento sustentável, partindo do pressuposto que o desenvolvimento não se restringe apenas ao aspecto econômico, mas deve levar em conta fatores como IDH, proteção ao direito do mais vulnerável e sua pluralidade, haja vista que ele não pode ser benéfico apenas a uma pequena parcela das pessoas. Nesta senda, o estudo trouxe a perspectiva de Amartya Sen a respeito do assunto, ao abordar a ética dentro do desenvolvimento econômico.

Adentrando ao objeto do estudo, verificou-se a possibilidade da desapropriação para fins de Reforma Agrária de imóveis rurais que descumprem a função social ambiental como possibilidade de instrumento do processo de desenvolvimento sustentável, refutando a hipótese de que o imóvel rural que cumpre os requisitos de produtividade está imune à desapropriação-sanção, visto que os

requisitos elencados no art. 184 da Constituição da República não se excluem. Ao revés, a função social da propriedade só é realmente cumprida se todos eles forem observados, o que inclui o uso natural dos recursos naturais e a não degradação do meio ambiente.

Posteriormente ao que o estudou chamou de “fase de pré-assentamento” como alternativa de sustentabilidade, o artigo trouxe uma breve explanação acerca do uso de agrotóxicos e outros meios de políticas agrícolas nocivas ao meio ambiente e à saúde do ser humano, e descreveu modelos de projetos de assentamento que trabalham no cultivo de alimentos orgânicos como alternativa agricultura sustentável, Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 2.

REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, H.; LEROY, J. P. *Novas premissas da sustentabilidade democrática*. Rio de Janeiro: Projeto Brasil Sustentável e Democrático. FASE, 1999.
- AMADORA, C. M. A21 – *Desenvolvimento*. Disponível em: http://www.cm-amadora.pt/PageGen.aspx?WMCM_PáginaID=42786. Acesso em: 11 fev. 2020.
- ARAÚJO JÚNIOR, V. G. de. *Direito Agrário*: doutrina, jurisprudências e modelos. Belo Horizonte: Inédita, 2002.
- BARBOSA, G. S. O desafio do desenvolvimento sustentável. *Revista Visões*, Rio de Janeiro, 4. ed., v. 1, n. 4, jan./jun. 2008.
- BASSO, J. *Propriedade rural produtiva*: contexto, atualidade e perspectivas sob a ótica jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1909.
- CANEPA, C. *Cidades Sustentáveis*: o município como lócus da sustentabilidade. São Paulo: Editora RCS, 2007.
- CMMAD – Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, p. 166, 2012.
- FARIAS, V. Ad. F.; PINTO JÚNIOR, J. Mo. *Função Social da Propriedade*: Dimensões Ambiental e Trabalhista. Brasília: NEAD/MDA, 2005. Série Debate, n. 2.
- HACHEM, D. W. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.
- LIMA, R. A. de M. *Direito Agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MARQUES, B. F.; M. C. R. *Direito Agrário Brasileiro*. 12.ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.
- MARTINS, A. F. G. *A produção ecológica de arroz e a reforma agrária popular*. São Paulo: Expressão popular, 2019.
- MELO, L. *Governo Federal aprova registro de mais 31 agrotóxicos, somando 169 no ano*. G1, 21 mai. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/>

noticia/2019/05/21/governo-federal-aprova-registro-de-mais-31-agrotoxicos-somando-169-no-ano.ghtm. Acesso em: 17 fev. 2020.

POPULAR, 2016. *Caderno de Educação em Agroecologia: de onde vem nossa comida?* São Paulo: Expressão Popular. 2016.

SACHS, I. *Estratégias de Transição para o século XXI: Desenvolvimento e Meio Ambiente.* São Paulo: Studio Nobel – Fundação para o desenvolvimento administrativo, 1993.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos formais.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SEN, A. *Sobre ética e economia.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 23.

SILVA, D. L. O descumprimento da função sócio-ambiental como fundamento único da desapropriação para reforma agrária. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1632, 20 dez. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10774>. Acesso em: 16 fev. 2020.

SILVA, R. A. *MST é o maior produtor de orgânicos do país.* 2018. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2018/11/07/mst-e-o-maior-produtor-de-organicos-do-pais/>. Acesso em: 30 mai. 2019.

SILVEIRA, V. O. da. *O Direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico.* 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

SILVEIRA, V. O. da. Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 12, n. 2, jul./dez. 2013.

SILVEIRA, V. O. da; CAMPELLO, L. G. B. Educação para o desenvolvimento sustentável (EDS) e o greening das universidades. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, p. 549-572, 2016.

VEIGA, J. E. da. *Cidades Imaginárias:* o Brasil é menos urbano do que se calcula. Campinas: Editora da Unicamp, 2005.

O DIREITO DE ACESSO A TRIBUNAL, À MEDIAÇÃO E À ARBITRAGEM NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE RIGHT TO ACCESS TO COURT, MEDIATION AND ARBITRATION IN THE AMERICAN HUMAN RIGHTS CONVENTION

Adriane Garcel

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pesquisadora no Grupo Direito da Saúde e Empresas Médicas - Registrado no CNPq. Pesquisadora do grupo de pesquisa no grupo Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano – Registrado no CNPq. Mediadora Judicial. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

José Laurindo de Souza Netto

Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano, registrado no CNPQ. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, 2º Vice-Presidente, membro de seu Órgão especial e Presidente do NUPEMEC.

Miguel Kfouri Neto

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR). Líder do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas (UNICURITIBA), registrado no CNPQ.

Submetido em: 07/02/2020
Aprovado em: 09/03/2020

Resumo: O artigo tem por escopo examinar o direito de acesso à Justiça, sob o viés da Convenção Americana dos Direitos Humanos, por meios autônomos e difusos de solução de conflitos. O trabalho justifica-se pela relevância política, econômica e social, uma vez a busca constante pelo

judiciário inviabiliza a efetividade dos direitos e garantias assegurados na CADH. O exame parte de duas premissas elementares e estruturantes: a invocação de um direito à solução de conflitos por meio adequado e a ampliação dos serviços judiciais para além do provimento adjudicado. Tais assertivas estão presentes no desenvolvimento do todo o ensaio. Assim, em uma incursão a uma visão principiológica e contemporânea contribui para a fundamentação metodológica em pleno desenvolvimento no âmbito da mediação e da arbitragem no Brasil.

Palavras-chave: acesso à justiça; mediação; arbitragem; direitos humanos; CADH.

Abstract: The article aims to examine the right of access to justice through autonomous and diffuse means of resolving conflicts under the American Convention on Human Rights. The work is justified by its political, economic and social relevance, since, in line with the national policy for the proper handling of conflicts, established by the National Council of Justice, it develops around the dissemination of the culture of social pacification and the enforcement of Rights enshrined in the San José Pact of Costa Rica. The examination is based on two elementary and structuring premises: the invocation of a right to the resolution of conflicts through appropriate means and the expansion of judicial services beyond the adjudication provided. As a methodology, qualitative research is adopted, based on doctrinal and jurisprudential analysis. Thus, in an incursion into a principled and contemporary vision, it contributes to the methodological foundation in full development in the scope of mediation and arbitration in Brazil.

Keywords: access to justice; mediation; arbitration; human rights; ACHR.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A mediação como forma de acesso à justiça sob à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. 2. A arbitragem na Convenção Americana de Direitos do Homem. 3. O acesso à justiça no Pacto de São José da Costa Rica e as contribuições do Supremo Tribunal de Justiça. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A questão do acesso à justiça passou por radical evolução ao longo dos anos. De um acesso restrito e limitado apenas a determinados estamentos da sociedade, o acesso ao Judiciário passou a se expandir, em conjunto com o desenvolvimento de um Estado cada vez mais afeito às políticas sociais.

Paralelamente, o mercado e o comércio internacional também se desenvolveram e, num mundo cada vez mais ágil e globalizado, passaram a demandar respostas e soluções ágeis e práticas para os seus próprios litígios.

Nesse sentido, com a expansão da globalização, a difusão da internet e diante de um panorama que estabelece a necessidade de prestações ágeis e eficazes, mudou também o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava, pura e simplesmente, o acesso de todas as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar, às partes, a solução mais satisfatória para seus conflitos.

A evolução dos métodos de acesso à justiça é evidente a partir da obra de Cappelletti (1998), que teorizou acerca deste desenvolvimento como um processo que se deu em três ondas de acesso.

A primeira teria aberto a possibilidade de assistência judiciária para os mais pobres, democratizando o acesso ao Judiciário, não apenas em termos de acesso aos procedimentos judiciais, mas também através do fornecimento, pelo Estado, de assistência jurídica aos necessitados como forma de expandir, a estas pessoas, o acesso à Justiça, seja através de advogados privados pagos pelo poder público para representar aquelas pessoas que não dispõem de condições, seja pelo corpo de defensores públicos que servem especificamente para esta função.

Cabe ressaltar, aqui, o próprio exemplo da atual realidade brasileira, onde se verifica a gratuidade das custas processuais para aqueles que comprovem fragilidade socioeconômica, garantindo que quaisquer indivíduos, independentemente de renda ou posição social, possam levar suas demandas ao Judiciário.

A segunda onda de acesso à justiça concretizou a possibilidade da representação dos interesses difusos – ou coletivos – perante o Judiciário, o que simbolizou a transição de um Direito que enxergava apenas os litígios e interesses individuais para uma ciência jurídica também preocupada com a tutela das questões da coletividade, principalmente a partir das grandes demandas coletivas verificadas no pós-II Guerra Mundial, relacionadas principalmente à proteção ao meio-ambiente, às questões trabalhistas ou aos interesses do consumidor.

Foi o início não apenas da noção de que diferentes tipos de conflitos também necessitam do acesso à justiça, mas também da percepção, ainda incipiente, de que cada tipo de conflito merece um tipo específico de tratamento que possa conduzir ao seu desenlace.

A terceira onda, de particular interesse para este capítulo, consolidou a noção de que novos problemas demandam novas abordagens e soluções. Foi a onda que contribuiu para a expansão do acesso à justiça através da busca pela compreensão das diferentes possibilidades trazidas por cada conflito; nesse contexto é que surgiram e se desenvolveram os métodos adequados de resolução de conflitos, que se estabeleceram paralelamente à percepção de que era necessário retomar e prestigiar o protagonismo das partes no andamento processual e na solução de seus próprios litígios.

A oferta de novas alternativas para o tratamento de conflitos de interesse se trata, portanto, da concretização do ideal de expansão do acesso à justiça, reco-

nhecendo que a promoção deste acesso não é exclusividade do Poder Judiciário, sendo, antes, política que deve ser promovida pelo Estado através da abertura de novas vias para a resolução dos mais diversos tipos de litígios. Este reconhecimento passa pela percepção de que a função do Estado já não se limita a meramente oferecer acesso aos mecanismos do Poder Judiciário, mas também passa por promover como política judicial a abertura a outros meios de pacificação social (CINTRA, et al., 2010, p. 44)

Nesse sentido, os novos métodos de resolução de litígios trazem o elemento essencial para a concretização do acesso à justiça: a eficácia, que evita que este acesso seja meramente formal, contribuindo de forma real para levar a justa resposta às pretensões das partes (CINTRA, et al., 2010, p. 44).

Somente desta forma é possível concretizar o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que não deve ser interpretado somente como o acesso puro e simples aos mecanismos da justiça, mas sim como acesso à ordem jurídica justa (MANCUSO, 2012, p.151).

Dentre as novas perspectivas trazidas no bojo da terceira onda, se encontra também a possibilidade da utilização de mecanismos privados para a resolução de litígios (CAPPELLETTI, 1998, p.71), dentre eles a arbitragem, que se consolidou nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, inclusive no Brasil, contribuindo de forma indelével para expandir o acesso à ordem jurídica justa a partir da oferta de um método dotado de plena eficácia e reconhecimento em lei.

Em tempo, partindo deste contexto, com aporte na Convenção Americana de Direitos Humanos, perscruta-se o lastro político e social que dá sustentação a adoção da mediação e a arbitragem no Brasil, estabelecendo-os como mecanismos hábeis e adequados de acesso à justiça.

Na primeira parte, se busca uma contextualização e análise da mediação com aporte na CF/88, na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a Política Nacional de Tratamentos dos Conflitos, e na Lei Federal nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação. Em seguida se examina a arbitragem, com aporte na Lei Nº 9.307/1996. Ambas as análises são verificadas à luz da Convenção Americana dos Direitos Humanos ao que se refere ao acesso à Justiça. Na terceira parte, se apresenta a atuação da Superior Tribunal de Justiça no âmbito da mediação e da arbitragem como portas de acesso à Justiça.

Por fim, reafirma-se os meios adequados de solução de conflitos como verdadeiros instrumentos efetivados dos direitos estabelecidos no Pacto de São José da Costa Rica.

1. A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA SOB À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

De início, todos as querelas interpessoais podem ser trabalhadas na mediação, em que pese, seja mais adequada quando há contendas que envolvem inter-relações duradouras e nos quais preponderam os aspectos subjetivos, uma vez que, privilegia a retomada do diálogo entre os envolvidos e o restabelecimento do *status quo* da relação.

Vale ressaltar, contudo que, para a delimitação do meio de solução de conflitos a ser empregado é necessário considerar a motivação das partes envolvidas, ou seja, os objetivos da questão a ser resolvida, bem como suas características peculiares (PECKHAMM, 1985, p. 269).

Neste sentido, a mediação consiste em um processo cooperativo, que considera as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade e equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada (BACELLAR, 2016, p. 230).

Por um longo período a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas. Por outro lado, o processo jurisdicional representava a conquista da civilização (GRINOVER, 2008, p. 71).

Hoje, o interesse pela autocomposição com enfoque funcional, social e político ressurge, mostrando-se como um mecanismo capaz de evitar o processo ou encurtá-lo, tem-se então uma cultura de conciliação, cujos fundamentos passam-se a serem discorridos.

Partindo do pressuposto acima, os fundamentos funcional, social e político das vias conciliatórias são coexistentes e complementares. Uma vez que, o funcional refere-se a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição, o social trata-se da pacificação e o político da participação popular (LAGRASTA, 2016, pp. 45-49).

O mecanismo predominante utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a “cultura da sentença”, que tem como resultado o aumento cada vez maior da quantidade de recursos (WATANABE, 2016, p. 51).

Alinhada à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, com a consequente disseminação da cultura de pacificação.

Um dos pontos mais relevantes da resolução reside na atualização do conceito de acesso à justiça. Já não basta tê-lo como mero acesso aos órgãos judiciais e aos processos contenciosos, e sim como acesso à ordem jurídica justa. Vislumbra-se então uma tendência nacional de ampliação das vias de acesso à justiça.

Extrai-se, ainda da resolução, que todos os jurisdicionados tem o direito à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos adequados de resolução de conflitos, como mediação e a conciliação.

De acordo com o § único, do art. 1º da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dá regramento ao exercício da mediação com meio adequado para a solução de controvérsias, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Corroborando, pelos critérios estabelecidos no art. 165 do Código de Processo Civil, a mediação é instrumento mais adequado aos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes. Seu propósito é o de ajudar as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles próprios possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, soluções que fornecem benefícios recíprocos.

Nesse sentido, impende destacar a assertiva de Humberto Theodoro Junior, sobre a relevância da pacificação social para uma vida em sociedade:

Para manter o império da ordem jurídica e assegurar a paz social, o Estado não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados. Divide, pois, suas funções soberanas, de molde a atender a essa contingência, em atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 13)

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (2018), no período de 2009 a 2017, a taxa de crescimento médio do estoque foi de 4% ao ano. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos. Sendo que, a Justiça Estadual concentra a maior parte do estoque de processos: 63.482 milhões, o que equivale a 79% dos processos pendentes. A Justiça Federal concentra 12,9% dos processos, e a Justiça Trabalhista, 6,9%. Os demais segmentos, juntos, acumulam 1% dos casos pendentes.

Em 2017, cada juiz brasileiro julgou, em média, 1819 processos, o que equivale a 7,2 casos por dia útil - esse é o maior índice de produtividade desde 2009. Os índices de produtividade dos magistrados (IPM) e dos servidores (IPS-Jud) são

calculados pela relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que atuaram durante o ano na jurisdição. Em 2017, o IPM e o IPS-Jud variaram positivamente no último ano em 3,3% e 7,1%, respectivamente. O Cenário é alarmante, sendo um dos motivos pela busca de novos métodos como alternativas mais eficientes para o descongestionamento do Poder Judiciário.

Recentemente, passou-se a afirmar que a mediação, a conciliação e mesmo a arbitragem não seriam meios alternativos, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Essa expressão “multiportas” decorre de uma metáfora – seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta de mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal (CUNHA, 2020, p. 1)

Premente, retratar que a opção entre os vários meios alternativos de solução de controvérsias deu-se por diversos motivos, alguns deles utilitaristas, como a economia de tempo, simplificação, ou redução de custos (ENGEL, 2010, p. 42) e por isso não se afigura correto professar a mediação ou a arbitragem ou qualquer outro meio “alternativo” como meio a ser adotado para abrandar o imenso fluxo de processos no Poder Judiciário. Tais medidas não têm esse objetivo específico, em que pese seja possível que sua adoção resulte numa diminuição de processos judiciais.

A mediação reconhecida como método de tratamento mais adequado para as resoluções de conflitos, desburocratiza o acesso à Justiça, tornando-o mais célere, menos custoso e mais eficaz para os envolvidos.

2. A ARBITRAGEM NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS DO HOMEM

A arbitragem se trata de mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, sendo um método heterocompositivo, ou seja, que conta com a figura de um terceiro – ou colegiado de terceiros – que decidirá um litígio trazido a ele por vontade das partes. Dessa forma, o conflito é retirado da possibilidade da tutela estatal e submetido ao tribunal arbitral, que é, tanto quanto o juízo estatal, dotado de jurisdição própria, dado que também preenche os escopos jurídico, político e social do processo (DINAMARCO, 1998), a despeito de não possuir o *imperium* do juízo estatal.

Mais do que o poder jurisdicional em comum entre o juízo estatal e o juízo arbitral, no entanto, ambos compartilham também, segundo Dinamarco (2013, p. 38-39), a convergência em torno do escopo social pacificador, pois se reportam ao propósito da pacificação social e, hoje, da solução adequada dos conflitos.

De acordo com Carmona (2004, p. 51), a arbitragem é entendida como um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão dotada da mesma eficácia que uma sentença judicial e servindo para a solução de conflitos concernentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Historicamente, a arbitragem se estabeleceu como forma eficaz para a solução de litígios comerciais, tendo forte relação com a prática da *lex mercatoria* e com a expansão comercial que marcou as sociedades ocidentais tanto em Roma quanto na Modernidade, principalmente em torno do comércio marítimo que inevitavelmente acompanhou a expansão das nações europeias através dos séculos anteriores à Contemporaneidade.

Com o desenvolvimento da navegação e das rotas de comércio, as sociedades humanas passaram a desfrutar de crescentes avanços tecnológicos e sociais, frutos das intensas trocas que se desenvolveram entre povos radicalmente diferentes, capazes de pensar novas formas de viver e interagir tanto com o seu próprio ambiente quanto com terras longínquas e, até então, misteriosas.

Quando o homem se lançou ao horizonte – tanto ao mar quanto às terras distantes – e se propôs a desbravar o desconhecido, ele iniciou também um movimento econômico e social que ainda se encontra em processo, servindo para inserir todos os cantos do planeta num modelo econômico global que foi sendo gradativamente refinado ao longo dos séculos.

A prática de um conjunto de usos e costumes mercantis – criados, refinados e mantidos através das rotas terrestres para terras distantes, da navegação e do comércio ultramarino – terminou por originar e consolidar a *lex mercatoria*, ou seja, o direito dos mercadores, comerciantes e profissionais, desvinculado de normas estatais e estabelecido pela prática e tradição, tendo considerável relevância para as economias mediterrânicas.

Com a revitalização e a retomada das práticas comerciais livres abarcadas pela *lex mercatoria* após as duas Guerras Mundiais – quando a queda dos impérios e dos modelos de comércio exterior típicos do fim do séc. XIX foram substituídos por um modelo cada vez mais globalizado e abrangente –, revitalizou-se a arbitragem, sendo estabelecida como o método de preferência para a resolução de conflitos comerciais internacionais.

Isto ocorreu principalmente em resposta à dificuldade enfrentada pela multiplicação e pelo refinamento dos diferentes sistemas legais ao longo do século XX: com o desenvolvimento de codificações cada vez mais especializadas, per-

sonalizadas e diferentes entre si, seria impossível manter o crescente comércio internacional sem um certo nível de homogeneidade nas relações, fortemente limitadas pelas leis de cada local. Os Estados se viram forçados, então, a reconhecer a existência da prática e dos costumes no comércio internacional e a sua importância para o mantimento de relações de comércio saudáveis entre diferentes regiões, bem como se viram obrigados a prever, em seus próprios sistemas legais, a possibilidade da opção pelo juízo arbitral.

Este foi o contexto ideal para a ascensão da arbitragem, dada a possibilidade, em seu bojo, de opção por qualquer sistema legal ou codificação preferida pelas partes, que pactuam, no compromisso arbitral, não apenas a natureza dos litígios que serão submetidos ao juízo privado, mas também qual será a legislação aplicável ao caso – havendo, inclusive, a possibilidade de o árbitro julgar o litígio por equidade, se as partes assim preferirem –, cabendo também, às partes, a prerrogativa de decidir conjuntamente acerca de qual será a sede do procedimento arbitral.

Essa característica consagra um dos princípios basilares da arbitragem, a autonomia da vontade, caracterizando a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação a qual queiram submeter-se (CARMONA, 2004, p. 64).

Este elemento volitivo é parte essencial da arbitragem: para que qualquer litígio seja submetido ao juízo arbitral, é necessária a anuência de ambas as partes, que, dessa forma, recusam a jurisdição estatal, que em geral não pode reexaminar a questão levada à arbitragem (WALD, 2005, p.16). Sendo assim, as partes recusam o seu direito de levar à apreciação do Judiciário os tipos de litígios discriminados na cláusula arbitral, estando vinculados ao que for acordado entre elas e ao que for decidido pelo tribunal arbitral.

No plano internacional, a arbitragem tornou-se o método mais utilizado para a resolução de conflitos comerciais, pois costuma ser mais célere que a justiça estatal – fator essencial para o comércio internacional, fortemente dependente de celeridade –, reduz os custos e a complexidade nas relações comerciais e promove garantias às partes, servindo também para proteger de forma satisfatória tanto comprador quanto vendedor, que podem recorrer ao juízo arbitral em igualdade de condições, da forma já prevista e acordada entre eles.

Vantajosa também, na arbitragem, é a possibilidade de as partes contarem com julgadores especializados na área debatida, posto que também os árbitros são, em geral, escolhidos e acordados entre as partes, e usualmente possuem notável saber acerca das questões técnicas geralmente discutidas no procedimento. Esta característica contribui para reforçar a segurança e a eficácia das

sentenças arbitrais, que, para além de mais céleres que as estatais, tendem a ser embasadas em extenso conhecimento técnico, reforçando a promoção do acesso à justiça e de uma ordem jurídica justa.

No Brasil, após décadas de estagnação econômica, a abertura ao mercado internacional no início dos anos 90 gerou interesse e investimentos externos no país, lançando a economia nacional em meio a um mercado globalizado e cada vez mais acelerado.

Nesse contexto, diante da prática consolidada da arbitragem no comércio internacional e se deparando com um número cada vez maior de sentenças arbitrais estrangeiras que de alguma forma envolviam companhias nacionais ou estrangeiras que atuavam no Brasil, o país teve de enfrentar com a premente necessidade de criação de um dispositivo legal que regulasse estas questões e contribuísse para a inserção nacional no mercado externo.

Seguindo estes anseios, a possibilidade da arbitragem em solo nacional foi inaugurada pela Lei nº 9.307/96, que regulou e estabeleceu as bases de aplicação do juízo arbitral no Brasil e, de forma a garantir a eficácia das sentenças arbitrais, dotou o árbitro de poder jurisdicional, como se verifica no art. 18 da lei, que determina que o árbitro é juiz de fato e direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1996).

Após questionamentos, a Lei da Arbitragem passou por seu primeiro teste de fogo em dezembro de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal consolidou, em decisão histórica, o entendimento de que a Lei nº 9307/96 é constitucional. A decisão veio na esteira da discussão de um *leading case* concernente a homologação de sentença arbitral estrangeira: no caso, iniciado em 1995, uma companhia internacional intentava a homologar no Brasil uma sentença arbitral emitida na Espanha, tencionando a fazer valer seus efeitos também em solo brasileiro; o pedido inicialmente foi indeferido, o que levou a companhia a interpor recurso contra a decisão.

A partir de questionamento do ministro Moreira Alves durante a apreciação do recurso, a discussão sobre a constitucionalidade da Lei da Arbitragem foi incluída no julgamento: por sete votos a quatro, a maioria do colegiado da Corte entendeu que o dispositivo legal não feria a Constituição, pois as partes possuíam o direito de renunciar à jurisdição estatal quando a questão tratasse de direitos patrimoniais disponíveis. Em seu voto, o ministro Carlos Velloso afirmou que o inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Federal de 1988 – que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – representa um direito à ação, e não um dever (STF, 2001).

Sendo assim, cabe às partes a decisão de optar ou não por este direito, podendo recorrer à arbitragem se assim o quiserem e se a questão discutida tiver por escopo direitos dos quais elas possam dispor.

Superada a controvérsia acerca da constitucionalidade da Lei da Arbitragem, o instituto só cresceu desde então, tendo sido abarcado pelo novo Código de Processo Civil, que reafirmou a arbitragem como método jurisdicional brasileiro. O crescimento vertiginoso da aplicação da arbitragem também se revela na análise dos números, que seguem sendo superados ano após ano no Brasil, seja em quantidade de procedimentos, seja nos valores arbitrados.

Em 2017, os valores julgados pelas principais câmaras arbitrais brasileiras superaram, conjuntamente, os 26 bilhões de reais (LEMES, 2018, p. 5), o que evi- dencia o apelo deste método de resolução de conflitos sobre as questões empre- sariais e societárias, matérias que lideram a opção pelo juízo arbitral.

Essencial para a expansão da arbitragem no Brasil e para a conexão do país ao contexto arbitral internacional foi a ratificação da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. A despeito de a convenção datar de 1958, seu reconhecimento e ratificação pelo governo brasileiro ocorreram somente em 2002, após a superação da controvérsia acerca da constitucionalidade da Lei da Arbitragem. Isso facilitou a inserção do país nas tratativas do comércio internacional, àquela altura já profundamente adepto da arbitragem, expandindo as hipóteses de execução de sentenças arbitrais estrangeiras em solo nacional e contribuindo para fortalecer a segurança jurídica do juízo arbitral e das relações comerciais não apenas no Brasil, mas principalmente em âmbito internacional.

Passados mais de 22 anos após a promulgação da Lei da Arbitragem, seu impacto no cenário jurídico brasileiro foi substancial, tendo alterado fundamentalmente a forma como os conflitos de natureza empresarial e societária são tratados no país. Saiu de cena a espera de anos por soluções junto ao Judiciário, já abarrotado por demandas das mais diversas naturezas, e entrou em cena uma forma de solução ágil e satisfatória para estes litígios.

Nos últimos anos, inclusive, a alternativa da arbitragem se tornou praticamente obrigatória nos litígios oriundos de movimentações no mercado financeiro, tendo se tornado praxe a inclusão, nos estatutos da maior parte das empresas listadas na B3 – antiga Bovespa – de cláusula compromissória que direciona ao juízo arbitral todas as disputas oriundas das relações societárias ou entre acionistas e companhia. Relevante notar, inclusive, que para os maiores segmentos da B3, que contam com regras mais rígidas de *compliance*, a inclusão de cláusula arbitral estatutária é obrigatória para a inserção da companhia no mercado de ações.

A inserção desta cláusula em estatuto não precisa ser feita por unanimidade, bastando que a maioria do corpo de acionistas com poder de voto decida por sua inclusão, e sua inserção obriga todos os acionistas da companhia. Se trata de questão que restou controversa por tempo considerável, opondo duas linhas principais de pensamento: de um lado, juristas como Francisco José Cahali defendiam que a inserção da cláusula vincula a todos os acionistas; por outro, Modesto Carvalhosa entendia que vincular os acionistas dissidentes seria solapar-lhes o direito constitucional de apresentar suas demandas diante do Poder Judiciário (CARVALHOSA, 2014).

A controvérsia foi sanada com a reforma da Lei das Sociedades Anônimas, em 2015, que, dentre outros, incluiu o art. 136-A, que determina que a inserção da cláusula compromissória em estatuto por voto de maioria absoluta dos acionistas obriga a todos eles, independentemente de terem votado ou não a favor da inclusão. O remédio fornecido pela reforma da lei para os acionistas discordantes foi facultar, a eles, o direito de retirada da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações.

Insta ressaltar a possibilidade de solucionar, através deste meio, os litígios que envolvam a Administração Pública. A reforma da Lei da Arbitragem, em 2015, trouxe em seu bojo a intenção de ampliar a prática arbitral no país, de forma a trazer para a jurisdição arbitral, inclusive, as entidades da Administração, desde que respeitando o princípio da publicidade e limitando o escopo destas disputas às questões concernentes apenas aos direitos patrimoniais disponíveis, como verificável nos parágrafos 1º do art. 1º e 3º do art. 2º incluídos pela reforma à lei original.

Segundo o texto dos novos parágrafos, a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 2015), desde que o procedimento arbitral seja de direito e respeite o princípio da publicidade.

3. O ACESSO À JUSTIÇA NO PACTO DE SÃO JOSÉ DE COSTA RICA E AS CONTRIBUIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em seu Art. 8 (I), a Convenção Americana dos Direitos Humanos determina que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969).

Esta determinação simboliza, na prática, a necessidade da promoção do acesso à justiça, garantindo não apenas que o juízo estatal esteja pronto para receber as demandas de todo e qualquer cidadão, mas também que cada indivíduo tenha o direito de ter suas demandas analisadas pelo juízo mais adequado a cada caso.

Nesse sentido, se torna essencial promover os métodos adequados de solução de conflitos, posto que somente através da forma certa para cada situação o objetivo de pacificação social pode ser atingido.

Como efeito colateral positivo dessa promoção de novos métodos, tem-se também a redução de demandas levadas ao Judiciário, que, hoje se sabe, nem sempre é o local mais adequado para tratar de todos os tipos de litígios, posto que, para certos tipos de demandas ou controvérsias, o processo judicial pode ser incapaz de atender efetivamente à reivindicação de direitos, constituindo, em verdade, um obstáculo processual (CAPPELLETTI, 1998).

As cortes superiores do país, principalmente o STJ, também estão contribuindo para a promoção dos métodos adequados de solução de conflitos. O primeiro passo significativo dado pela corte nesse sentido foi a aprovação para a criação, em setembro de 2016, do Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do Superior Tribunal de Justiça.

A criação deste Centro se deu por meio de alteração regimental, a partir da emenda 23, datada de 28 de setembro de 2016 e publicada no DJe de 14 de outubro do mesmo ano. Para além de alterar os artigos 11 e 21 do Regimento Interno do STJ, a emenda também inseriu o Capítulo V, concernente exclusivamente à mediação. Segundo a redação do capítulo, O Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do Superior Tribunal de Justiça, responsável por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação e por desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, será coordenado pelo ministro designado pelo presidente (Regimento Interno do STJ, Art. 288-A).

O capítulo possibilita, ainda, que o relator das ações tratadas no STJ possa enviar de ofício o processo para a mediação, ou ainda solicitar ao Centro de Soluções Consensuais a indicação de mediador para auxiliá-lo em procedimento de conciliação (STJ, 2016).

A primeira aplicação exitosa da mediação no âmbito do STJ foi a realizada no Recurso Especial 1.593.118/SP, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, que tratou de, por iniciativa própria, levar o litígio à mediação antes mesmo da emenda 23. O litígio tratava de controvérsia entre uma seguradora e sua segurada, e seu envio à mediação se deu com o objetivo – declarado pelo

ministro Salomão – de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios (STJ, 2016).

Outra decisão paradigmática se deu em 2017, quando o STJ estabeleceu que a Oi SA, mesmo em situação de recuperação judicial, poderia realizar mediação com seus pequenos credores. Neste caso, a prática da mediação possibilitou não apenas a solução pacífica e consensual dos conflitos entre companhia e credores, como também contribuiu para a efetivação do plano de recuperação judicial da empresa e para a satisfação daqueles credores que tentavam obter valores através da justiça. Atingindo os objetivos da mediação, o procedimento contribuiu tanto para solucionar o conflito quanto para atuar nas causas de fundo que deram ensejo ao litígio judicial.

Dessa forma, é notável o esforço do Superior Tribunal de Justiça não somente pelo reconhecimento dos métodos adequados de solução de conflitos, como também pela sua ativa promoção. Nesse sentido, a corte mostra seu alinhamento com as políticas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça, evidenciando a absorção e o impacto cada vez maiores destas políticas no modo de se fazer e pensar a Justiça no Brasil.

A despeito de não estar mencionada diretamente no texto da Convenção, a arbitragem é método que se encaixa exemplarmente no conceito de acesso à justiça, pois fornece soluções àqueles que, de outra forma, poderiam não ter suas demandas adequadamente tratadas seguindo os métodos tradicionais.

Nesse sentido, um trabalho conjunto de reconhecimento mútuo entre a jurisdição arbitral e a estatal se mostram frutíferos para a prestação da justiça.

Amostra da exemplar sinergia estabelecida entre a arbitragem e a jurisdição estatal, aliás, se encontra nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, amplamente favoráveis ao instituto da arbitragem, principalmente quando se trata de questões concernentes a conflitos de competência. Diversas são as decisões paradigmáticas da Corte em favor da competência do juízo arbitral, reconhecendo a força vinculante exercida pela cláusula compromissória estatutária ou por cláusulas arbitrais contratuais.

Estas decisões contribuíram para reforçar o lugar da arbitragem no ordenamento jurídico nacional, reforçando seu caráter de método adequado de solução de conflitos e chancelando sua prática.

Cabe ressaltar, inclusive, as afirmações proferidas no painel intitulado *Retrato Atual das Práticas de Arbitragem*, promovido pelo STJ em agosto de 2019, no qual se reconheceu não apenas o importante papel prestado pela arbitragem

no panorama da solução de litígios, como também a crescente e já significativa sinergia entre o juízo estatal e o arbitral no Brasil.

Segundo o ministro Luis Felipe Salomão, já não existe um cenário de disputa entre juízes e árbitros no país, mas sim de interação e colaboração, posto que, para o ministro,

(...) as soluções extrajudiciais de resolução de conflitos não crescem à sombra do insucesso ou não da jurisdição estatal. Ao contrário, representam o avanço do processo civilizatório da humanidade, que, de maneira consciente, busca mecanismos de pacificação social eficientes.

Ainda, de acordo com o ministro, um dos mais marcantes exemplos do crescimento substancial na prática dos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil é o seu estabelecimento em disciplinas obrigatórias nas faculdades de Direito pelo país, o que evidencia que a academia e a própria ciência jurídica em si estão abraçando novos métodos e integrando a busca pela pacificação social ao corpo do pensamento jurídico.

Dentre as várias decisões paradigmáticas do STJ acerca do juízo arbitral, destacam-se principalmente aquelas que tratam de conflito de competência entre juiz estatal e tribunal arbitral. No julgamento do Recurso Especial nº 1.656.643-RJ, em 2019, a controvérsia consistia em determinar se o Poder Judiciário teria ou não o poder de se manifestar acerca do alcance de cláusula compromissória de forma prévia ao próprio Tribunal Arbitral (STJ, 2019).

Em seu voto, a ministra Nancy Andrighi reconheceu a necessidade da aplicação do princípio da competência-competência, já traduzidos em lei pelos artigos 8º e 9º da Lei da Arbitragem, estabelecendo a precedência temporal do procedimento arbitral; dessa forma, em caso de existência de cláusula compromissória, o juízo estatal só poderia se pronunciar após a edição da sentença arbitral e em casos excepcionais de vícios na sentença ou no procedimento, como já previsto pela própria Lei nº 9.307.

A proteção deste princípio na arbitragem se deu de forma a não apenas garantir a eficácia do procedimento arbitral e da cláusula compromissória, mas também evitar a judicialização desnecessária de questões que, como previamente acordado pelas partes, teriam como local adequado de discussão o âmbito arbitral.

Em sua decisão, a ministra utilizou como embasamento, inclusive, a Sentença Estrangeira Contestada nº 854/EX, julgada em 2013, que declaradamente reconhecia a competência do juízo arbitral com o fim de evitar abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, além de reforçar a vinculação das partes ao compromisso arbitral, posto que acatar a judicialização da questão

por uma das partes submetidas à cláusula arbitral seria conceder, a esta parte, o poder unilateral de frustrar a arbitragem avençada anteriormente (STJ, 2013).

Em decisão igualmente paradigmática, o voto da ministra Nancy Andrighi prevaleceu no Conflito de Competência nº 157.099, que tinha como controvérsia o conflito entre as competências da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro e do Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo acerca do processo de recuperação judicial da Oi SA.

Tal disputa se centrava em torno da instalação de procedimento arbitral para julgar o caso, e o questionamento se deu acerca da possível competência do juízo estatal, dado que, segundo a jurisprudência estabelecida, o juízo competente para decidir tais questões seria aquele no qual ocorre o processo de recuperação judicial. Em sua decisão, o colegiado de ministros reconheceu a competência do juízo arbitral para julgar o caso, posto que a adoção da arbitragem se deu em decorrência direta de previsão estatutária – livremente aceita pela vontade das partes – que obriga a adoção dessa via para a solução de litígios societários (STJ, 2018).

Impende ressaltar, também, a divulgação em 2019, pelo STJ, das 14 teses consolidadas na corte sobre arbitragem, na edição nº 122 do periódico Jurisprudência em Teses. Nesta publicação, a Secretaria de Jurisprudência da corte compilou os precedentes mais recentes e relevantes do STJ sobre o assunto, tendo dado destaque, em especial, a duas teses principais: aquela que confirma que a atividade desempenhada pelos árbitros possui natureza jurisdicional (STJ, 2019) – o que pode ensejar, portanto, conflitos de competência que devem ser decididos pelo STJ –, e aquela que determina que o Código de Defesa do Consumidor impede adoção compulsória da arbitragem no momento de celebração do contrato, porém possibilita que, em caso de conflito entre as partes, elas possam instaurar um procedimento arbitral se ambas assim o desejarem.

Relevantes também são as teses que reafirmam a força da convenção de arbitragem, seja através da determinação de que a convenção de arbitragem (...) goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definido ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se a jurisdição estatal (STJ, 2019), seja através do reconhecimento de que a Lei da Arbitragem é aplicável mesmo aos contratos celebrados antes de sua edição (STJ, 2019), tópico já consolidado anteriormente com grande força, inclusive, pela Súmula 485 do STJ.

CONCLUSÃO

Além da justiça estatal, as controvérsias podem e devem ser solucionadas pela justiça conciliativa e arbitral, por constituírem mecanismos de acesso à

ordem jurídica justa, onde o cidadão tem à sua mão a opção de escolher o método que melhor atende a sua pretensão.

Impende destacar que a possibilidade de solução de conflitos com a Administração Pública por via arbitral, trata-se de alteração que visa a atender ao interesse público: através do uso de um método adequado para a solução de questões patrimoniais, a Administração evita ingressar na justiça estatal com demandas que demorariam anos a fio para obter soluções, ao mesmo tempo em que contribui para desafogar o Poder Judiciário das várias demandas patrimoniais que emanam da imensa estrutura administrativa do país.

Desta forma, se promove o meio mais adequado para que os litígios que envolvam bens patrimoniais disponíveis sejam resolvidos de forma célere e eficaz, ressaltando, acima de tudo, o caráter de verdadeiro acesso à justiça deste método de solução de conflitos.

Prementre notar, como mostram os números e a inserção cada vez maior da arbitragem na legislação e no ordenamento legal brasileiro, o instituto lançou as bases para se estabelecer como uma das mais relevantes formas alternativas de resolução de conflitos no país, obtendo resultados satisfatórios para os envolvidos e contribuindo para desafogar as demandas do Poder Judiciário, tanto aquelas oriundas da iniciativa privada quanto as advindas da própria Administração.

Esta segurança fornecida pelos procedimentos arbitrais e o processo de mediação, são garantidas por sua harmonia com o Poder Judiciário é verificável através dos extraordinários números da arbitragem e mediações, que crescem vertiginosamente ano a ano.

Dentro do contexto da Convenção dos Direitos Humanos, os meios adequados de solução de conflitos – mediação e arbitragem, podem serem vistos como ações pragmáticas de humanização das relações, de melhoria no convívio em sociedade.

O alinhamento entre STJ, mediação e arbitragem revela, portanto, que tanto as principais cortes do país quanto a jurisdição arbitral estão unidos na promoção dos métodos adequados de resolução de conflitos, permitindo o verdadeiro acesso à justiça e a realização da justiça material almejada pelo cidadão.

A missão agora é instrumentalizar e disponibilizar os métodos adequados de solução de conflitos, criando meios e técnicas aderentes à nova realidade brasileira, de modo que possibilite o acesso à Justiça. Do mesmo modo continuar o trabalho incansável da disseminação da cultura da paz, mudando a mentalidade litigiosa da sociedade.

Conforme estabelece a CADH, o reconhecimento dos direitos essências da pessoa humana não deriva do fato de ser ela nacional de um determinado Estado,

mas sim o fato de ter como o fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Nesse sentido, o reconhecimento das cortes à atuação na mediação e à jurisdição arbitral é importante não apenas para preservar a segurança jurídica das sentenças prolatadas pelos árbitros, ou a validade dos acordos realizados nas mediações, mas também para garantir que a vontade das partes, pactuada e formalizada, seja valorizada e respeitada, assegurando assim o propósito de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundada no respeito dos direitos humanos essenciais.

A conversão corrobora a Declaração Universal dos Direitos Humanos de que somente é possível ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos direitos civis e políticos.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de novembro de 1996. Publicada no D.O.U. em 24 de setembro de 1996. Reformada pela Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015, publicada no D.O.U. em 27 de maio de 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Sentença Estrangeira 5.206-7*. Reino da Espanha. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Industria e Comercio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 08 de maio de 1997. Serviço de Jurisprudência do STF, Diário da Justiça de 30/04/2004, *ementário* nº 2149-6.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.656.643-RJ*. Recorrente: BRPR XXVII Empreendimentos e Participações LTDA. Recorrida: Manchester Patrimonial SA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 09 de abril de 2019. DJe 12/04/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência 157.099-RJ*. Suscitante: Oi SA – Em recuperação judicial. Suscitados: Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 10 de outubro de 2018. DJe 30/10/2018.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça, Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87745-juizes-bateram-recorde-de-produtividade-em-2017>. Acesso em: maio 2019.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>. Acesso em: maio 2019.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A Mediação e a Conciliação no contexto do novo Código de Processo Civil de 2015. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 3, n. 44, p. 597-630, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1881>. Acesso em: 06 fev. 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- KFOURI NETO, M.; BUZZI, G. C.; SILVA, R. D. L. A efetividade do princípio da fraternidade mediante a escolha pela prática colaborativa na esfera empresarial. In: LIMA, Priscila Luciene Santos de; CARVALHO, Robert Carlon de. (Org.). *Diálogos (im)pertinentes? Efetivação da igualdade*. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 115-138.
- LEMES, Selma. *Arbitragem em Números e Valores*. Artigo científico. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Direito à Tutela Jurisdicional: O Novo Enfoque do Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 926, p. 135-178, dez. 2012.
- THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em Teses*. Ed. n. 122. Brasília: Secretaria de Jurisprudência, 05/04/2019.
- WALD, Arnaldo. O controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 87, p. 27-35, set. 2006.

BIOPOLÍTICA E BIOPODER COMO FORMA DE INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA E DE CONTROLE SOCIAL: A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO INIBITÓRIA DA MANIPULAÇÃO SOCIAL

BIOPOLITICS AND BIOPOWER AS A FORM OF INTERVENTION IN THE ECONOMIC ORDER OF SOCIAL CONTROL: THE GENERAL DATA PROTECTION LAW AS AN INHIBITORY OF SOCIAL HANDLING

Elaine Cristina Sotelo Fachini

Mestranda do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP – UNIMAR, bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Docência do Ensino Superior pela UNIMAR.

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Docente do Programa de graduação, mestrado e doutorado em direito da Universidade de Marília – Marília – São Paulo (Brasil). Doutorado e Mestrado em Educação pela UNESP/Marília, Graduação em Ciências Sociais pela UNESP/Marília. Líder do grupo de pesquisa Globalização, soberania e neoliberalismo, inscrito regularmente no DGP/CNPq. Pós-doutoranda em Sociologia do Trabalho pela UNESP/Marília.

Submissão em: 02/10/2019

Aprovado em: 20/02/2020

Resumo: O presente artigo objetiva apresentar a biopolítica e o biopoder como mecanismo, de intervenção na ordem econômica e controle social. Em Foucault a biopolítica e o biopoder tem como característica a forma de governar a vida, criando corpos economicamente ativos, como base para o capitalismo. Explorando as relações entre a biopolítica e a evolução tecnológica observa-se a possibilidade de controle unificado das diversas atividades do indivíduo, nas múltiplas situações de vida, permitindo o conhecimento por instituições de como manipular a vontade da sociedade. Assim, justifica-se o presente pela relevância e contemporaneidade do tema, pois, com a análise da regulação e do tratamento que são aferidos aos dados coletados pelos rastros digitais dos indivíduos, averigua-se a Lei Geral de Proteção de Dados como inibidora da manipulação e controle social. Para tanto, utilizaremos a metodologia hipotético-dedutiva, qualitativamente, colhida em fontes bibliográficas e documentais pertinentes ao assunto. Conclui-se que a biopolítica e o biopoder,

por meio do uso da tecnologia, participa da vida dos indivíduos de forma ativa produzindo corpos institucionalizados, socializados e controlados. Espera-se que a Lei Geral de Proteção de Dados conscientize os indivíduos e iniba a manipulação da sociedade.

Palavras-chave: Biopolítica. Biopoder. Controle Social. Proteção de Dados.

Abstract: This article aims to present biopolitics and biopower as a mechanism of intervention in the economic order and social control. In Foucault biopolitics and biopower are characterized by the way of governing life, creating economically active bodies as the basis for capitalism. Exploring the relationship between biopolitics and technological evolution, one can observe the possibility of unified control of the various activities of the individual in multiple life situations, allowing institutions to know how to manipulate the will of society. Thus, the present is justified by the relevance and contemporaneity of the subject, because, with the analysis of regulation and treatment that are gauged to the data collected by the digital tracks of individuals, the General Data Protection Law is found to inhibit manipulation and social control. Therefore, we will use the hypothetical-deductive methodology, qualitatively, collected from bibliographic and documentary sources relevant to the subject. It is concluded that biopolitics and biopower through the use of technology actively participate in the lives of individuals by producing institutionalized, socialized and controlled bodies. The General Data Protection Law is expected to raise awareness and inhibit the manipulation of society.

Keywords: Biopolitics. Biopower. Social Control. Data Protection.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Intervenção na Ordem Econômica por meio da Biopolítica e do Biopoder. 2. O Controle Social exercido pela Manipulação de Dados. 3. A Lei Geral de Proteção de Dados como Controle da Manipulação Social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade forma, por meio de procedimentos de sujeição, a constituição social do indivíduo. Foucault denomina essa tecnologia como um poder sobre a vida ou biopolítica e biopoder. Essa nova tecnologia de poder volta-se para a manutenção da vida das populações que são organizadas pelo Estado como corpo político, envolvido na sociedade contemporânea como um corpo social. Relacionando a soberania, a biopolítica e o biopoder com o capitalismo, verifica-se a intervenção do Estado na ordem econômica e a manipulação das instituições para garantir seu acesso a sociedade.

Em suma, a biopolítica e o biopoder buscam criar na vida de uma determinada população, corpos economicamente ativos e politicamente dóceis, utilizando uma nova forma de controle, que seduz e conquista o indivíduo por meio de mecanismos discretos que agem diretamente na vida em sociedade e tal tecnologia penetra em todos os momentos da vida, garantindo o bem-estar social, com uma vigilância tecnológica que torna o indivíduo submisso à tecnologia.

As novas tecnologias, como a Internet, têm gerado impactos nas relações humanas. O monitoramento de ações e comunicações converte-se em informações que compõem bancos de dados e perfis comportamentais, buscando

anticipar preferências, tendências, escolhas e traços psíquicos de indivíduos ou grupos. Por isso, regular o uso e o tratamento de dados pessoais é o principal objetivo das leis de proteção de dados que visam proteger a privacidade, os direitos fundamentais e liberdades individuais, com a garantia do uso adequado dos dados pessoais que podem representar o indivíduo.

Para abordar o explanado, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva, qualitativamente, com a análise bibliográfica e documental. O estudo ora proposto, divide-se em três itens, o primeiro sendo de caráter conceitual, com um breve relato sobre a constituição da biopolítica e do biopoder intermediado pelos dizeres de Foucault e como intervêm no capitalismo por meio da ordem econômica.

O segundo abrange como a Revolução Tecnológica, surgida na década de 1970, induziu um padrão de descontinuidade na economia, sociedade e cultura mediante as tecnologias de informação, processamento e comunicação dos bancos de dados, assim, a sociedade em rede, intermediada pelos conceitos da biopolítica e do biopoder, possibilita uma agilidade de comandos e se tornam canais de veiculação do controle social.

Por fim, aborda-se o tratamento dos dados, coletados pelos rastros digitais, em processos automatizados e como os mesmos são regulados, elucidando legislações internacionais e como a Lei Geral de Proteção de Dados corrobora para o controle da manipulação social.

Conclui-se preliminarmente que a biopolítica e o biopoder de controle, aferidos pelos micropoderes por meio do uso da tecnologia de captura de dados, participa da vida dos indivíduos de forma ativa nas atividades afetivas e consumerista para satisfazer acordos institucionais, caracterizando-se pela disciplinização do corpo institucionalizado, socializado e controlado para serem dóceis e de fácil persuasão. Espera-se que a Lei Geral de Proteção de Dados venha estimular o fim a manipulação e do condicionamento mental, que leva ao controle da vontade estupidificante, tornando o indivíduo consciente dos rastros que seus dados produzem e de seu papel e utilidade na sociedade.

1. A INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA POR MEIO DA BIOPOLÍTICA E DO BIOPODER

Michel Foucault (1926-1984), pensador francês, teórico da filosofia política contemporânea, escreveu sobre temas cotidianos, como as relações de poder e saber, um de seus conceitos mais conhecidos e estudado é sobre o biopoder, sendo este, uma forma de governar a vida. Surgido no ocidente em meados do século

XVII, dividindo-se em dois eixos principais: disciplina, o governo dos corpos dos indivíduos; e biopolítica, o governo da população como um todo (FOUCAULT, 2012, p. 131).

Antes da ideia de biopolítica e biopoder surgir predominava o poder soberano, que acumulava o direito de vida e de morte sobre seus súditos e operava por meio do fazer morrer e deixar viver. Com enfraquecimento do poder soberano e dos governos absolutistas, pois não detinham mais o poder de fazer cumprir as leis, desenvolve-se uma nova forma de governo, em favor da vida, baseada na adoção de mecanismos de controle, este movimento levou o poder político a gerir a vida das pessoas por meio da disciplina e da biopolítica (FOUCAULT, 2015, p. 28).

Então a disciplina, o biopoder, centra-se no corpo como máquina e em seu adestramento. Já a biopolítica, em meados do século XVIII, focada no coletivo busca controles reguladores para a população. Foucault caracteriza a biopolítica e o biopoder como a preocupação de garantir a continuidade da espécie humana. Pois esses novos mecanismos denominados de biopoder e biopolítica são uma garantia dos direitos de manter-se vivo e são interdependentes, para ele:

A biopolítica da população, que age sobre a espécie humana, sobre o corpo como espécie, com o objetivo de assegurar sua existência. Questões como as do nascimento e da mortalidade, do nível de vida e da duração da vida estão ligadas não apenas a um poder disciplinar, mas a um tipo de poder que se exerce no âmbito da espécie, da população, com o objetivo de gerir a vida do corpo social (FOUCAULT, 2015, p. 29).

Quando se trata da biopolítica há distinção feita pelos gregos entre *bios* e *zoé*, sendo *zoe* a vida regida pelas leis da espécie, submissa à natureza, a vida natural; e a *bios* não é a vida natural, mas sim uma vida política. O poder deflagrado sobre a *bios*, na população politicamente ativa, com a biopolítica incidi também sobre a *zoé*, a vida natural do ser humano. Médici ensina:

Para Foucault, se produce la novedad de la emergencia de la tecnología biopolítica del poder a partir del siglo XVII/XVIII. Con lo cual, la distinción griega que se hace célebre a través de La Política de Aristóteles, entre *bios* (la vida de la polis, cualificada políticamente, del *zoon politikon*, como búsqueda del buen vivir), y la *zoé* la mera vida natural que es común al hombre y a otros animales, deja de tener sentido: *bios* y *zoé* se entremezclan en la medida en que esta última es crecientemente objeto de políticas de administración de la vida (MEDICI, 2011, p. 59).

Revel, na mesma concepção, destaca que:

O termo “biopolítica” designa a maneira pela qual o poder tende a se transformar, entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, a fim de governar não somente os indivíduos por meio de certo número de procedimentos disciplinares, mas o conjunto dos viventes constituídos em população: a biopolítica – por meio dos biopoderes locais – se ocupará, portanto, da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade etc., na medida em que elas se tornaram preocupações políticas (REVEL, 2005, p. 26).

Assim, a biopolítica objetiva gerir e garantir um bem-estar social, controlar a segurança do território e da população, enquanto o biopoder, cuida e garante a permanência da espécie. Por meio de mecanismos de vigilância ou monitoramento, controla-se as taxas de natalidade e de mortalidade em um determinado Estado, para assegurar a manutenção da vida. Pois isso, estaria envolvido em uma “série de vigilância, controle, olhares diversos que permitem descobrir, antes mesmo de o ladrão roubar e se ele vai roubar” (FOUCAULT, 2015, p. 7).

Nessa toada ensina Serva e Dias:

Esses mecanismos de controle, se adotarmos a divisão criada por Aristóteles, incidiriam tanto sobre a “bios”, ou seja, a vida da população qualificada politicamente, quanto sobre a “zoé”, vida natural que é comum a todos os animais, inclusive os humanos. Os mencionados mecanismos de controle ou dispositivos de segurança se caracterizam, na maioria das vezes, como projetos, programas, campanhas, pesquisas, estatísticas etc, os quais tem como principal objetivo impor à coletividade atendida essa ou aquela conduta, em relação aos mais diversos temas, como fecundidade, natalidade, consumo etc (SERVA; DIAS, 2016, p. 427).

Esse controle é exercido por parte do Estado e se faz “necessário que o mesmo tenha um instrumento de controle para uma vigilância permanente, exaustiva, onipresente, capaz de tornar tudo visível, contudo a verdadeira intenção do Estado é de um controle social” (FOUCAULT, 1987, p. 159).

Portanto, é no Estado que se manifesta o poder político, pois é necessário manter e garantir uma ordem dentro das relações na sociedade. Nesse sentido, o Estado possui um poder soberano sobre a sociedade para o controle da mesma, mas, é preciso entender o verdadeiro sentido do poder e sua materialização (FOUCAULT, 2015, p. 282).

Durante toda sua evolução o poder político exercido pela instituição Estado esteve diretamente relacionado ao contexto político, econômico e social. Seguindo o raciocínio da concepção materialista da História, a teoria do Estado demonstra claramente as diversas formas que o

poder político se apresentou durante seu desenvolvimento (FERRER; ROSSIGNOLI, 2018, p. 29).

Negri destaca, nesse caso, os diversos poderes do Estado na dicotomia da biopolítica:

Pero, a continuación, la biopolítica parece, en cambio, señalar el momento de superación de la tradicional dicotomía Estado/sociedad, en provecho de una economía política de la vida en general. De esta segunda formulación nace el otro problema: ¿se trata de pensar la biopolítica como un conjunto de biopoderes o bien, en la medida en que se dice que el poder ha investido la vida, también significa que la vida es un poder, se puede localizar en la vida mismo – es decir, por supuesto en el trabajo y en el lenguaje, pero también en los cuerpos, en los afectos, en los deseos y en la sexualidad – el lugar de emergencia de un contrapoder, el lugar de una producción de subjetividad que se daría como momento de sometimiento (NEGRI, 2008, p. 39-40).

Neste diapasão, o poder existe e tem validade dentro da sociedade associado à política ou ao Estado, pois ao apropriar-se do poder controla-se a sociedade, esse poder “materializa-se em instituições locais, regionais e materiais”. Sendo este o modo como o Estado concretiza sua força, domina e normatiza os corpos e educa para serem úteis à sociedade (FOUCAULT, 2015, p. 282).

Por meio do poder exercido pelo Estado se gera a sociedade e a vida humana. Com isso, assinala-se que para Foucault (2012), o biopoder foi indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, pois, o capitalismo se garante da inserção controlada de corpos nos aparelhos de produção e por meio do ajuste da população aos processos econômicos.

Se o desenvolvimento dos aparelhos de Estado garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de anátomo e de biopolítica agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e o sustentam; operam, também, como fatores de segregação e hierarquização social, agindo sobre as forças respectivas tanto de uns como de outros, garantindo relações de dominação e efeitos de hegemonia; o ajustamento da acumulação dos homens à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do biopoder com suas forças e procedimentos múltiplos (FOUCAULT, 2012, p. 154).

O desenvolvimento do capitalismo se deve, ainda, ao desenvolvimento dos conhecimentos a respeito da vida em geral como a melhoria das técnicas agrícolas, as observações e medidas visando à vida e à sobrevivência dos homens.

Tem-se que para “o homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter corpo, condições de existência, probabilidade de vida. Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete no político (FOUCAULT, 2012, p. 155).

Há uma preocupação com o corpo, pois produz força e torna-se útil, com isso também, se torna submisso e fácil de ser manipulado. Resultando em corpos úteis para o sistema social, às instituições funcionam como esse mecanismo de controle, pois as mesmas fazem que o corpo seja educado para extrair toda a sua força de trabalho. Pois conforme elucida Dias e Machado:

O capitalismo tem, indiscutivelmente, a capacidade de absorver as críticas, se remodelar e se reinventar, continuando a obter o engajamento das pessoas, convencendo-as a vender a sua força de trabalho, transformando-a em mercadoria, e ademais não perdendo as suas características fundamentais, de busca insaciável do lucro, de infinita acumulação de riquezas (DIAS; MACHADO, 2016, p. 111-112).

Com a estruturação do sistema capitalista, a preocupação com a disciplina do corpo individual, que já se encontra moldado ao trabalho, passa-se ao controle do corpo social com uma série de intervenções políticas e econômicas, no controle de epidemias, taxas de natalidade, longevidade e mortalidade há um investimento nos corpos socializados. Para Foucault, o biopoder tem por agente máximo o Estado moderno, cuja bioregulamentação volta-se para o fazer viver, encompridando o ciclo produtivo da vida humana coletiva (FOUCAULT, 2010, p. 288-289).

Logo, a felicidade humana muitas vezes acaba por ser determinada pelo controle político que sujeita o indivíduo, ao determinar o que ele deve ou não ser e/ou possuir. A dominação legal exercida pelo aparato do Estado, somada aos agentes de socialização, conduz os indivíduos a uma aceitação tácita de sua condição na sociedade, acentuando as relações de poder e objetivando os papéis sociais delineados pela estratificação social (MACHADO; DIAS; FERRER, 2018, p. 36).

Assim, o trabalho é visto como a atividade biológica do corpo humano para satisfazer as necessidades básicas da vida, não deixando nenhuma marca durável, pois seu resultado desaparece no consumo. É uma atividade antipolítica, pois, aquele que trabalha não conserva as marcas distintivas da pluralidade, se ocupando apenas de tarefas para vencer as necessidades de estar vivo (ARENKT, 2005, p. 183).

Nesse contexto, com o capitalismo em plena força, começa-se a falar em ordem econômica, que adquiriu dimensão jurídica no início do século XX, quando

várias Constituições Econômicas ao redor do mundo passaram a disciplinar o tema, começando pela Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar em 1919.

As constituições econômicas surgem decorrentes de uma profunda mudança de paradigma, fruto do colapso social e econômico provocado pela Primeira Guerra Mundial, o padrão de política econômica deixa de ser liberal, regulada pela “mão invisível” de Adam Smith sem interferência do Estado, surgindo o Estado Social, pautado na intervenção estatal na ordem econômica, para proteção dos interesses da coletividade e os direitos sociais (HUNT, 2005, p. 42).

No Brasil, a ordem econômica se torna norma constitucional a partir da Constituição Republicana de 1934. Porém, foi na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 170, que se instituiu, os fundamentos da ordem econômica, da iniciativa privada e a valorização do trabalho humano, trazendo valores do Estado Liberal e do Estado Social, para a definição do sistema econômico do País. Assim, a ordem econômica proposta em nossa Constituição consagra o sistema capitalista, se baseando na livre iniciativa e na apropriação privada dos meios de produção. Também atribui ao Estado poder e o dever de intervir na economia para promoção da justiça social assegurando a todos uma existência digna, tendo por princípios a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre-concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o favorecimento às empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis nacionais, com sede e administração no Brasil (SILVA, 2011, p. 458).

Então, entende-se por ordem econômica “o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico” (FIGUEIREDO, 2010, p. 71).

Para Silva Neto ordem econômica é “o plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico” (SILVA NETO, 2001, p. 135)

A ligação entre a biopolítica e biopoder como forma de intervenção na ordem econômica se dá após a afirmação da governamentalidade, que segundo Foucault pode ser definido como:

Por esta palavra, ‘governamentalidade’, entendo o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora

muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança (FOUCAULT, 2015, p. 143-144).

Foucault ensina ainda, que todo tipo de poder sobre a vida trata-se de biopolítica e biopoder e estes influenciam a economia de um Estado e vários outros setores:

Desenvolvimento rápido, no decorrer da época clássica, das disciplinas diversas – escolas, colégios, casernas, ateliês; aparecimento, também, no terreno das práticas políticas e observações econômicas, dos problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação e migração; explosão, portanto, de técnicas diversas e numerosas para obter a sujeição dos corpos e o controle das populações. Abre-se assim a era do “biopoder” e da “biopolítica (FOUCAULT, 2012, p. 131).

Ademais, a intervenção do Estado não é um fim em si mesmo, ela é meio para o alcance dos fins traçados pela própria constituição, conforme os referidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, com traços da biopolítica e do biopoder. O legislador constituinte opta pelo liberalismo econômico, em sua versão social-democrata. Então, o Estado brasileiro não deve ser omissos na condução da economia, ao contrário, deve agir. (GOMES, 2004, p. 82-84).

A biopolítica, atuando na economia, manipula a vida cotidiana das pessoas, com o poder de articular suas posses e recursos em função das regras do mundo econômico. Esse controle da vida é feito por instituições públicas e por instituições ou empresas privadas, focadas em controlar o desempenho das pessoas. A cada dia que passa novos conceitos de controle das pessoas e de aumento potencial do lucro são disponibilizados por setores que desejam a ampliação do controle humano (FOUCAULT, 2012, p. 132).

2. O CONTROLE SOCIAL EXERCIDO PELA MANIPULAÇÃO DE DADOS

A Revolução Tecnológica, surgida na década de 1970, representa um evento histórico comparado à Revolução Industrial, induzindo um padrão de descontínuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura através das tecnologias de informação, processamento e comunicação. A revolução tecnológica caracteriza-se pelo fato de que, pela primeira vez, a mente humana é utilizada

como força direta de produção, não se limitando a um simples elemento no sistema produtivo (CASTELLS, 1999, p. 67-75).

O processo de produção e criação da informação gerada, recria um movimento simultâneo, abrindo possibilidades de duas alternativas que fazem parte da história da revolução tecnológica, “a criação, a invenção de novos Universos de referência ou a mass-midialização embrutecedora, à qual são condenados hoje em dia milhares de indivíduos” (GUATTARI, 1992, p. 15-16).

As informações mesmo não produzidas pelo capital, gestor econômico, mas são incorporadas por esta, já que “o circuito econômico é um sistema informacional, esses sistemas constituem redes construídas em torno de centros hierarquizados” (CLAVAL, 1993, p. 171).

A sociedade em rede possibilita uma agilidade de comandos e se tornam canais de veiculação do controle social. No estudo sobre a biopolítica e biopoder, busca-se inserir um conceito que melhor o defina, portanto, tem-se a noção de um “controle social” (REIS, 2000, p. 60).

Tratando do controle social, tem-se a macrofísica do poder centrada na figura do Estado, “é como se houvesse determinados lugares em que ocorresse uma concentração do poder” (GALLO, 2014, p. 180). Como exemplo da macrofísica do poder cita-se:

A dinâmica do poder é associada basicamente à repressão, à capacidade de reprimir as vontades dos governados à vontade do governante. O que pode ser compreendido por meio de uma equação do poder, composta da seguinte razão: para que haja um equilíbrio na organização social, é necessário que a quantidade de poder que o governante detém, seja proporcional a quantidade de poder que os governados não têm (GALLO, 2014, p. 180).

Segundo Foucault, a existência de uma macrofísica do poder se dá pelo fato do Estado deter o poder configurado ao governante. Já a microfísica do poder, se caracteriza pelas microrelações sociais, “poderes que intervém materialmente, atingindo a realidade mais concreta dos indivíduos - o seu corpo e que se situa no nível do corpo social, e não acima dele, penetrando na vida cotidiana, e por isso poder ser caracterizado como micropoder e sobpoder” (FOUCAULT, 2015, p. 14).

A biopolítica e o biopoder utilizado como um mecanismo de bem-estar social, associa-se a tecnologia moderna e é utilizada para o controle da vida. Entretanto, as pessoas estão dominadas por essas tecnologias deixando-se alienar. O indivíduo moderno mesmo considerado livre se encontra preso às tecno-

logias, que camuflam a realidade e seduzem as pessoas que passam viver diante de uma vigilância hierarquizada.

O poder na vigilância hierarquizada das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade; funciona como uma máquina. E se é verdade que sua organização piramidal lhe dá um “chefe”, é o aparelho inteiro que produz “poder” e distribui os indivíduos nesse campo permanente e contínuo. O que permite ao poder disciplinar ser absolutamente indiscreto, pois está em toda parte e sempre alerta, pois em princípio não deixa nenhuma parte às escuras e controla continuamente os mesmos que estão encarregados de controlar; e absolutamente “discreto”, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio (FOUCAULT, 1987, p. 158).

A vigilância de forma discreta faz com que as pessoas vigiadas nem sabem que estão sendo monitorados. Assim, o Estado controla os que podem se revoltar contra ele, fazendo uso da “vigilância hierárquica, de uma vigilância de última geração, e através desse monitoramento o Estado irá validar sua força ou soberania dentro da sociedade” (FOUCAULT, 1987, p. 153).

Esse poder, do Estado de controle social, participa ativamente da vida, corpos e consciência humanas, implicando em uma dimensão biopolítica do controle. Essa dimensão “se estende pelas profundezas da consciência e dos corpos da população - e ao mesmo tempo através da totalidade das relações sociais” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 43-44).

Uma das formas de controle social se relaciona a questões derivadas do uso da *internet*, se tornando um desafio para as sociedades contemporâneas:

Controle, não necessariamente controle do governo, e não necessariamente controlar para alguma finalidade fascista. Mas o argumento é que a mão invisível do ciberespaço está construindo uma arquitetura que é completamente o oposto de sua arquitetura em seu nascimento. Esta mão invisível, movida pelo governo e pelo comércio, está criando uma arquitetura que vai aperfeiçoar o controle e possibilitar uma regulação altamente eficiente. A luta será para garantir que as liberdades essenciais sejam preservadas neste ambiente de perfeito controle (LESSIG, 2006, p. 4).

O controle do ciberespaço, pela *internet* objetiva identificar e classificar perfis por meio do acompanhamento e monitoramento das informações trocadas na *web*, para diagnosticar tendências e interesses, buscando personalizar e direcionar a publicidade. Estão presentes nesse processo os três elementos centrais dos dispositivos de vigilância digital: a informação, os bancos de dados e os perfis computacionais. O monitoramento é permitido, porque toda comunicação

gera rastros. O rastro digital é “o vestígio de uma ação efetuada por um indivíduo qualquer no ciberespaço” (BRUNO, 2012, p. 155-156).

A *internet* tem a capacidade de armazenar, processar e utilizar os dados provenientes destes rastros para diferentes fins. Esse controle dos rastros digitais, formata e enquadraria o comportamento da sociedade, se caracterizando como a dimensão biopolítica do controle. O objetivo é controlar o comportamento de acordo com as instituições, “no lugar da perspectiva da vigilância panóptica e totalitária, o controle é melhor compreendido como operando através de acessos condicionais a circuitos de consumo e civilidade, bem aí onde se obtêm os benefícios da liberdade” (BRUNO, 2006, p. 159).

Esses bancos de dados sobre os usuários, gerados através dos rastros digitais, são valiosos ao coletar as preferências e interesses atuais e potenciais dos indivíduos. O procedimento adotado para isso, é conhecido como *computer profiling*, segue uma lógica indutiva para determinar indicadores de características ou padrões de comportamentos que são relacionados. O controle desses dados não atua apenas no saber constituído na identidade atual dos indivíduos, mas também ao seu valor econômico potencial, suas preferências de consumo, tendências e inclinações comportamentais, capacidades profissionais, aos riscos a que estão sujeitos, às doenças que podem vir a desenvolver. Assim, esse saber é o controle social utilizado para antecipar o que cada um é, o que pode fazer e o que pode “escolher”. (BRUNO, 2006, p. 156).

O controle social exercido pela coleta de dados não se restringe somente a assinatura ou rastros digitais do indivíduo, mas o torna uma cifra: a cifra é uma senha, uma linguagem numérica, o controle é feito de cifras, que marcam o acesso à informação ou a rejeição. Nas novas tecnologias de comunicação/informação, nessa sociedade controlada pela biopolítica e biopoder, nada escapa de uma documentação, partilhada entre diferentes instituições, realizando um intercâmbio de informações e produzindo o controle social (DELUZE, 1992, p. 223).

Na sociedade sob controle, o micropoder da rede tudo ordena, classifica, normatiza e sanciona, tudo é provisório. Em função da revolução tecnológica, que “o marketing é agora o instrumento de controle social, e forma a raça impudente de nossos senhores” e “o homem não é mais confinado, mas o homem endividado” (Deleuze, 1992, p. 223).

Nessa toada, compra-se para o sustento e para convencer os outros que somos o que vestimos, para fazer novos amigos e desfazer dos que não mais queremos, “a compulsão transformada em vício de comprar é uma luta morro acima contra a incerteza aguda e enervante e contra um sentimento de insegurança incômodo e estupidificante” (BAUMAN, 2001, p. 95).

Com os mecanismos técnicos, se alcança a dimensão biopolítica do controle, os micropoderes por meio do uso dessa tecnologia de captura de dados, participa da organização das atividades afetivas, consumerista e até produtivas dos usuários, intervindo para satisfazer seus acordos institucionais. Apropria-se da riqueza sociocultural que os usuários da rede produzem e obtém sua fonte direta de receita. Essa tecnologia biopolítica se caracteriza com a disciplinarização do corpo institucionalizado, socializado e controlado para serem dóceis e de fácil persuasão.

3. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO CONTROLE DA MANIPULAÇÃO SOCIAL

A utilização ampla de dados geradas na era digital através do acesso à internet, como visto anteriormente, é utilizado em variadas atividades e dão autonomia e liberdade nos corredores das tecnologias biopolíticas. O tratamento desses dados, de rastros digitais, em processos automatizados, é uma atividade de risco. “Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular ou em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste” (DONEDA, 2006, p. 91).

A ferramenta que possibilita a sistematização de informação é o banco de dados que são, em sua acepção fundamental: “um conjunto de informações estruturado de acordo com uma determinada lógica – e esta lógica é sempre uma lógica utilitarista, uma lógica que procura proporcionar a extração do máximo de proveito possível a partir de um conjunto de informações (DONEDA, 2006, p. 92).

A informação está diretamente ligada à sua manipulação, desde a coleta e tratamento até a comunicação da informação. Com o aumentando da capacidade de armazenamento e comunicação de informações, cresce a variedade de formas pelas quais ela pode ser apropriada ou utilizada. Sendo maior sua maleabilidade e utilidade, aumenta sua possibilidade de influir em nosso cotidiano, em um crescente que tem como pano de fundo a evolução tecnológica e a utilização de computadores para o tratamento de dados (LIMBERGER, 2007, p. 58).

O dado tem conotação primitiva e fragmentada, o dado seria uma espécie de “pré informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. Já a informação, leva a algo além do dado, na informação há o pressuposto de depuração no seu conteúdo, carregando um sentido instrumental da redução da incerteza (WACKS, 1989, p. 25).

A coleta e a análise de dados objetivam melhorar a vida em sociedade, aprimorar o desenvolvimento econômico. Na sociedade com controle os dados galgaram posição central, o informacionismo seria um novo modelo de desenvolvimento, historicamente moldado pela reestruturação do capitalismo, no final do século XX. Para Castells, nesse novo modelo de desenvolvimento:

A influência das redes baseadas na Internet vai além do número de seus usuários: diz respeito também à qualidade do uso. Atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores (CASTELLS, 1999, p. 51-54).

Conhecimento e informação permeia todo o tipo de atividade em especial a econômica e social. Nos dias de hoje, a competitividade na atividade empresarial está ligada à criação de vantagens, adquiridas com a coleta de informações através da rede, formando o capital intelectual. Existe uma dependência da atividade empresarial em relação as informações, pois quanto mais dados se coleta, maiores serão as condições de competitividade, quanto mais conhecer o consumidor, aumenta-se as possibilidades de venda de um produto ou serviço. Como exemplo de prática que incrementa as condições de competitividade, cita-se o *profiling*, que se “consustancia na metodologia que cria um perfil do usuário da rede mundial de computadores, com base nos registros eletrônicos de hábitos de navegação associados a outras fontes de informação” (MONTEIRO, 2014, p. 141).

No mesmo contexto, existem modelos de negócios de alguns provedores de serviços que depende da monetização de dados de seus usuários. Pois, a receita dessas empresas provém da publicidade que oferecem pelas suas plataformas, propagandas ligadas a analisar o comportamento do usuário, então, a coleta de dados são a sobrevivência dessas empresas. Existe também as empresas que lucram com a publicidade on-line e com os chamados “serviços de dados” ou “*data brokers*”, que coletam, analisam e compartilham as informações. Muitas nem têm relação direta com os consumidores cujos dados são coletados, somente fornecem serviços a outras empresas, incluindo a comercialização desses dados (MONTEIRO, 2014, p. 142).

Salienta-se que a proteção aos dados não está restrita ao âmbito digital, mas, como explanado, foi com a internet que se deu o aumento do uso de dados, sejam em atividades empresariais ou governamentais. Com a era digital, passou-se a agregar valor à informação, conforme insta Monteiro, “com regulação estatal ou não, dados continuarão a ser coletados e armazenados, pois o atual modelo de negócio das empresas de Internet depende dessa prática” (MONTEIRO, 2014, p. 142).

Nesse diapasão, o avanço e a potencialização da *internet* na coleta, análise, utilização e transferência de dados de forma simples e quase sem custos, traz também o aumento com preocupação da proteção conferida aos dados e por quem o possui, seja pessoa física ou mesmo pessoa jurídica de direito privado ou público. Surgindo a necessidade de proteção do titular dos dados, principalmente dos dados pessoais, nos quais se incluem os dados sensíveis que carregam informações relativas à origem social e étnica, à genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas do indivíduo, pois, o uso inadequado dos mesmos pode violar a privacidade, intimidade e outros direitos fundamentais da pessoa. Por isso, surge as legislações que visam controlar e restringir os potenciais efeitos nocivos do uso indevido de dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 95).

Nesse sentido, *a priori*, cabe exemplificar sobre a evolução da proteção de dados, percebe-se que há décadas vários países discutem sobre esse assunto. Nos Estados Unidos a privacidade na proteção de seus dados fundamenta-se na quarta emenda da Constituição Americana. Entretanto, muitas leis norte americanas relacionadas à proteção de dados foram criadas com o objetivo de preencher lacunas legislativas que ameaçavam o direito à privacidade, como exemplos cita-se: a *Tax Reform Act - PL 94-455*, *The National Education Statistics Act - PL 103-382*, *The Fair Credit Reporting Act - 90-321* e o *Electronic Communications Privacy Act - PL 99-508* (GARFINKEL, 2000, p. 14).

Porém, sabe-se que o congresso americano é muito reticente em criar uma legislação federal única sobre proteção de dados. Em consequência da passividade do congresso, a *Federal Trade Commission - FTC*, entidade governamental que supervisiona o comércio nos Estados Unidos, em março de 2012, acabou por incentivar a auto regulação e o uso de tecnologias em benefício da proteção de dados. Assim, fica evidente que a legislação americana se tornou esparsa e não fornece um nível de proteção suficiente. O próprio FTC concluiu que o nível de proteção de dados nos Estados Unidos não era suficientemente seguro e sugeriu ao Congresso americano a aprovação de uma legislação única em matéria de proteção de dados (FTC, 2012, p. 11).

Já a União Europeia bem mais consciente dos riscos, em 1995, trata de forma mais específica a proteção de dados e aprova a Diretiva Europeia de Proteção de Dados, 95/46/EC, porém, foi editada antes do surgimento da *internet* comercial, bem antes do surgimento de empresas de tecnologias que se valem do uso intenso de dados pessoais e que são presentes na vida das pessoas, a diretiva precisou passar por um processo de atualização que culminou na atual Regulação Geral de Proteção de Dados da União Europeia. A Regulação entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018, atualizando, harmonizando e adaptando a antiga

Diretiva, incluindo novas formas de uso dos dados pessoais, baseados em tecnologias de bancos de dados, de inteligência artificial e aprendizado das máquinas (LYNSKEY, 2015, p. 15).

No Brasil, a proteção de dados pessoais não se estruturava a partir de um complexo normativo unitário. A Constituição Brasileira contempla o problema inicialmente por meio das garantias à liberdade de expressão e do direito à informação, considera invioláveis a vida privada e a intimidade, artigo 5º inciso X e XII, bem como instituiu a ação de habeas data, artigo 5º inciso LXXII, que trata do direito ao acesso e retificação dos dados pessoais. Na legislação infraconstitucional, destaque-se o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, cujo artigo 43 estabelece uma série de direitos e garantias para o consumidor em relação às suas informações pessoais presentes em bancos de dados e cadastros, relacionado a concessão de crédito, parte da doutrina relaciona este texto legal como o marco normativo dos princípios de proteção de dados pessoais no direito brasileiro (SILVA, 2011, p. 454).

O avanço mais significativo, todavia, se deu com entrada em vigor do Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, com finalidade de estabelecer princípios, garantias, deveres e direitos dos usuários de Internet e por seu conteúdo principiológico, delimitador de diretrizes gerais para a regulação das questões decorrentes da relação entre o direito e a internet, atualmente é conhecido como a “Constituição da internet” (VANCIM; NEVES, 2015, pp. 69-70).

Na verdade, nenhum dos exemplos mencionados eram instrumentos de proteção satisfatórios. Daí a importância de expandir esses direitos para contextos *on-line* e *off-line*, envolvendo o uso de dados pessoais. Para esse fim, “foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil - LGPD, que transplanta o sistema setorial de proteção nacional para um geral, que abrange o tratamento de dados pessoais, independente do contexto, setor e mercado” (MONTEIRO, 2018, p. 9).

A LGPD complementa, harmoniza e unifica mais de quarenta normas setoriais que regulam, de forma direta e indireta, a proteção da privacidade e dos dados pessoais no Brasil. Foi inspirada na Regulação Geral de Proteção de Dados europeia, Monteiro explica seus objetivos:

Objetiva não apenas conferir às pessoas maior controle sobre seus dados, mas também fomentar um ambiente de desenvolvimento econômico e tecnológico, mediante regras flexíveis e adequadas para lidar com os mais inovadores modelos de negócio baseados no uso de dados pessoais. Isso inclui modelos de negócio que se valem de algoritmos para auxiliar na tomada de decisões automatizadas. A LGPD também busca equilibrar interesses econômicos e sociais, garantindo a continuidade

de decisões automatizadas e também limitando abusos nesse processo, por meio da diminuição da assimetria de informações, e, por consequência, de poder, entre o indivíduo, setor privado e o Estado (MONTEIRO, 2018, p. 9).

Nesse mesmo sentido, a lei incluiu princípios gerais de proteção de dados pessoais, que garante aos titulares dos dados o direito à transparência, o direito de obter informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de como os dados são usados, podendo o mesmo requerer junto aos órgãos públicos e privados essas informações. Esse direito ao acesso aos dados, é complementado pelo artigo 19, da lei supra (MONTEIRO, 2018, p. 10).

Resumidamente, a LGPD garante o direito a ter acesso a informações sobre que tipos de dados pessoais são utilizados para alimentar algoritmos responsáveis por decisões automatizadas, conforme Monteiro:

Caso o processo automatizado tenha por finalidade formar perfis comportamentais ou se valha de um perfil comportamental para tomar uma decisão subsequente essa previsão também incluirá o acesso aos dados anonimizados utilizados para enriquecer tais perfis. Esse direito ainda inclui a possibilidade de conhecer os critérios utilizados para tomar a decisão automatizada e de solicitar a revisão da decisão por um ser humano quando esta afetar os interesses dos titulares (MONTEIRO, 2018, p. 11).

Um dos princípios mais relevantes constante na LGPD, é o da finalidade, por meio do qual os dados deverão ser utilizados apenas para as finalidades específicas para as quais foram coletados e devidamente informadas aos titulares, juntamente com o princípio da minimização da coleta, isto é, “somente devem ser coletados os dados mínimos necessários para que se possa atingir a finalidade e o da retenção mínima, o qual determina a imediata exclusão dos dados, após atingida a finalidade pela qual eles foram coletados” (MONTEIRO, 2018, p. 11).

A lei atinge todos os setores da economia e tem aplicação extraterritorial, toda empresa que tiver negócios no Brasil deve se adequar a ela. Quando o tratamento de dados pessoais for baseado no consentimento, o controlador deve manter documentação comprobatória da sua obtenção em conformidade com a lei. Os titulares podem retificar, cancelar ou até solicitar a exclusão desses dados. A LGPD entrará em vigor em 16 de fevereiro de 2020, a adequação das empresas pode variar, de quatro a quatorze meses, de acordo com o nível de maturidade da empresa no assunto, as regras e procedimentos já existentes, a quantidade de áreas e projetos que tratam dados pessoais e o nível de sensibilidade dos referidos dados objeto do tratamento (MONTEIRO, 2018, p. 12).

Assim, espera-se com a lei o fim da manipulação de dados, coletados nos rastros digitais e utilizados por banco de dados para manipular os indivíduos de como devem agir, comprar e usufruir de um bem. Cabe agora saber se o cidadão comum, que é facilmente manipulável, pelos micropoderes, através da biopolítica e biopoder de interesses, se torne sábio ao ponto de romper com essas manipulações. Se existe a necessidade do ser humano ser docilizado, que seja não para a sociedade exaurir seu potencial, mas sim para que seja consciente do seu papel e de sua utilidade dentro da coletividade.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto verificou-se, no decorrer do artigo proposto, que biopolítica e o biopoder, entendidos do ponto de vista de Foucault, abrangem o modo como o poder se transforma no fim de como governar uma população. Referindo-se ao uso do poder dentro dos Estados, caracterizados pela vigilância, disciplina e controle da população.

A adoção da biopolítica e do biopoder para controle da sociedade revela-se como alternativa ao poder soberano, pois, já não tinham mais valor para aplicação do poder que detinham. Começa-se então, o desenvolvimento do sistema da biopolítica e do biopoder.

Entretanto, ainda existe a soberania nas relações entre Estado e indivíduos, por meio das relações econômicas surgidas com o capitalismo, o Estado passa então a intervir na ordem econômica. No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 170 instituiu os fundamentos da ordem econômica e trouxe valores do Estado Liberal e do Estado Social, para a definição do sistema econômico do País, consagrando o sistema capitalista, baseado na livre iniciativa e na apropriação privada dos meios de produção. Também atribuiu ao Estado poder e o dever de intervir na economia para promoção da justiça social assegurando a todos uma existência digna. O atual Estado brasileiro possui intervenção indireta na ordem econômica, para garantir estabilização e controlar a economia.

O uso de novas tecnologias, apesar de ainda serem objetos de regulação, dependendo do uso dos poderes e contrapoderes, podem intervir em questões relacionadas à saúde, educação, segurança, crédito, emprego, redes sociais, informações e até mesmo nos rumos de um Estado Democrático de Direito, pois todos esses aspectos dependem do uso massivo de dados pessoais e de processos automatizados de tomada de decisões que podem ter impactos diretos nas vidas humanas.

Como forma de evitar a manipulação da liberdade pessoal, deve-se buscar entender como os processos decisórios funcionam, assim existe a possibilidade de contestá-los para que não reproduzam comportamentos impróprios derivado do processamento inadequado de dados ou ainda usá-los para finalidades ilícitas.

Houve, neste artigo a constatação que a sociedade atual, torna-se submissa ao poder totalitário e até onipresente de instituições que sugerem padrões de comportamento individual e coletivo, em vista da biopolítica e biopoder, controlam a vida social, política, cultural, o consumo e acumulação econômica das pessoas. Busca a manipulação e o controle da massa, tornando-os dóceis e de fácil aceitação dos objetivos que satisfazem os acordos institucionais.

Conclui-se que se deve observar quais as estratégias os usuários da rede utilizarão para driblar o controle e a manipulação estudados, como vão se apropriar de sua força de criação, descobrindo seu valor, também quais estratégias de êxodo vão utilizar para escapar do controle da sociedade da informação. Espera-se que a Lei Geral de Proteção de Dados venha estimular o fim a manipulação de dados, do condicionamento mental, que leva ao controle da vontade estuprificante, de agir conforme a sociedade o controla, e que obtenham o controle de seus movimentos na rede, sabendo definir o micropoder que está atuando em sua vontade, para que se torne consciente do papel e utilidade que possui dentro da coletividade.

REFERÊNCIAS

- ARENKT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei Ordinária 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.
- BRASIL. *Marco Civil da Internet*. Lei Ordinária 12.965 de 23 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.
- BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD*. Lei Ordinária 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.
- BRUNO, Fernanda. Dispositivos de Vigilância no Ciberespaço: duplos digitais e identidades simuladas. *Revista Fronteiras – Estudos Midiáticos*. São Leopoldo, v. 8, n. 2, p. 152-159, mai./ago. 2006. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6129>. Acesso em: 16 jul. 2019.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CLAVAL, Paul. *La Géographie au Temps de la Chutte des Murs: Essais et Études*. Paris: L'Harmattan, 1993.

DELEUZE, Gilles. Post scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Rio de Janeiro: 34 Letras, 1992. p. 219-226. Disponível em: http://historiacultural.mpbnet.com.br/pos-modernismo/Post-Scriptum_sobre_as_Sociedades_de_Controle.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Capitalismo, Crises, Democracia e a Constituição Brasileira. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 15, n. 6, p. 94-115, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3086/2809>. Acesso em: 15 jul. 2019.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e Direitos Sociais: uma análise econômica e social do atual estado brasileiro. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 1, p. 27- 50, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/557/271>. Acesso em: 10 jul. 2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FTC. Federal Trade Commission. *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendation For Businesses and Policymakers*. Washington: FTC, 2012. Disponível em: <https://www.ftc.gov/reports/protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations-businesses-policymakers>. Acesso em: 15 jul. 2019.

GALLO, Silvio. *Filosofia: Experiência do Pensamento*. São Paulo: Scipione, 2014.

GARFINKEL, Simson. *Database nation*. Sebastopol: O'Reilly, 2000.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

GUATTARI, Félix. *Caosmose: Um Novo Paradigma Estético*. Rio de Janeiro: 34 Letras, 1992.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HUNT, Emery Kay. *História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica*. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. Estados Unidos: Basic Books, 2006.

LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LYNSKEY, Orla. *The foundations of EU Data Protection Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Biopolítica e Novas Tecnologias: o discurso do ódio na internet como mecanismo de controle social. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, v. 55, n. 220, p. 29-51, out./dez. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29. Acesso em: 15 jul. 2019

MÉDICI, Alejandro. *El Malestar en la Cultura Jurídica: Ensayos Críticos Sobre Políticas del Derecho y Derechos Humanos*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011.

MONTEIRO, Renato Leite. Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas. In: MASSO, Fabiano del *et al.* (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil? *Instituto Igarapé*. Rio de Janeiro, Artigo Estratégico n. 39, p. 1-17, dez. 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protacao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2019.

NEGRI, Antonio. *La Fábrica de Porcelana: Una Nueva Gramática de la Política*. Madrid: Paidós, 2008.

REIS, Palhares Moreira. *O Poder Político e seus Elementos*. 3 ed. rev. aum. Recife: UFPE, 1978.

REVEL, Judith. *Michel Foucault: Conceitos Essenciais*. Trad. Maria do Rosário Gregolin. São Carlos: Claraluz, 2005.

SERVA, Fernanda Mesquita; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade Social nas Instituições de Ensino Superior: Entre o Biopoder e a Biopolítica. *Revista Argumentum*. Marília, v. 17, p. 413-433, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319/64>. Acesso em: 10 jul. 2019.

SILVA, José Afonso. *O Constitucionalismo Brasileiro: Evolução Intitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Regulamento 2016/679 de 27 de abril de 2016*. Publicações da União Europeia. Disponível em: <https://publicationseuropa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1>. Acesso em: 15 jul. 2019.

VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco Civil da internet: Anotações à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015.

WACKS, Raymond. *Personal information*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

MULTICULTURALISMO, COMUNIDADE ÉTICA E TRANSNACIONALIDADE

MULTICULTURALISM, ETHICAL COMMUNITY AND TRANSNATIONALITY

Josemar Sidinei Soares

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2009), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2003) e Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria (1999). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. E-mail: jsoares@univali.br.

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado, e na Graduação no Curso de Direito, ambos da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Advogada. E-mail: mclaudia@univali.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8118-1071>.

Submissão em: 03/04/2020

Aprovado em: 17/04/2020

Resumo: As sociedades multiculturais se notabilizam pelo elevado grau de diferenciação étnica, cultural, ideológica, social em seu interior, apresentando grupos sociais que nem sempre conseguem se harmonizar com os valores e princípios promovidos pela comunidade política, geralmente representada pelo grupo historicamente majoritário naquele contexto. A tolerância entre os grupos é um ponto de partida de convívio funcional, na medida em que depende da capacidade de gerenciamento de conflitos e dialéticas, mas ainda insuficiente para efetivar participação política efetiva visando desenvolvimento da sociedade como um todo. A sociedade multicultural, para realizar os interesses dos diferentes grupos e ainda promover o bem comum precisa estimular o sentido de comunidade ética entre seus membros, mas isto somente é possível a partir do estabelecimento de dialéticas de reconhecimento baseadas na dignidade humana. A comunidade ética em sociedades multiculturais é possível na medida em que o indivíduo reconhece a si mesmo no outro enquanto membros ativos de uma sociedade, aberta às diferenças étnicas e culturais, mas harmoniosa na defesa de princípios e valores comuns que garantem a convivência funcional

e inteligente em às várias dialéticas. O objetivo do presente artigo é apresentar a dialética do reconhecimento baseada na dignidade humana como condição de efetiva da comunidade ética em sociedades multiculturais. Portanto, o problema de pesquisa é: pode a dialética do reconhecimento baseada na dignidade humana servir de condição de efetividade da comunidade ética em sociedades multiculturais? O método utilizado é o indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Multiculturalismo. Dignidade Humana. Comunidade Ética. Transnacionalidade. Reconhecimento.

Abstract: *Multicultural societies are notable for the high degree of ethnic, cultural, ideological, and social differentiation within them, presenting social groups that are not always able to harmonize with the values and principles promoted by the political community, generally represented by the historically major group in that context. Tolerance between groups is a starting point for functional living, insofar as it depends on the capacity for conflict management and dialectic, but still insufficient to effect effective political participation aimed at the development of society as a whole. Multicultural society, in order to realize the interests of different groups and to promote the common good, must stimulate a sense of ethical community among its members, but this is only possible through the establishment of dialectic of recognition based on human dignity. The ethical community in multicultural societies is possible insofar as the individual recognizes himself in the other as active members of a society, open to ethnic and cultural differences, but harmonious in the defense of common principles and values that guarantee functional and intelligent coexistence in the various dialectics. The aim of this article is to present the dialectic of recognition based on human dignity as an effective condition of the ethical community in multicultural societies. Therefore, the research problem is: can the dialectic of recognition based on human dignity serve as a condition of the ethical community's effectiveness in multicultural societies? The method used is the inductive, by means of bibliographical research.*

Keywords: Multiculturalism. Human dignity. Ethics Community. Transnationality. Recognition.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Multiculturalismo. 2. Dignidade humana e reconhecimento. 3. Comunidade ética e multiculturalismo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar a dialética do reconhecimento do outro a partir da dignidade humana como condição de efetivação da comunidade ética em sociedades multiculturais.

Como problema de pesquisa tem-se, portanto: pode a dialética do reconhecimento baseada na dignidade humana servir de fundamento para a comunidade ética em sociedades multiculturais?

Para tal utiliza-se o método indutivo, a partir da pesquisa bibliográfica.

A pesquisa se adequa à linha de pesquisa Estado, Sustentabilidade e Transnacionalidade, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

A pesquisa se situa na reflexão da problemática da comunidade ética universal na contemporaneidade. Para os autores a comunidade ética somente se possibilita

na medida em que existe um *ethos* social permanente no tempo, garantido pela tradição, isto é, um modo comportamental social, expressado pelos costumes, leis e instituições jurídicas capaz de se garantir ao longo dos tempos, adaptando-se diante das contingências históricas, mas sem perder seus conteúdos mais essenciais.

No entanto, Vaz (2002) analisa que as comunidades éticas tradicionais, da família à unidade nacional, sempre se consolidaram tais a partir da estabilização de valores sociais aceitos pelos membros. Assim se dava seja na *polis* grega como na comunidade cristã medieval.

Não é esta realidade que se constata diariamente na contemporaneidade, na qual a diversidade ideológica, cultural, étnica, torna mais difícil a aceitação de valores capazes de abranger o multiculturalismo cada vez mais presente em época de crescente globalização.

Sendo assim, como efetivar uma comunidade ética universal na contemporaneidade? Este projeto de comunidade ética universal é necessário, porque somente uma comunidade ética estabilizada é capaz de erguer uma morada espiritual ao homem capaz de oferecer ao indivíduo expectativas de reciprocidade na relação entre direitos e deveres, de que agindo em determinado sentido terá a reciprocidade de resposta do outro. Os alarmantes aumentos de índices de criminalidade, desagregação social, agressões aos direitos humanos e meio ambiente reforçam a tese de que o tecido ético tende sempre mais a ser dilacerado nas sociedades contemporâneas.

Para Henrique Vaz (2002) isto é possível na via da dialética do reconhecimento do outro a partir da dignidade humana, isto é, utilizando um princípio filosófico que vislumbre a igualdade na diferença porque ambos, eu e o outro, somos portadores de dignidade, independente de questões ideológicas, culturais, étnicas, sociais, etc.

E esta dialética do reconhecimento com base na dignidade somente será possível enquanto *praxis* cotidiana, de responsabilização do indivíduo perante a si e ao outro na comunidade. Os ordenamentos jurídicos colocam a dignidade humana no centro de sua proteção, de tal modo que possa ser inclusive considerada o fundamento das instituições jurídicas contemporâneas. Isto significa, em outra mão, que é o indivíduo que deve se responsabilizar pela efetivação de uma comunidade ética universal que atenda às exigências dos ordenamentos jurídicos pensados e queridos por ele, do contrário a contemporaneidade estará sempre a beira de novos conflitos éticos capazes de dissolver as comunidades éticas, gerando crises ininterruptas que abalam a própria capacidade humana de construir projetos inteligentes em suas mais variadas dimensões: profissional, política, científica, estética.

Este processo dialético é possível na medida em que os indivíduos começam a se efetivarem enquanto membros de uma comunidade, ou *mitglied*, na terminologia hegeliana, como partes que se responsabilizam pelo funcionamento das instituições, pois exercitam esse dever como *pflicht*, como uma obrigação que decorre de suas próprias funções enquanto membros de uma comunidade.

Isto é possível porque, seguindo a trilha de Buber, o diálogo medeia a relação Eu-Tu, no sentido de que o Eu se abre ao outro e neste processo compartilha valores, experiências, mediando uma relação ética de responsabilidade perante a comunidade. O ser humano é inteligente, capaz de diálogo responsável e ético na dialética Eu-Tu (BUBER, 2001)

Quanto à metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva, por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, o método cartesiano, quanto à coleta de dados, e, no relatório final, o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento (PASOLD, 2015).

1. MULTICULTURALISMO

A questão do multiculturalismo, apresentada enquanto fenômeno marcante sobretudo nas sociedades ocidentais contemporâneas, as quais revelam elevado grau de diferenciação étnica, cultural, religiosa e moral dentro de sua população, resultado -entre outros fatores- das crescentes ondas de migrações transnacionais¹.

Lanzillo (2005 p.09) lembra que a dificuldade de se enfrentar tal problemática está no fato de que o multiculturalismo vem sendo, nas últimas décadas, tanto defendido como bandeira ideológica a ser perseguida, no sentido de ser a sociedade multicultural o modelo ideal de comunidade futura para todos os povos e Estados, como também vista agressivamente na perspectiva de ser uma ameaça da integridade nacional e dos costumes que tradicionalmente caracterizavam cada povo. GOZZI. (2010, p. 326-328). Para alguns o multiculturalismo representaria um avanço democrático, para outros a causa de tantos problemas sociais, econômicos e morais das sociedades contemporâneas, do aumento de criminalidade à oferta de emprego, passando pelas despesas previdenciárias e assistenciais em geral. (COMIN; PAULI; TRUZZI; MONSMA, 2018).

¹ Para aprofundamentos da questão das migrações transnacionais sugere-se: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SIRIANNI, Guido; PIFFER, Carla. Migrações transnacionais e multiculturalismo: um desafio para a União Europeia, *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 4, 2014; LOCCHI, Maria Chiara. La questione del riconoscimento giuridico delle differenze culturali nelle società pluraliste: alcune considerazioni a partire dalla giurisprudenza sui rom della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n.1, 2015.

A questão parece girar em torno de ser a favor ou contra certa ideologia universalística, a qual defenderia a progressiva integração das diversidades ao redor do planeta. Por outro lado não se pode ignorar a crescente atmosfera do cosmopolitismo, a qual, nas palavras de Benhabib, parece traduzir a sensação de que o mundo inteiro é apenas uma *polis*, formada a partir de complexas relações transnacionais. E estas relações transnacionais incluem tanto corporações empresariais como grupos terroristas, ou seja, a potencialidade de vínculos hoje não serem apenas locais ou nacionais, mas transnacionais, provoca o aumento da percepção de que cada vez mais cada indivíduo passa a integrar uma sociedade cosmopolita, ainda que habite este ou aquele Estado nacional (BENHABIB, 2004, p. 174-175)

Tanto o multiculturalismo como as migrações não são fenômenos exclusivos da contemporaneidade, pois o deslocamento de indivíduos, grupos e povos se verifica desde o início dos registros históricos. São conhecidas as profundas diversidades linguísticas e culturais tanto do mundo mesopotâmico como romano, apenas para citar exemplos conhecidos. A própria história da origem e formação dos Estados nacionais na modernidade depende do entendimento de como estes se estabeleceram a partir da necessidade de criar uma unidade nacional em territórios marcados pela pluralidade étnica, linguística, cultural e, por vezes, inclusive religiosa²

No entanto, o que demarca como diferenciado o período contemporâneo é o alcance de tal multiculturalismo que facilmente se alastra para além de regiões específicas, espalhando-se sempre mais pelo próprio globo, de tal modo que a migração transnacional hoje não parece ser mais um fenômeno de deslocamentos isolados de pessoas, mas um fluxo permanente de transitoriedade das fronteiras nacionais. Ainda que muitas migrações sejam motivadas por catástrofes ambientais, crises humanitárias e problemas bélicos, o fluxo de pessoas abandonando lugares de nascimento para tentarem conduzir a vida em outros espaços é sempre mais presente. Sempre que uma pessoa ou grupo migra, cria-se um vínculo entre o local de origem e o de destinação, de modo que a migração de pessoas é sempre também migração econômica, cultural, moral, religiosa, social, e inclusive com implicações jurídicas. (AMBROSINI, 2009, p. 43-45)

A partir do entendimento que este fluxo será cada vez maior, Benhabib (2004: p. 177-179) lembra que este fenômeno se apresenta como principal desafio para a consciência moral das democracias liberais contemporâneas, vez que

²Ver, por exemplo, as obras de Anthony Smith e Hermann Heller. SMITH, Anthony. The ethnic origins of Nations. New Jersey: Wiley-Blackwell, 1991; HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

a aceitação do outro, portador de cultura e valores distintos, atinge o núcleo da formulação democrática liberal enquanto pretensão de modelo político e de convivência universal.

Isto é, na medida em que a diversidade conduz, inevitavelmente a choque de visões de mundo, a discordância quanto a estilos de vida, o que perpassa cada esfera da vida, daquela econômica à jurídica, passando pela religiosa, cultural, social em geral, a capacidade das sociedades democráticas de aceitarem e reconhecerem o outro e a efetuarem dialéticas nas quais ambos passem a se verem como um 'nós' que integra determinado Estado ou nação é condição indispensável para a estabilidade e integração atual e futura das comunidades marcadas por crescente multiculturalismo.³ É a partir daqui que se pode vislumbrar ou a formação de uma consciência moral para além das diversidades ou a permanência de conflitos conduzindo a um progressivo dilaceramento interno de tais sociedades.⁴ Esta realidade é desafio para o constitucionalismo contemporâneo, que precisa lidar com maior amplitude de diversidades internas na população abrangida. Constitucionalismo lida com multiplicidade e diversidade.⁵

Kymlicka (1995, p. 10) sintetiza o desafio do multiculturalismo como o de promover o reconhecimento das identidades étnicas e culturais das minorias dentro das comunidades políticas, realizando um processo de integração que respeite as diferenças culturais.

Mas para o autor as democracias liberais contemporâneas podem lidar satisfatoriamente com esta demanda, pois o reconhecimento dos direitos de grupos minoritários seria coerente com os princípios básicos da liberdade individual e da justiça social. O reconhecimento dos grupos minoritários de terem liberdade para viver seus próprios valores e estilos de vida se enquadra em uma condição democrática liberal, desde que esta tolerância não coloque em risco a integridade do grupo majoritário e de outros grupos minoritários. Isto é, Kymlicka tem noção de que a liberdade aos grupos minoritários não pode ser ilimitada, porque isto levaria à possibilidade de culto a valores que agrediriam outros grupos e os próprios pilares constitucionais. Trata-se de um raciocínio liberal que já encontra seus fundamentos no pensamento de Locke, do liberalismo baseando-se na

³ Para uma discussão sobre estabilidade como princípio a ser perseguido em sociedades multiculturais ver NORMAN, Wayne. *Justice and Stability in multinational societies*. In: GAGNON, Alain; TULLY, James (Orgs.). *Multinational Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

⁴ Para uma discussão da democracia enquanto tentativa de solucionar conflitos internos ver RO-SANVALLON, Pierre. *Counter-Democracy: Politics in a age of Distrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 3-5.

⁵ Ver TULLY, James. *Strange multiplicity: constitutionalism in a age of diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

tolerância, mas numa tolerância limitada, porque do contrário permitiria a disseminação de ideologias e pensamentos que poderiam ameaçar a própria ideia de tolerância. Kymlicka (1995, pp. 151-154)

No entanto, esta concessão pode ser não mais que uma tentativa de acomodar grupos ideologicamente muito distintos no mesmo território, no sentido de tolerar grupos minoritários que em si mesmos seriam contrários à ideia de uma democracia liberal, mas insuficiente enquanto projeto de integração ética em uma dada comunidade. A tolerância é fundamental enquanto ato de respeito ao próximo dentro de uma comunidade, mas o desenvolvimento social exige mais do que simples tolerância, exige decisivo engajamento dos vários grupos nas instituições políticas, e aqui o problema persiste, porque embora um grupo minoritário seja respeitado em seus valores, pode não se sentir à vontade para tentar participar da arena política, vez que não comprehende ou concorda com todos os valores defendidos pelo grupo majoritário Kymlicka (1995, p. 151-154).

Este processo, contudo, exige mais do que apenas tolerância ao outro. A convivência funcional e politicamente inteligente passa pelo respeito ao outro como portador de dignidade, como participante de uma comunidade que busca aprimorar a si mesma, o que exige capacidade de gerenciar conflitos e dilaléticas. Para grupos diferentes ideologicamente, culturalmente ou etnicamente se envolverem em harmonia visando o bem estar coletivo é necessário que se reconheçam uns nos outros enquanto indivíduos e grupos humanamente dignos e politicamente responsáveis perante a comunidade. Retoma aqui a importância de se afirmar a dignidade enquanto condição de respeito e reconhecimento ao outro. Kymlicka (1995, p. 151-154).

2. DIGNIDADE HUMANA E RECONHECIMENTO

Pezzella e Bublitz (2014, p. 240-241) afirmam que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana só pode ser edificado a partir do momento que se reconhece que todas as pessoas são sujeitos de direito. Até pouco tempo os filhos deveriam repetir a profissão dos pais, as mulheres estavam excluídas de uma gama de ofícios, sem falar das pessoas com deficiência. Os estrangeiros ainda hoje são excluídos constitucionalmente de vários ofícios e cargos eletivos.

A partir do momento histórico que se confere dignidade a todos, independente de gênero, se amplia o conceito de igualdade, assim como se reconhece a dignidade da pessoa humana em um leque ampliado da população Pezzella e Bublitz (2014, p. 241).

Já em Hegel, a dignidade ganha a característica do reconhecimento: ser pessoa e respeitar os outros como pessoa (HEGEL, 1982). Nessa esteira, Charles Taylor afirma a relação entre reconhecimento e identidade (no sentido de maneira que a pessoa se define, como é que suas características fazem dela um ser humano). (TAYLOR, 1998, p. 45)

Taylor (1998, p. 45) explica que a identidade é formada em parte pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros, podendo uma pessoa ou um grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam refletirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. O não reconhecimento ou o reconhecimento incorreto podem afetar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira falsa de ser, distorcida, que a restringe.

Dworkin define o direito à dignidade como o direito que as pessoas têm de não serem vítimas da indignidade, de não serem tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito. Toda sociedade civilizada teria padrões e convenções que definem essas indignidades, que diferem conforme o lugar e a época que se manifestam. O direito à dignidade exige que a comunidade lance mão de qualquer recurso necessário para assegurá-lo (DWORKIN, 2003, p. 333-334).

Dworkin (2003, p. 24) afirma que existem dois princípios que identificam os valores mais abstratos da condição humana. O primeiro ele chama de princípio do valor intrínseco e significa que toda vida humana tem um tipo especial de valor objetivo. Possui valor como potencialidade, uma vez que a vida humana começou é importante como ela evolui. É importante que essa vida tenha êxito e que seu potencial se realize, e é ruim que fracasse e que seu potencial não se realize.

O segundo princípio Dworkin (2003, p. 25) chamou de princípio da responsabilidade pessoal que significa que cada pessoa possui uma responsabilidade especial na consecução da realização da própria vida, uma responsabilidade que inclui o emprego do seu juízo para estimar qual classe de vida seria para ele uma vida realizada. Não deve aceitar que nenhuma outra pessoa tenha direito a ditar-lhe esses valores pessoais nem os impor sem seu consentimento.

O indivíduo pode respeitar as valorações codificadas de uma tradição religiosa particular, ou as opiniões defendidas por líderes ou textos religiosos, incluindo as valorações de mestres morais ou éticos laicos, mas esse respeito deve ser fruto de sua própria decisão, Dworkin (2003, p. 25).

Dworkin (2003, p. 342) destaca ainda que é possível que um indivíduo sinta que sua dignidade está em jogo nas atitudes que os outros tomam diante da morte, e que pode querer que os outros agissem como lhe parece correto, porém, uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta na direção oposta, em favor da liberdade individual e não da coerção, em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive a cada um a tomar decisões individuais sobre a própria morte.

Francisco Laporta (1995, p. 136) afirma que a dignidade do ser humano se baseia na própria direção do seu comportamento, no compromisso com suas deliberações e seus atos e na própria guia a partir de valores e convicções. Esse seria o ideal antropológico que está subjacente nas convicções morais compartilhadas dos indivíduos.

O reconhecimento da dignidade humana no outro, seja indivíduo ou grupo, é condição indispensável não apenas para a capacidade de gerenciamento de conflitos e dialéticas em sociedades multiculturais, mas para a participação política harmônica, com pessoas de visões de mundo distintas trabalhando em prol da prosperidade da sociedade como um todo. Daí a necessidade de mesmo sociedades multiculturais buscarem formas de engajamento no sentido de se tornar me comunidades éticas, com os diferentes grupos não apenas respeitando-se, mas também se alinhando em torno de princípios e valores substanciais que promovam o bem-estar e funcionalidade do corpo social como um todo. A sociedade multicultural não pode simplesmente ser uma soma de grupos ideologicamente distintos, mas um organismo, com grupos ideologicamente distintos, mas trabalhando juntos em prol da sociedade, porque integram uma comunidade ética. Este conceito será desenvolvido mais apropriadamente na próxima seção.

Passa-se, na sequência, a apresentar a reflexão sobre comunidade ética em Vaz. Nas considerações finais os dois argumentos se entrelaçam, na medida em que se demonstra, com base em Vaz, de que forma uma comunidade ética universal na contemporaneidade somente seria possível a partir da efetivação de uma dialética de reconhecimento a partir da dignidade humana própria e do outro. Quando os valores tradicionais religiosos, ideológicos já não se revelam suficientes para assegurar uma comunidade ética devido ao multiculturalismo de seus membros, somente um princípio filosófico que ateste a igualdade em dignidade de todos parece possibilitar tal necessário projeto ético-jurídico. A comunidade ética se sustenta não apenas no reconhecimento afetivo ou jurídico, mas no ético, no sentido de que as pessoas se efetivem enquanto membros de uma comunidade, dotadas de direitos e deveres perante a própria sociedade.

3. COMUNIDADE ÉTICA E MULTICULTURALISMO

Nesta seção se apresenta a noção de comunidade ética, conceito de matriz hegeliana⁶, continuado por diversos estudiosos. A comunidade ética em sua origem hegeliana decorre da procura por uma síntese de reconhecimento que permita envolver pessoas e grupos distintos socialmente e ideologicamente a cooperarem em prol da própria sociedade. A comunidade ética tenta viabilizar dialécticas sociais funcionais em sociedades nas quais a mera tradição parece insuficiente para fazê-lo. Este percurso, no entanto, não é simples e merece aprofundamentos. Ao longo desta seção apontamentos sobre multiculturalismo retornarão e serão explorados com a síntese a partir da ideia de comunidade ética.

Vaz (2002, p. 170) propõe a problemática da comunidade ética nestes termos:

Nenhuma Ética universal será possível sem que as relações propriamente intersubjetivas, sobretudo aquelas que se estabelecem na ordem de reciprocidade entre direitos e deveres, e que se entretecem entre os indivíduos de uma pretensa civilização universal deles derivando para grupos e subgrupos no seio dessa civilização, sejam reconhecidas e vividas como relações éticas, vem a ser, legitimadas objetivamente e vividas publicamente como expressões de uma comunidade ética.

No entanto, logo na sequência o autor pondera que esta exigência contemporânea é nova na história, porque nenhuma outra civilização precisou pensar ou realizar modelos éticos de relações em âmbito universal, pois as comunidades éticas até então sempre se pautaram enquanto comunidades éticas particulares (comunidade da família, da tribo, do clã, das cidades, e até mesmo das unidades nacionais), mas não enquanto comunidades éticas capazes de abarcar a imensa pluralidade das diversidades culturais, sociais, religiosas que agora começam a dialogar (VAZ, 2002, p. 170).

Além disso, a pretensa civilização universal se desenrola sobretudo a partir de uma valorização do individualismo em detrimento do sentido social de uma comunidade ética. A ênfase no individualismo que se acentua gradativamente desde, ao menos, do início da modernidade, propõe complexidade ainda maior para a contemporaneidade, já que tal conteúdo facilita sempre mais a desvinculação do sujeito à comunidade ética, ao menos no que se refere à expectativa de direitos e deveres. A expectativa do outro satisfazer o meu direito se fortalece

⁶HEGEL, Georg W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

ou enfraquece na medida em que o outro mergulha mais ou menos na mesma comunidade ética a qual pertenço.⁷

Para Vaz a comunidade ética se sustenta enquanto existe um *ethos* que assegure ao homem o domínio tanto da Natureza quanto da Sociedade.⁸

Por civilização do universal Vaz afirma: “uma civilização que se propõe construir estruturas de reconhecimento dentro das quais o consenso entre indivíduos e grupos seja possível como consenso racional e livre” Vaz (2002, p. 64). Em outras palavras, uma civilização na qual o reconhecimento entre indivíduos e grupos se dá por liberdade de consenso mediada pela razão, e não como reprodução sistemática de costumes e comportamentos valorados na imediatez, isto é, não mediados pela consciência livre. A civilização do universal nasceria do consenso livre e querido pelas partes envolvidas, mas quanto mais enfático for o individualismo mais difícil se torna a concretização de tal projeto.

É a partir de comportamentos organizados e mediados diante da Natureza que o mundo se torna morada do homem e não outro exterior, e é a partir da inserção em uma Sociedade que o homem se eleva além da pura individualidade e passa a integrar âmbitos como o cultural, o científico, o religioso, o jurídico. Através da comunidade ética na integração com a Natureza e o Outro (Sociedade) o homem se vincula não somente aos demais indivíduos contemporâneos, mas àqueles que vieram antes, da qual é herdeiro de um *ethos*, e daqueles que virão, que herdarão o *ethos* gerado continuamente. O *ethos* é a expectativa comportamental dentro de dada comunidade ética, uma reciprocidade de valores, de condutas, de direitos e deveres, que estabiliza as relações sociais e permite aos

⁷ Melo traz a relação entre solidariedade e a expectativa de direitos e deveres: “A palavra solidariedade, no entanto, é polissêmica. Se é verdade que às vezes possa enlaçar-se semanticamente com a fraternidade, na maior parte de seu uso se refere a outras virtudes morais. No contexto jurídico, o vocábulo tem sentido restrito e pragmático. Usa-se para designar uma situação em que os sujeitos - ativos ou passivos - se apresentam solidários numa obrigação. É a ideia de corresponsabilidade perante um dever ou de uma expectativa de direitos. Nesses casos, a palavra é apropriada pela dogmática jurídica para significar a existência de uma pluralidade de pessoas como o sujeito único de uma relação jurídica, especialmente quando esta relação trate de problemas econômicos ou de corresponsabilidade civil e penal”. MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre direitos e deveres de solidariedade. In: SANTOS DIAS, Maria da Graça dos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. São Paulo: Conceito, 2009. p. 98.

⁸ “Sem a articulação desses três termos a Natureza se mostraria como um caos inabitável para o homem, e a Sociedade mergulharia nessa anomia intolerável que caracterizaria justamente a consequência extrema do niilismo ético. Assim como na Natureza a ordenação nomológica dos fenômenos permite unificá-los sob um princípio de ordem, seja ele representado miticamente ou estabelecido cientificamente, na Sociedade o indivíduo eleva-se ao patamar da comunidade ética ao consentir em integrar-se no corpo normativo do *ethos*, passando além da contingência de sua individualidade empírica e referindo-se a um princípio de ordem que dê razão de seu existir comunitário e de seu agir eticamente qualificado”. VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e Direito**. p. 172.

sujeitos dirigirem suas inteligências a atividades maiores, como a política, a empresarial, a cultural, a científica, a filosófica, etc.

Para compreender melhor este argumento observa-se como o autor apresenta a ideia de *Ethos* e sua relação com a Ética dentro de uma comunidade ética.

Para Vaz (2002, p. 35) a Ética enquanto disciplina filosófica é a ‘ciência do *ethos*’, em seu sentido derivado da tradição da Grécia antiga. Em suas obras o autor reflete o intrincado caminho percorrido pela Ética para se afirmar como atividade epistemológica, um saber filosófico, um trajeto que nasce na mitologia, desenvolve-se na poesia (Homero, Hesíodo, Ésquilo, Aristófanes, etc) e nas artes em geral, desdobra-se na política (Sólon, Licurgo e a contribuição dos sofistas), e encontra na filosofia o seu principal solo, sobretudo nas contribuições essenciais de Sócrates, Platão e Aristóteles. Mas mesmo estes são herdeiros das concepções cosmológicas dos pré-socráticos. A obra *Paideia*, de Jaeger, oferece material amplo para compreender este processo, vez que demonstra como, de modo explícito ou implícito, a preocupação ética se encontra em praticamente todas as manifestações da vida grega, da filosofia à medicina, passando pela política, pelas artes e, evidentemente, pelo direito no entender de Vaz (2002, p. 40)

Entretanto, para se compreender a Ética enquanto ciência do *ethos* é necessário aprofundar o que seja a noção de ‘*ethos*’. Vaz lembra que para os gregos a expressão *ethos* englobava dois sentidos distintos e complementares ao mesmo tempo, porque de um lado o termo significa o comportamento habitual do indivíduo, enquanto *práxis* diária subjetiva, e por outro o conjunto de comportamentos comunitários aceitos, sendo aqui o estabelecimento dos costumes.

Mas tanto o *ethos* enquanto hábito individual quanto aquele do costume social deriva da *práxis*, dos atos concretos humanos no tempo. É hábito somente aquilo que o indivíduo exerce continuaamente e é costume somente aquilo que a comunidade exerce continuaamente. Portanto, o *ethos*, tanto individual como social, decorre da *práxis*, somente apreendida pela observação.

Mas se a Ética é a ciência do *ethos*, ela não pode ser simplesmente a observação dos hábitos individuais e dos costumes sociais, porque como ciência ela comporta sempre uma reflexão racional, e por ser mais especificamente atividade filosófica, uma reflexão filosófica sobre os *ethos*. A Ética é o estudo do *ethos* individual e do *ethos* social, no entender de Vaz (2002, p. 65)

Os hábitos individuais e os costumes sociais são definidos pela *práxis*. Mas a *práxis* em si mesma é apenas uma repetição no tempo, uma sequência de atos feitos reiteradas vezes. A *práxis* em si mesma é incapaz de medir a qualidade e a funcionalidade dos comportamentos, tanto individuais como coletivos. Daqui

surge a necessidade da Ética, da reflexão filosófica sobre a *praxis* dos comportamentos, verificando o sentido e funcionalidade dos mesmos, para os indivíduos e para as comunidades, Vaz (2002, p. 85).

Na tradição grega que vem desde os mitos e os grandes epopeias de Homero a *praxis* individual tende sempre a ser medida eticamente pelo critério da arete (Excelência). Cada indivíduo apresenta, por natureza, atributos que se exercidos produzem Excelência, superioridade. Em Homero esta arete ainda é essencialmente a arete heroica, da excelência guerreira, estratégica, oratória, e mesmo da excelência estética. No entanto, com o tempo esta arete mais e mais se tornará padrão de comportamento na vida em geral, de modo que no pensamento socrático-platônico ela já é pensada em cada esfera da vida, como condição necessária para se viver o sumo Bem (Agathos). O *ethos* individual adequado, na tradição grega, é aquele que expressa arete, externalizada na conformidade às virtudes. O indivíduo que vive eticamente age tendo em vista o critério da virtude, nos ensinamentos de Vaz (2002, pp. 95-100)

Por sua vez o *ethos* social deságua nos costumes, no conjunto de *praxis* coletivas que configurariam o comportamento padrão em determinado grupo (família, polis, etc.). É a partir dos costumes que se formalizam os nomos, isto é, as leis e regras jurídicas, escritas ou não escritas, que organizariam a vida comunitária. Ao final da Ilíada o rei Príamo, dos troianos, se ajoelha diante de Aquiles solicitando o corpo de seu filho Heitor, a fim de lhe dar as devidas homenagens fúnebres. Aquiles atende, porque o rito funerário era um costume entendido também enquanto nomos, enquanto norma jurídica que se violada poderia comportar punições tanto comunitárias como divinas. Não sem motivos é este costume que está no centro da obra Antígona⁹, célebre discussão entre o *ethos* individual (representada por Creonte) e o *ethos* social (representada por Antígona), destaca Vaz (2002, pp. 85-95)

Em síntese, a Ética como ciência do *ethos* individual produz o estudo filosófico do comportamento individual visando a excelência, satisfação máxima da vida conforme a identidade ontológica de cada, e a Ética como ciência do *ethos* social produz o estudo filosófico do comportamento comunitário gerador de costumes, que por sua vez dá origem ao nomos, às leis e regras jurídicas, nas palavras de Vaz (2002, p. 60).

Ambos os sentidos remetem à ideia de hábito, comportamento, de atos concretos realizados cotidianamente, seja na esfera individual seja naquela coletiva.

⁹ Rosenfield desenvolve a discussão sobre *ethos* na obra Antígona a partir da perspectiva do reconhecimento em matriz hegeliana: ROSENFIELD, Kathryn. *Antígona - De Sófocles a Hölderling*: por uma filosofia trágica da literatura. São Paulo: LP&M, 2000.

A Ética, portanto, cuida tanto de como o indivíduo deve se comportar na própria existência (esfera individual) e como deve se comportar diante da expectativa dos outros e da comunidade na qual está inserido (esfera comunitária) (ARISTOTELES, 1985).

Por esta razão Aristóteles nomeia sua famosa Ética (Ética a Nicômaco), porque derivada de *ethos*, busca propor um estudo sistemático e organizado do comportamento humano, tanto em sua vida privada como naquela diante dos outros.

Em Aristóteles (1985) a Ética enquanto ciência do *ethos*, enquanto saber do *ethos*, enquanto estudo rigoroso do *ethos*, já está plenamente desenvolvida, mas somente é possível porque antes Sócrates, Platão e inclusive os sofistas, como Protágoras e Górgias, já vinham mergulhado neste campo do conhecimento.¹⁰

No domínio da Ética já se presencia a razão humana tentando apreender a lógica e a ontologia do *ethos*, do comportamento tanto individual como coletivo. A Ética é uma tentativa, uma tentativa de explicar porque o *ethos* é como tal e como deveria ser. A Ética é uma elaboração racional acerca do comportamento humano, a tentativa filosófica de oferecer morada e sentido aos atos individuais e sociais do homem (VAZ, 2002, p. 135):

A transposição metafórica que está na origem da significação moral de *ethos* oferece-nos aqui uma primeira pista. O *ethos* é a morada do animal e passa a ser a 'casa' (*oikos*) do ser humano, não já a casa material que lhe proporciona fisicamente abrigo e proteção, mas a casa simbólica que o acolhe espiritualmente e da qual irradia para a própria casa material uma significação propriamente humana, entretecida por relações afetivas, éticas e mesmo estéticas, que ultrapassam suas finalidades puramente utilitárias e a integram plenamente no plano humano da cultura.

No *ethos* o indivíduo não age somente diante da natureza, mas dentro de um universo simbólico estabelecido no qual se encontra seguro, porque a partir daquele ato espera determinadas respostas dos outros. Ao propor a compra de determinado produto pode esperar a negociação, ao se dedicar a fazer poesia pode esperar a apreciação estética alheia, quando se dedica a empreender negócios sabe que o seu resultado será avaliado pelos demais, ou seja, ele age dentro de um conjunto de comportamentos previamente conhecidos, de tal modo que pode prever resultados e respostas dos demais. Neste aspecto o *ethos* é sempre uma morada, porque protege, dá abrigo, e ao mesmo tempo estabelece limites,

¹⁰ Para aprofundamentos sobre o desenvolvimento da ideia de ética na formação do mundo grego, incluindo a contribuição dos grandes pensadores, ver Jaeger. JAEGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

coloca início e fim da liberdade dos comportamentos. O sujeito, em uma comunidade ética, pode invariavelmente identificar onde começa e onde termina o seu direito.¹¹ A literatura, a ciência, a política, a economia, qualquer campo onde se aplique a inteligência humana, somente é possível se antes existe a morada espiritual do *ethos*, um conjunto de comportamentos estabelecidos que possibilitam as relações de reconhecimento entre os indivíduos em dada comunidade.

A comunidade ética é possível na medida em que existe harmonia do *ethos* individual com o *ethos* social, isto é, daquilo que os indivíduos buscam para suas existências privadas e daquilo que a comunidade consagra como costumes. A funcionalidade das leis e das instituições jurídicas depende de uma relação de reconhecimento intersubjetivo entre os membros da comunidade ética. Por ser dessa forma é que o *ethos* tende sempre a ser tradicional, no sentido de que se historiciza, se torna permanente no tempo no seio de cada comunidade. Sem esta tradicionalidade não há como os costumes se firmarem enquanto medidas objetivas para o comportamento social.¹²

Isto não significa dizer, contudo, que o *ethos* seja um dado imóvel, não modificável.

É preciso repetir que a permanência do *ethos* é exatamente o índice próprio de sua historicidade. O *ethos* não é uma grandeza cultural imóvel no tempo mas, como a própria cultura, da qual é a dimensão normativa e prescritiva, revela um surpreendente dinamismo de crescimento, adaptação e recriação de valores, quando os chamados 'conflitos éticos' desencadeiam no seu seio síndromes de crise cujo desfecho é, em geral, a invenção de uma nova forma ética de vida (VAZ, 2002, p. 41).

¹¹ Interessante notar a metáfora do *ethos* enquanto morada espiritual na comparação com a ecologia enquanto morada física do homem, realizada por Vaz: "Do ponto de vista da sua plena autorrealização o ser humano, antes de habitar o oikos da natureza, deve morar no seu oikos espiritual - no mundo da cultura - que é constitutivamente ético. A simples preservação do ecossistema natural perderia toda significação humana se não se operasse a partir de uma concepção ética da vida e não fosse entendida como pressuposto necessário, mas não suficiente para a satisfação das necessidades não apenas físicas, mas sobretudo espirituais do homem". VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de Filosofia IV: Introdução à Ética Filosófica 1.* p. 40. Este trecho produz instigante reflexão filosófica sobre a sustentabilidade, pois esta deve ser vista não como proteção do ecossistema em si, mas como condição para o homem poder satisfazer necessidades ainda mais elevadas, que preencham suas expectativas espirituais.

¹² É importante destacar que o costume enquanto medida do *ethos* social é um dado geral, existente em qualquer comunidade ética, independente de seu ordenamento jurídico seguir aquilo que comumente se chama common law ou civil law, isto é, o direito baseado nos costumes ou na autoridade da lei emanada pelo Estado. Isto porque mesmo os países que consagram o legislativo enquanto criador do direito este, em sua atividade político-jurídica, acaba por prestar contas com a opinião pública social, na medida em que as leis criadas são avaliadas se correspondem ou não aos costumes estabelecidos naquele contexto histórico.

O ethos não é eterno, ele se define na permanência temporal e na sua capacidade de se adaptar às seguidas crises geradas pelos conflitos éticos em cada comunidade.

E aqui surge o principal desafio para o ethos e para a comunidade ética, porque os conflitos éticos podem tanto serem motores de transformação e aprimoramento social como indutores da dissolução da comunidade ética. Isto é, se a crise de valores é profunda o suficiente para atacar as bases do *ethos* tais conflitos podem comportar as sementes da dissolução de uma comunidade e não necessariamente o surgimento de nova comunidade ética (VAZ, 2002, p. 41).

Este, inclusive, era um dos principais projetos de Hegel em sua Filosofia do Direito, responder às novas demandas que se tornavam cada vez mais explícitas na modernidade, demandas individuais que exigiam tomadas de posições sociais da comunidade. No mundo antigo, e mesmo no mundo medieval, a permanência do ethos social era mais duradoura porque os valores comunitários tendiam ser transcendentais ao ponto de serem guias também para as vidas individuais. O cidadão grego era preparado no sentido de que poderia encontrar sua máxima felicidade (*Eudaimonia*) somente na vivência social da polis, daí que para o grego a Ética conduz, necessariamente, à Política. Também o sujeito medieval entendia que sua existência não encontraria resposta simplesmente na vida individual, mas no plano metafísico conferido pela teologia, e esta vivência espiritual deveria ser exercida dentro da comunidade ética religiosa. O cristão medieval somente seria feliz se dentro da Igreja, dentro da comunidade ética cristã daquele contexto (VAZ, 2002, p. 2).

Com a modernidade mais e mais se percebe o desabrochar de uma liberdade subjetiva capaz de exercer crítica contínua ao ethos social. Não cabe aqui analisar os motivos históricos dessa quebra comportamental, que tem razões religiosas, econômicas, filosóficas, entre outras, mas simplesmente expressar sua realidade: na modernidade o indivíduo tende sempre mais a buscar expressar sua felicidade em termos individuais, em considerar que a sua máxima satisfação não está, necessariamente, no atendimento das expectativas sociais, mas em realizar aquilo que almeja (VAZ, 2002, p. 90).

Esta cisão ética é enfrentada por Hegel ao estabelecer os termos que se tornariam célebres na tradição filosófica: moralidade e eticidade¹³. Na moderni-

¹³ Para aprofundamentos LÉCRIVAIN. André. *Hegel et L'Éthicité*: commentaire de la troisième partie des "Principes de la Philosophie du droit. Paris: Librairie Philosophique, 2001; WEIL, Eric. *Hegel et l'État*. Paris: Librairie Philosophique, 1970; ROSENSWEIG, Franz. *Hegel et l'Etat*. Tradução de Gérard Bensussan. Paris: Presses Universitaires de France, 1991. PLANTY-BONJOUR, Guy. *L'État et la Personne selon Hegel*. In: PLANTY-BONJOUR, Guy (org.). *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*. Paris: Presses Universitaires de

dade se observa com maior nitidez o aparecimento da moralidade individual, do sujeito tendo uma ideia de Bem, que deve guiar sua vida, a partir de suas experiências religiosas, familiares, econômicas e existenciais em geral, e uma ideia de Bem que nem sempre se coaduna com o Bem esperado pela comunidade na qual vive. Isto porque a modernidade abre sempre mais a fragmentação social, a divisão entre classes socioeconômicas, entre tradições religiosas dividindo os mesmos espaços físicos, entre grupos urbanos progressistas e grupos aristocráticos rurais tradicionais, entre outras divisões. Esta crise se aprofunda sempre mais, porque Hegel conhecia a Reforma Protestante, a ascensão do liberalismo, do Iluminismo, mas não viu a explosão do socialismo, dos movimentos operários, sindicais, e de todos os movimentos sociais que eclodiriam no século XX, intensificados ainda mais pela globalização (VAZ, 2002, p. 44-50).

Em sua Filosofia do Direito Hegel tentava responder a estes conflitos com o conceito de eticidade, como movimento em que a consciência de si¹⁴ individual se reflete nos costumes, leis e instituições sociais, se vê refletida na comunidade ética na qual vive. Hegel almejava, em certo sentido, um retorno refletido à comunidade ética grega, mas agora abarcando também a moralidade subjetiva, a liberdade individual. Para Hegel esta comunidade ética somente poderia se sustentar a partir do Estado, de uma esfera coletiva superior que pudesse resolver os conflitos éticos interiores da comunidade e direcionar os membros ao fim social. (VAZ, 2002, p. 135-136).

Quando se transporta a discussão para a contemporaneidade se observa que a problemática é ainda mais densa, porque o individualismo crítico aberto na modernidade se intensifica a cada nova geração, de tal modo que os costumes e instituições estabelecidas no passado passam a ser continuamente criticadas pelas novas gerações, gerando conflitos éticos ininterruptos capazes de inviabilizar a harmonização de uma comunidade ética.

No limiar do terceiro milênio, o desafio maior lançado à nossa civilização parece ser o de encontrar uma forma histórica de efetivação para o princípio do reconhecimento e para um tipo de estrutura ternária capaz de assegurar a estruturação de uma comunidade ética universal. Com efeito, não se vê que outra solução possa ser proposta ao enigma de uma civilização tão prodigiosamente avançada em sua razão técnica e tão dramaticamente indigente em sua razão ética. Ao termo destas

France, 1991.

¹⁴ Para aprofundamentos sobre o conceito de consciência de si em Hegel ver HEGEL, Georg W. F. *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

nossas reflexões, somos reconduzidos, pois, ao entrecruzamento, cuja natureza dialética é visível, entre o problema do reconhecimento e o problema da estrutura da comunidade ética: no reconhecimento, e em seu prolongamento no consenso livre, a oposição entre os indivíduos é suprassumida justamente no ato fundador da comunidade ética (VAZ, 2002, p. 175-176).

A dialética do reconhecimento parece ser a única solução para a efetivação de uma comunidade ética na contemporaneidade, vez que valores e princípios religiosos e filosóficos não parecem mais ser suficientes para garantir certa harmonia de comportamentos recíprocos enquanto expectativas de direitos e deveres, sobretudo devido à enorme e crescente diversidade, em sentido religioso, cultural, ideológico, étnico, etc. É preciso pensar a comunidade ética como resultado de uma dialética de reconhecimento:

[...], ou seja, do conhecimento do outro numa relação de reciprocidade que permita sua aceitação no mesmo nível de universalidade, na medida em que ambos se apresentam como portadores ex aequo dos mesmos direitos e correspondentes deveres (é o caso, por exemplo, do elenco dos direitos humanos em sua atual enumeração), sendo ambos, como indivíduos pretensamente universais, proclamados como fonte primeira de valor. Uma vez pressuposta essa prioridade lógica e axiológica dos indivíduos sobre o seu existir comunitário, o fundamento da relação recíproca do reconhecimento reflui da comunidade para os próprios indivíduos. A comunidade passa a ser um resultado, não um princípio e fundamento. (VAZ, 2002, p. 174).

Portanto, se por um lado a dialética de reconhecimento parece ser indispensável para a constituição de uma comunidade ética na contemporaneidade, por outra ela amplia ainda mais a responsabilidade dos indivíduos. Diferente das outras épocas, cada vez mais é o indivíduo, e não a comunidade, o fundamento da ordem social, sendo assim somente um pleno reconhecimento do outro como igual, portanto de direitos e deveres se torna capaz de manter a efetivação da comunidade ética. Não sem razão Hegel via somente na dialética do reconhecimento a possibilidade da constituição de uma eticidade que dessa conta da pluralidade ideológica habitante no interior da modernidade.

Ricoeur (2006, p. 216), a partir de análise de Honneth sobre a abordagem hegeliana, explora a dialética de reconhecimento como necessária para consolidação de uma comunidade de valores, na medida em que esta “se anuncia como o horizonte presumido de uma inevitável diversidade axiológica que contrasta com a universalidade presumida dos direitos subjetivos de ordem jurídica”.

No entanto, Ricoeur (2006, pp. 246-258) coloca objeções ao programa hegeliano de dialética por reconhecimento a partir da luta, ao menos em sua formatação segundo as Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, optando por seguir a tendência aberta na fase de Iena (Fenomenologia do Espírito) na qual via o amor como possibilidade de reconhecimento, ou de modo mais concreto, na paz. O aspecto da paz que poderia mediar o reconhecimento, segundo Ricoeur, seria aquele da reciprocidade advinda da retribuição, no sentido de dar e receber e aqui proceder numa troca que promove compartilhamento de valores. O percurso do reconhecimento, neste caso, depende de uma troca, que em sociedades primitivas se dá na troca de dons, e nas sociedades modernas abarca, inclusive, a troca comercial. O envolvimento de troca é pacífico no sentido de evitar a luta física, mas é sempre dialético, e exige, em alguma instância, compartilhamento de ideias e valores, portanto, reconhecimento.

O compartilhamento de valores a partir da retribuição seria, para Ricoeur, um avanço em relação à abordagem de Honneth, que também utiliza a linguagem hegeliana trazendo o reconhecimento nas dimensões afetiva (autoconfiança), jurídica (autorrespeito) e da solidariedade ética (autoestima). Na família as pessoas se reconhecem pelo amor, pela confiança que nutrem uns nos outros, na sociedade civil no respeito enquanto pessoas dotadas de capacidade jurídica, e no mundo ético a partir da solidariedade, no assumir direitos e deveres perante a si, ao outro e à sociedade como um todo. E tudo isto, aliás, deve ser pensado dentro de uma complexa rede de dialéticas de conflitos sociais, que para Honneth (2003, p. 269-280) foi aquilo que escapou a Habermas em sua teoria crítica.

Honneth parte de matriz hegeliana, não kantiana, de modo que vê os conflitos sociais como inerentes à formação das sociedades, de tal modo que não é em uma racionalidade pacifista que se poderia encontrar a síntese de reconhecimento em meio a sociedades diversificadas tais como as modernas, e sim no envolvimento afetivo, jurídico e solidário (ético) entre os membros da comunidade (*mitglied*).

As contribuições de Honneth, Ricoeur e outros, por também se situarem em raciocínio de matriz hegeliana, auxiliam na compreensão da abordagem de Vaz, permitindo melhor entendimento da possibilidade de efetivação da comunidade ética a partir da dialética de reconhecimento em sociedades multiculturais.

Estas reflexões são aprofundadas nas considerações finais, que relacionam a argumentação desenvolvida sobre comunidade ética e suas crises diante do exposto sobre dignidade humana.

CONCLUSÃO

Para Vaz a sustentação de uma comunidade ética na contemporaneidade passa pela dialética de reconhecimento entre indivíduos que veem a si mesmos e ao outro como portantes de dignidade humana, sendo assim correspondentes pela eticidade comunitária. Sem a devida dialética do reconhecimento na dimensão da dignidade humana é difícil postular a consolidação de uma comunidade ética na contemporaneidade, ainda mais quando pensada em dimensão global e/ou transnacional, na qual as diferenças ideológicas são ainda mais acentuadas. Isto porque na contemporaneidade a crítica individual contra as instituições, leis e costumes que configuram dada sociedade é sempre mais acentuada, dificultando a permanência e consolidação de um ethos social. O ethos social depende de tradição, mas se esta tradição vive ininterruptamente sob ataques críticos internos (pelos próprios membros) e externos (por outras comunidades) encontrará sempre dificuldade para se estabilizar. Um ethos que não se estabiliza não se torna ‘morada espiritual’ do homem, abrigo que fornece segurança ao ethos individual em seu comportamento diário.

É certo que exigir da contemporaneidade a suspensão deste modo crítico individualista permanente seria infrutífero e mesmo contraditório, vez que isto parece ser cada vez mais integrante do ethos contemporâneo. A facilidade de comunicação em dimensão global aproxima tanto pessoas, grupos e instituições que modelos comportamentais passam a ser, continuamente, objetos de críticas.

Este comportamento inclusive é reflexo de um dos pilares do ethos contemporâneo, aquele da dignidade humana, e se exercido com responsabilidade ética pode ser motor de desenvolvimento civilizacional. Explica-se melhor: como a sociedade moderna sempre mais passa a se fundamentar na dignidade humana, no indivíduo enquanto base constituinte da sociedade, de forma que a comunidade, quando não adequada à apreciação do indivíduo deve ser criticada e molhada por este, se o sujeito exercer com inteligência esta liberdade crítica contribuirá na promoção de valores sociais efetivos.

Isto se faz com o exercício da dignidade em correspondência com a dialética de reconhecimento da dignidade do outro, colocando sob análise o ethos social sempre a partir desta relação, se o ethos social é funcional para a minha dignidade e para a dignidade do outro.

Este exercício é possível, seguindo o percurso intelectual apresentado na primeira parte do artigo, a partir da premissa de que a dignidade humana é um conceito filosófico universal, aplicável a qualquer pessoa sem distinção de etnia, condição socioeconômica, ideológica, etc. O Outro é portador de dignidade como

eu, logo a crítica do ethos social deve ser feito na medida em que este ethos afirma ou afasta a minha dignidade e a do outro.

Aqui se abre estrada para constituição de uma comunidade ética centrada na ideia de dignidade humana, uma comunidade ética que depende da efetivação da dialética de reconhecimento entre sujeitos que veem a si e ao outro como portadores de dignidade. Somente assim possibilita-se a construção de um ethos social capaz de se tornar morada espiritual de uma comunidade ética universal.

Retomando o que se argumentou na exposição sobre Ética, esta é a ciência do ethos enquanto praxis individual e também social. A comunidade ética existe quando o ethos social é permanente no tempo, o que exige, por sua vez, da contribuição do ethos individual, da praxis responsável e funcional dos membros da comunidade. Na contemporaneidade o que se percebe é a acentuação do ethos individual, da praxis individual, mas esta precisa ser reconduzida a um ethos social, do contrário dificulta-se a formalização de uma comunidade ética universal. Com base na pesquisa vislumbra-se na dialética do reconhecimento a partir da dignidade humana uma via possível.

A comunidade ética nasce do compartilhamento entre valores (Ricoeur-Honneth) e da mediação dialética e dialógica (Buber) na qual os membros se efetivam enquanto *mitglied*, membros de uma comunidade, dotados de direitos e deveres perante a si, aos outros e à comunidade. Esta comunidade ética não decorre simplesmente do estabelecimento de leis e instituições abstratas, que distribuem direitos aos membros, nem meramente com o respeito à moralidade subjetiva de cada, conferindo liberdade para seguir as próprias convicções ideológicas e morais, mas, sobretudo, com o envolvimento dialético e ético, nos quais os indivíduos se reconhecem enquanto membros da mesma comunidade perfazem dialética de retribuição trocando relações, valores e experiências, porque são dotados de dignidade humana, corresponsáveis pela funcionalidade social.

De certo modo, retomando a linguagem hegeliana, tão cara a Vaz, significa atualizar os modelos do direito abstrato e da moralidade no seio da eticidade, da comunidade ética, na qual os membros não são figuras isoladas, atomizadas, mas relacionadas como membros de uma comunidade, nas quais os valores e instituições refletem as conquistas históricas e as retribuições construídas a partir das dialéticas de reconhecimento. Isto é possível porque o ser humano é inteligente e dotado de dignidade, capaz de dialética de reconhecimento para além das diversidades sociais, étnicas, culturais, etc.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Editora da UnB, 1985.
- BENHABIB, Seyla. *The rights of others: aliens, residents and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BUBER, Martin. *Eu e Tu*. São Paulo: Centauro, 2001.
- COMIN, Lidiane Cássia; PAULI, Jandir. The meaning of work, organizational socialization and work context: the perspective of migrant workers. *Revista de Administração Mackenzie*, São Paulo, v. 19, n. spe, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes 2003.
- DWORKIN, Ronald. *La Democracia Posible*: Princípios para um nuevo debate político. Barcelona: Paidós, 2008.
- GOZZI, Gustavo. *Diritti e Civiltà*. Bologna: Il Mulino, 2010.
- HEGEL, Georg W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, 1982.
- HEGEL, Georg W. F. *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, 1986.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.
- JAAGER, Werner. *Paideia*: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Oxford Press, 1995.
- LÉCRIVAIN, André. *Hegel et L'Éthicité*: commentaire de la troisième partie des Principes de la Philosophie du droit. Paris: Librairie Philosophique, 2001.
- LANZILLO, Maria Laura. *Il multiculturalismo*. Bari: Laterza, 2005. p. VIII-IX.
- LAPORTA, Francisco J. Imperio de la Ley: Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz. *Doxa*, Alicante, n. 15-16, p. 133-145, 1995.
- LOCCHI, Maria Chiara. La questione del riconoscimento giuridico delle differenze culturali nelle società pluraliste: alcune considerazioni a partire dalla giurisprudenza sui rom della Corte Europea dei diritti dell'uomo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n.1, p. 6-33, 2015.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre direitos e deveres de solidariedade. In: SANTOS DIAS, Maria da Graça dos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. São Paulo: Conceito, 2009.
- NORMAN, Wayne. Justice and Stability in multinational societies. In: GAGNON, Alain; TULLY, James (Orgs.). *Multinational Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2015.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BUBLITZ, Michelle Dias. Pessoa como sujeito de direitos na sociedade da informação: um olhar sob a perspectiva do trabalho e do empreendedorismo. *Sequência*, Florianópolis, n. 68, p. 239-260, jun. 2014.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SIRIANNI, Guido; PIFFER, Carla. Migrações transnacionais e multiculturalismo: um desafio para a União Europeia. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 19, n. 4, p. 1159-1184, 2014.

PLANTY-BONJOUR, Guy. L'État et la Personne selon Hegel. In: PLANTY-BONJOUR, Guy (Org.). *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. São Paulo: Loyola, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. *Counter-Democracy: Politics in a age of Distrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ROSENFIELD, Kathryn. *Antígona - De Sófocles a Hölderling*: por uma filosofia trágica da literatura. São Paulo: LP&M, 2000.

ROSENSWEIG, Franz. *Hegel et l'Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

SMITH, Anthony. *The ethnic origins of Nations*. New Jersey: Wiley-Blackwell, 1991.

TAYLOR, Charles. A Política de Reconhecimento. In: APPIAH, Anthony; TAYLOR, Charles. (Org.). *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Piaget, 1998.

TRUZZI, Oswaldo; MONSMA, Karl. Sociologia das migrações: entre a compreensão do passado e os desafios do presente. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 20, n. 49, p. 18-23, 2018.

VAZ, Henrique de Lima. *Ética e Cultura: Escritos de Filosofia II*. São Paulo: Loyola, 2004.

VAZ, Henrique de Lima. *Filosofia e Cultura: Escritos de Filosofia III*. São Paulo: Loyola, 1997.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de Filosofia IV: Introdução à Ética Filosófica 1*. São Paulo: Loyola, 1999.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. São Paulo: Loyola, 2002.

WEIL, Eric. *Hegel et l'État*. Paris: Librairie Philosophique, 1970.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E ATUALIDADES

CONSIDERATIONS ABOUT ABUSE OF AUTHORITY: HISTORICAL DEVELOPMENT AND NEWS

Bruno Ricardo Cogan

Graduação em direito pela Universidade de São Paulo (2010). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade de São Paulo (2013). Doutorando em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014)

Marco Antonio Marques da Silva

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1981), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991), doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995), livre-docente pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutorado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2005) (Portugal); Professor Titular em Direito Processual Penal, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Conselheiro do Conselho Nacional de Educação - Câmara de Educação Superior. Líder do Grupo de Pesquisa Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito, da PUC/SP (credenciado junto ao CNPq). Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Penal (Mestrado e Doutorado), do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009-2013). Presidente da Cátedra Sérgio Vieira de Mello (PUC-SP e ACNUR/ONU). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Presidente da Comissão de Imprensa e Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2010-2017); Membro da Comissão de Assuntos Institucionais entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e as Faculdades de Direito; Membro da Comissão de Juristas para a Reforma do Código Penal do Senado Federal, Coordenador da Escola Paulista da Magistratura, Diretor do Departamento de Relações Institucionais da Associação Paulista de Magistrados, Professor Visitante e Homenageado (Medalha de Honra) da Faculdade de Direito da Universidade da Universidade de Lisboa - Portugal, Professor Homenageado com a Láurea de Reconhecimento pela Universidade de Lisboa - Portugal, Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal, Doutor Honoris Causa das Faculdades Metropolitanas Unidas, Professor Emérito da Escola Paulista da Magistratura (TJSP), Presidente da Academia Brasileira de Direito Criminal e Diretor da Academia de Jurisprudentes de Língua Portuguesa Lisboa/Portugal). É Membro do Conselho Científico da LISBON LAW REVIEW - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Integra a Comissão Científica da INTERPRETATIO PRUDENTIUM - Direito Romano e Tradição Romanista em Revista" do Centro de Investigação da Universidade de Lisboa. Membro do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Submetido em: 30/03/2020**Aprovado em: 17/04/2020**

Resumo: Entrou em vigor a nova Lei de Abuso de Autoridade. Houve grande trauma no recebimento dessa lei diante de graves fatos jurídicos e políticos que o Brasil está enfrentando. De qualquer maneira, deve-se compreender que a responsabilização de funcionários públicos é aspecto necessário ao Estado de Direito, conceito esse histórico e de grande valor humano. Não obstante, observa-se que a nova Lei de Abuso de Autoridade acabou por quebrar limites anteriormente definidos, especialmente diante dos crimes de prevaricação e de violência arbitrária.

Palavras-chave: Abuso de Autoridade; Estado de Direito; História; Tipicidade.

Abstract: The new Authority Abuse Bill came into force. There was great trauma in receiving this bill because of serious legal and political facts that are face in Brazil. And Yet, it must be understood that the accountability of public officials is a necessary aspect of the rule of law, which is a concept of great historical and human value. However, it has been observed that the new Authority abuse bill ended up breaking previously well-defined limits, especially in face of crimes of malfeasance and arbitrary violence.

Keywords: Authority Abuse; Rule of law; History; Crime Suitability.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Estado de Direito e a responsabilização dos funcionários públicos. 2. O âmbito de aplicação da nova lei de abuso de autoridade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A nova Lei de Abuso de Autoridade - Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, entrou em vigor em 3 de janeiro de 2020, dia subsequente ao encerramento de sua *vacatio legis* de 120 dias (artigo 45).

Iniciou-se o processo legislativo com o Projeto de Lei do Senado Federal - PLS nº 85/2017, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, do REDE/AP, substitutivo do PLS nº 280/2016, de autoria do Senador Renan Calheiros, do MDB/AL. Foi aprovado, em regime de urgência, pelo plenário do Senado em 26/04/2017. Seguiu, em 10/05/2017, à Câmara dos Deputados, onde recebeu a designação PL nº 7596/2017; após trâmites internos, em 14/08/2019 foi apresentado requerimento de urgência e inclusão na ordem do dia; nessa mesma data, em sessão deliberativa extraordinária, foi aprovado em plenário o PL nº 7596/2017, com uma emenda de redação, sendo demais emendas em geral rejeitadas. Encaminhado à Presidência da República, recebeu 33 vetos, conforme mensagem 406, de 05/09/2019; no dia seguinte, a comunicação foi recebida pelo Congresso Nacional, o qual, em 24/09/2019, deliberou pela derrubada de 18 vetos (o que representa reintrodução de 15 dispositivos com normas penais incriminadores).

Essa lei causou exaltação nos meios políticos, acadêmicos e jurídicos, e -por que não dizer- no País em geral. Seja pelos motivos (jurídicos e republicanos) seja pela motivação (psicológica e personalista), seja pela polarização política (uma tal esquerda ou uma tal direita); seja como for, a lei já entrou em vigor e é direito positivo brasileiro.

Neste artigo, dois aspectos serão brevemente analisados.

Primeiro, a necessidade de uma lei de abuso de autoridade, como corolário do conceito de Estado de Direito, perpassando por escorço histórico da responsabilidade penal. Segundo aspectos gerais da nova Lei de Abuso de Autoridade, especialmente abordando seu âmbito de aplicação e seus limites diante dos crimes de prevaricação (artigo 319, do Código Penal) e de violência arbitrária (artigo 322, do Código Penal).

De forma alguma se busca apresentar comentários à lei, com discussão artigo por artigo. Quer-se, apenas, em linhas gerais, discutir certos temas abrangentes ligados à Lei 13.869/19, fornecendo alguma luz aos debates que se seguem intensamente.

1. O ESTADO DE DIREITO E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS

Muito se tem falado que a nova Lei de Abuso de Autoridade seria uma resposta de setores contrariados por investigações e ações penais que atingiram altos escalões político-sociais do Brasil. Talvez seja uma consequência por, até onde se sabe, não se ter alcançado um malsinado “grande acordo nacional”.

De longa data se tem notícia de atos de corrupção de funcionários públicos (ainda em tempos mui anteriores à formação do moderno conceito de Estado). Conforme já notara Emile Durkheim (2013, p. 61, tradução livre), “[...] crime é normal, porque é completamente impossível para qualquer sociedade existir livre disso.”. Por óbvio, nessa constatação do sociólogo, deve-se incluir o mau uso do poder e da autoridade, com vistas especificamente ao problema brasileiro.

A responsabilização do Estado e de seus agentes diante do próprio Direito estatal é uma das marcas indeléveis do Estado de Direito. Para além da percepção do Direito como limitação do poder por essência, o Estado de Direito é construção histórica.

O termo “Estado de Direito” foi primeiramente usado por Welcker em 1813; dizia o autor haver teocracia, despotismo e *Rechtsstaat* (Estado de Direito). Enquanto *constructo*, vem desde a Antiguidade com seus legisladores restauradores Hammurabi, Solon, Licurgo, com as lições dos romanos Paulo e Cícero, pas-

sando pelos Doutores da Igreja, pelo reconhecimento do princípio do *law of the land* na *Magna Charta Libertatum* de 1215 e do *due process of law* da Declaração de 1789, as *circuit courts* de Henrique II (século XII), por Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Rousseau (1712-1778) e muitos outros, longo foi o caminho até chegar ao atual conceito de Estado de Direito (FERREIRA FILHO, 1999, p. 5-11; HAYEK, 1989, p. 232-286).

A noção de superioridade das leis envolve submissão do Estado ao Direito; é pilar mesmo do Estado de Direito¹.

Daí, a corrupção (em sentido lato) na esfera pública ser ofensa ao próprio Estado de Direito. Veja-se: a quebra do dever jurídico de um particular é grave; mas, se cometida por funcionário público no ensejo da função pública qualifica-se por dupla ofensa: tanto da quebra do dever que vincula o homem à legalidade quanto da quebra do dever que vincula o Estado ao povo.

James Madison, em 1788, a defender freios e contrapesos - daí o título, que bem se presta como assertiva ou tese, "a estrutura do governo deve fornecer devidos freios e contrapesos entre diferentes departamentos"²-, afirmou:

Mas a grande segurança contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo departamento consiste em dar àqueles que administraram cada departamento meios constitucionais e motivos pessoais necessários para resistir a invasões dos outros. (...) Essa pode ser uma reflexão sobre a natureza humana, de que tais dispositivos sejam necessários para controlar abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, nem controles externos nem internos seriam necessários. Ao estabelecer um governo que deve ser administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisso: deve-se primeiro permitir que o governo controle os governados; e, em seguida, obrigá-lo a se controlar. A dependência do povo é, sem dúvida, o primeiro controle do governo; mas a experiência ensinou à humanidade a

¹ "Por isso, a única condição para que exista um Estado é que, sobre um determinado território, se tenha formado um poder capaz de tomar decisões e torná-las efetivas para todos aqueles que o habitam, sendo respeitadas pela grande maioria dos destinatários, no caso em que seja requerida obediência. Mas até esse poder pode ser limitado, por uma norma ou um conjunto de normas, escritas ou não, que mesmo validado por uma lei, pode ser considerada ilegítima e, como tal, anulada por um processo previsto na Constituição de cada Estado. Essa limitação é que torna o Estado um Estado de Direito, uma velha distinção da Filosofia Política que separa o 'governo das leis' do 'governo dos homens', expressões tomadas aqui como os limites que, dentro do Estado se impõem a seus titulares, ou seja, os governos que os dirigem e representam." (NOGUEIRA FILHO, 2010, p. 68-9)

² No original, o título é "The structure of government must furnish the proper checks and balances between the different departments" (HAMILTON; MADISON; JAY, s/d, p. 381).

necessidade de precauções auxiliares (HAMILTON; MADISON; JAY, s/d, p. 382-383, tradução livre).

O fim de conformar-se o Estado ao desejo de vê-lo Estado de Direito (quer dizer, juízo inclusivo de uma realidade a um conceito)³ implica, entre outras consequências, a necessidade de responsabilizar pessoal e até criminalmente desvios de funcionários públicos.⁴

Enquanto sistema, toma-se da *common law* as noções originais e organizadas do *rule of law*. Dá-se muita importância, como a mentalidade pragmatista do povo anglo-saxão sugere, à efetividade das normas (cfr. HOLMES Jr, 2010, p. 1, posições 442-453; DEWEY, 2007; REALE, 1979). Assim, ao lado das regras jurídicas declaratórias, vinham seus mecanismos garantidores, particularmente os tribunais.

Deve-se ressaltar que a constituição precisa ser apoiada por mecanismos que permitam que os compromissos no texto sejam implementados. Em muitas constituições, há um significativo abismo entre o declarado na constituição e a conformidade real. (...) De fato, como um comentador conhecido coloca: “A noção fundamental do *Rechtsstaat* ou do estado de direito [*rule of law*] não era... concebido do nada e introduzido sem resistência. De fato, foi fruto de conflitos políticos e disputas acadêmicas que se estenderam por muitos séculos.” [R Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995)] Ao invés de cumprir as rígidas normas constitucionais, no Reino Unido a interpretação de algumas das importantes previsões constitucionais pode surgir como uma questão de debate e controvérsia (veja a discussão da responsabilidade individual de ministros no capítulo 6). / (...) Além disso, a ordem superior de regras contidas na constituição descreverá o método para a formação do governo, e as regras poderão por limites à ação dos órgãos executivos do Estado (...). Finalmente, a constituição pode prever que um tribunal (geralmente um tribunal constitucional) tenha competência para inva-

³ Semelhantemente, sobre democracia, afirma-se: “A única democracia que existe é a democracia real, aquela que vivemos. Seu grau de autêntica democracia só pode ser percebido quando comparado ao modelo da democracia ideal, razão pela qual esta não pode prescindir de uma elaboração teórica.” (ROBLES, 2005, p. 112)

⁴ Não se confunda, por outro lado, crime o regime político-social adotado pela Constituição, e portanto crimes contra o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) e crimes contra a Administração Pública, que repercutem contra os fins governamentais e interesses coletivos em concreto (*Verwaltungsstaat*) (cfr. HUNGRIA, 1958, p. 312). Tanto um -crime em geral político- quanto o outro -crime contra Administração Pública- ofendem por certo o Estado de Direito, mas de maneiras distintas; o primeiro quer acabar com sua existência ou, em geral, atacar seus princípios constitutivos enquanto o outro ofende a concreta realização das finalidades do Estado (por isso bem designada a corrupção como ‘cupim da República’).

lidar legislação ou ação executiva que não cumpra o direito da constituição [*the law of the constitution*]. O constitucionalismo é definido em termos de aderência às regras e ao espírito das regras. Como observou o professor De Smith: “[isso] se torna uma realidade viva na medida em que essas regras restringem a arbitrariedade da discreção e são de fato observadas pelos detentores do poder político” [S De Smith, ‘Constitutionalism in the Commonwealth Today’ (1962) 4 Malayan Law Review 205] (LEYLAND, 2012, p. 11-12)

Nos Estados Unidos da América, se estabeleceu textualmente uma Constituição para o país; nos termos de seu preâmbulo: “nós, o povo dos Estados Unidos, ordenamos e estabelecemos esta constituição para os Estados Unidos da América”⁵. Adiante, em seu artigo 6º, estabelece-se sua supremacia: “Esta constituição e as leis dos Estados Unidos, que serão feitas em seu cumprimento, e todos os tratados feitos, ou que serão feitos sob a autoridade dos Estados Unidos, serão a lei suprema da terra; e os juízes de todos os estados serão obrigados a isso, não persistindo qualquer coisa em contrário à constituição ou às leis de qualquer estado.”⁶

A constituição, contemplando a concessão de poderes limitados e distribuindo-os entre vários funcionários, e os governos estaduais e seus funcionários, sendo também revestidos de poderes limitados, subordinados aos concedidos ao governo geral, sempre que surgir alguma dúvida, quanto ao exercício de qualquer poder por qualquer um desses funcionários do governo estadual ou federal, é necessário que esses funcionários, primeiramente, decidam sobre a constitucionalidade do exercício desse poder. Pode surgir no decurso do exercício das funções de qualquer um, ou de todos, dos grandes departamentos do governo, do executivo, do legislativo e do judiciário (STORY, 2013, p. 79, tradução livre).

Com efeito, afirma-se que os “direitos inalienáveis” das pessoas constituem preocupação central no constitucionalismo estadunidense, desde o Bill of Rights e a primeira emenda (TUSHNET, 2015, p. 183, posição 3912).

Com tais advertências em mente, tornemos à realidade brasileira. Partir-se-á a um aspecto bem limitado desse campo da construção do Estado de Direito

⁵ No original: “We, the people of the United States, do ordain and establish this constitution for the United States of America.”

⁶ No original: “This constitution and the laws of the United States, which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, any thing in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.”

na história deste País: a introdução da responsabilidade penal dos funcionários públicos (no aspecto de lei ou norma jurídica geral).

A Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 (a recentemente revogada Lei de Abuso de Autoridade, cuja vigência cessou em 03/01/2020), é posterior ao Código Penal, Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. E, por evidência, são ambas bem como a vigente Lei 13.869/19, parte da evolução jurídica do Direito Constitucional e Criminal do Brasil.

Antes mesmo da Independência, o Príncipe Regente D. Pedro I decretou, em 23 de maio de 1821, medida visando proteger a liberdade individual dos súditos:

Vendo que nem a Constituição da Monarchia Portugueza, em suas disposições expressas na Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reformação da Justiça de 1582, com todos os outros Alvarás, Cartas Régias, e Decretos de Meus augustos avós tem podido afirmar de um modo inalterável, como é de Direito Natural, a segurança das pessoas; e Constando-Me que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o Sagrado Deposito da Jurisdicção que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio (...).Determino finalmente que a contravenção, legalmente provada, das disposições do presente Decreto, seja irremissivelmente punida com o perdimento do emprego, e inhabilitade perpetua para qualquer outro, em que haja exercício de jurisdição.

Via-se, pois, não apenas direito individual das pessoas de não serem presas “por mero arbítrio”, como também a punição pessoal do funcionário público (designado “empregado público” à época), qual seja, perda do cargo e inabilitação para outros em que haja exercício de jurisdição.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, já trazia rol de direitos fundamentais em seu artigo 179, no qual se incluíam regras materiais e processuais de proteção a direitos fundamentais (como se diria em tempos recentes).⁷

O legislador e a doutrina da época tinham em mente a lição dos antigos romanos, cuja corrupção foi uma das causas de sua ruína: “Este prodigioso Genio (Cícero) foi vítima do *Triumvirado*, que se levantou em Roma com a

⁷ Const. Imperial de 1824, Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XXIX. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efectivamente responsáveis aos seus subalternos. XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escrito ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Autoridade a efectiva responsabilidade dos infractores.

ruina da Republica, a qual resultou da corrupção do povo, e do governo, donde resultarão as guerras civis, que só terminarão com o Despotismo Militar de Augusto, que supplantou os colegas" (LISBOA, 1824, p. 19).⁸

Com esse espírito, a Lei de 16 de dezembro de 1830 - Código Criminal do Império já declarava que o “abuso de poder”, entendido como uso de poderes legais contra os “interesses públicos” ou em “prejuízo de particulares”, seria crime.⁹ Doutro lado, sob a ótica do direito individual, negava-se sedição (ajuntamento ilícito armado de mais de vinte pessoas) se no intuito de representar contra injustiças ou mau procedimento de funcionário público.¹⁰ Não se olvidaram os crimes de “Excesso, ou abuso de autoridade, ou influência proveniente do emprego” (artigos 137 a 152, da Secção V, do Título V - “Dos crimes contra a Boa Ordem, e Administração Pública”).

Estavam tipificadas (sem *nomen iuris*), entre outras, as condutas de a) usurpação de função pública e exercício funcional ilegalmente antecipada ou prolongada.

⁸ Veja-se ainda: “As leis romanas reprimão energicamente os crimes dos funcionários publicos abusando da sua autoridade. / E um dos principaes, era o designado sob o nome de crimen repetundarum, confundindo-se debaixo desse nome, factos que, na nossa lei criminal, constituem dois crimes distintos: a concussão e a corrupção. / As leis das 12 taboas, applicava a pena de morte aos juizes que se deixavão corromper: *Si judex aut arbiter jure datus ob rem judicandum pecuniam acceperit capite luito.* / Posteriormente, pelo anno 604, da fundação de Roma, apareceu a lei calpurnia *repetundarum*, infligindo aos magistrados concussionários uma pena pecuniaria. Ao depois, a lei Junia, estabelecendo a pena do exilio, além da restituição das sommas recebidas. A lei Servilia, It Aclilia, a Cornelia, e, sob o primeiro consulado de Cesar, a Julia *repetumdarum*, que ficou em vigor. / Segundo as leis romanas, o juiz era pecuniariamente responsável dos julgamentos dados sciente e voluntariamente em fraude da lei: *Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum oldo malo in fraudem legis sententiam dixerit: dolo autem malo videtur hoc facere, si evidens aguwartur ejus vel gratia, vel inimicitia, vcl etiam sordes: ut veram aestimationem litis praestare cogatur.* / Entre os crimes que mais compromettem a paz publica, não se poderia deixar de dar uma classe principal aos que os funcionários publicos comettem no exercício das suas funções, sendo manifestamente perturbada a ordem, quando os que são encarregados de mantel-a, são os primeiros a infringi-la. / O funcionario corrompido é o que põe a premio a sua autoridade, quer para praticar um acto da sua função não sujeito a salario, quer para praticar um acto fazendo parte dos seus deveres. / Taes homens são verdadeiros flagelos e a sociedade se dissolveria, se fossem numerosos. / A república romana era bem perto da sua ruína, quando Círcero se queixava do que havia passado em maxima; isto é, que um homem rico, por mais culpado que fosse, não poderia ser condenado: *Pecuniatum hominem, quam vis sit nocem, neminem posse damnari. (Cíc. act. 1, em verr. n. 1).*” (PAULA PESSOA, 1885, p. 234)

⁹ Código Criminal do Império, art.2º “Julgar-se-ha crime, ou delicto: 1º Toda a ação, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penas. 2º A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores, e principio de execução, que não teve efeito por circunstancias independentes da vontade do delinquente. Não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena, que a de dous meses de prisão simples, ou de desterro para fóra da Comarca. 3º O abuso de poder, que consiste no uso do poder (conferido por Lei) contra os interesses publicos, ou em prejuízo de particulares, sem que a utilidade publica o exija. 4º A ameaça de fazer algum mal a alguém.” (g.n.)

¹⁰ Código Criminal do Império, art. 112. “Não se julgará sedição o ajuntamento do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar as injustiças, e vexações, e o mau procedimento dos empregados publicos.”

gada, b) expedição de requisição ou ordem ilegal, c) exercício arbitrário ou abuso de poder¹¹, ou d) obter lucro ou qualquer favor indevidos.

Sob a rubrica de “falta de exação no cumprimento dos deveres” (artigos 153 a 165, da Secção VI, do Título V - “Dos crimes contra a Boa Ordem, e Administração Pública”), havia outros crimes que poderiam interessantemente serem confrontados com a questão posta, qual seja, a atual Lei de Abuso de Autoridade. São eles a) proceder ou julgar contra lei expressa¹², b) dar causa a nulidade por falta de observância à ordem do processo¹³, c) julgar causas de que deveriam ter-se recusado¹⁴, e d) revelar segredo^{15,16}.

Complementou-se o estatuto penal com as previsões do Código do Processo Criminal, que trazia procedimento próprio para os crimes de funcionário público, os chamados “crimes de responsabilidade dos empregados públicos”, Capítulo V do Título II, daquele Códex, designação essa que seria preservada pelo atual Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, no Capítulo II do Título III (“crimes de responsabilidade dos funcionários públicos”).

O Código do Processo Criminal já estabelecia, atendendo o comando constitucional, que “[t]odo o cidadão pôde denunciar, ou queixar-se perante a autoridade competente, de qualquer empregado público, pelos crimes de responsabilidade, no prazo de três annos, para que ex-officio se proceda, ou se mande proceder contra os mesmos na fórmula da Lei” (artigo 150).

¹¹ “Art. 144. Exceder a prudente faculdade de reprehender, corrigir, ou castigar, offendendo, ultrajando, ou maltratando por obra, palavra, ou escripto algum subalterno, ou dependente, ou qualquer outra pessoa, com quem se trate em razão de officio. (...) Art. 145. Committer qualquer violencia no exercicio das funcções do emprego, ou a pretexto de exercel-as. (...)

¹² “Art. 158. Não empregar para a prisão, ou castigo dos malfeiteiros, ou réos de crimes publicos, que existirem nos lugares de sua jurisdição, os meios, que estiverem ao seu alcance. (...). Art. 159. Negar, ou demorar a administração da Justiça, que couber em suas attribuições, ou qualquer auxilio, que legalmente se lhe peça, ou a causa publica exija. (...) Art. 160. Julgar, ou proceder contra lei expressa. (...) Art.161. Se pelo julgamento em processo criminal imponer ao réo maior pena, do que a expressa na lei. (...)

¹³ “Art.162. Infringir as leis, que regulam a ordem do processo, dando causa á que seja reformado. (...)

¹⁴ “Art. 163. Julgarem os Juizes de Direito, ou os de Facto, causas, em que a lei os tenha declarado suspeitos, ou em que as partes os hajam legitimamente recusado, ou dado por suspeitos. (...)

¹⁵ “Art.164. Revelar algum segredo, de que esteja instruido em razão de officio. (...).

¹⁶ Assim resumia a doutrina da época: “São crimes de responsabilidade: 1º Os de que trata o Tit. 5º, Parte 2ª do Cod. Crim., no Cap. 1º, que assim se inscreve - Prevaricação, abusos e Omissões dos Empregados Publicos. - 2º Os de que trata a mesma Parte 2ª, Tit. 6º, Cap. 4º, que assim se inscreve - Do Peculato. - 3º Os de que trata a Parte 3ª, Tit. 1º, que assim se inscreve - Dos crimes contra a liberdade individual - nos artigos, cujas disposições são expressamente relativas aos Empregados Publicos - 4º Os crimes connexos com os de responsabilidade, como são as offensas physicas, quando elles são o objecto da violencia commettida pelo Empregado Publico. Av. n. 245 de 27 de Agosto de 1855.” (SOUZA, 1859, p. 67)

Note-se que o reclamo poderia ser apresentado a órgão do Poder Executivo, Legislativo¹⁷ ou Judicial.¹⁸

Semelhantemente, poder-se-ia, no caso de Juízes e oficiais de Justiça, dirigí-lo ao Imperador, no exercício do Poder Moderador, e às Relações. Esta já era previsão temporalmente anterior, e de estatura constitucional.¹⁹

Em verdade, o Imperador era irresponsável, característica própria dessa forma de Governo (the king can do no wrong²⁰): “O monarca nunca pôde querer o mal, apenas poderá uma ou outra vez enganar-se sobre os meios de fazer o bem (...)” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 261). Daí, a previsão da Constituição Imperial: “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

Diferentemente dos tempos modernos, nos quais se busca limitar as imunidades pessoais de Chefes de Estado e de Governo (cfr. artigo 27 do Estatuto de Roma, por exemplo), essa era o estado de coisas naquele tempo, ou seja, a irresponsabilidade do Imperador.

Reflexo sublime da soberania nacional, e sua mais alta expressão, o *Poder Moderador*, foi privativamente delegado pela lei fundamental ao Imperador como ao *primeiro representante* da nação; e o Imperador não é representante da nação no exercício d'esse Poder senão porque, como

¹⁷ Const. Imperial, art. 47. “É da atribuição exclusiva do Senado I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura. II. Conhecer da responsabilidade dos Secretários, e Conselheiros de Estado.”

¹⁸ Cód. Proc. Crim., art. 150. Todo o cidadão pôde denunciar, ou queixar-se perante a autoridade competente, de qualquer empregado público, pelos crimes de responsabilidade, no prazo de três anos, para que ex-officio se proceda, ou se mande proceder contra os mesmos na forma da Lei. Art. 151. A queixa, ou denúncia pôde ser apresentada á qualquer das Camaras Legislativas, ou ao Governo, ou aos Presidentes das Províncias, ou ás autoridades judiciais, a quem competir o conhecimento do facto. Art. 153. Qualquer das Camaras Legislativas, ou o Governo, ou os Presidentes de Província, a quem uma queixa, ou denúncia fôr apresentada, depois dos esclarecimentos, que entender necessários, se a julgar concludente a enviarão ás Camaras Legislativas, ou ao Governo, e este e os Presidentes das Províncias á autoridade judiciária, a quem competir, para proceder na forma da Lei. O Governo, e Presidentes, além disso, darão as providências, que couberem nas suas atribuições.

¹⁹ Const. Imperial, art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador (...) VII. Suspensando os Magistrados nos casos do Art. 154. Art. 154. O Imperador poderá suspender os por queixas contra elles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis, que lhes são concernentes, serão remetidos á Relação do respectivo Distrito, para proceder na forma da Lei. Art. 156. Todos os Juízes de Direito, e os Oficiais de Justiça são responsáveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercício de seus Empregos; esta responsabilidade se fará efectiva por Lei regulamentar.

²⁰ No Brasil, tal expressão já era usada. Veja-se SOUZA, 1864, p. 569.

já uma vez o dissemos, foi encarregado de *querer* por ella, e de manifestar a sua vontade soberana nos diferentes casos prefixos no art. 101 da Constituição. / Ora, importa antes de tudo recordar, e não perder jamais de vista, que a irresponsabilidade é um attributo *proprio* e inseparável de todo o poder *representativo*, e não um simples privilegio da pessoa que o exerce; de maneira que, no exercício de suas funcções, vem a ser o representante tão irresponsável pela natureza das causas, quanto o seria a nação mesma, se directamente houvesse de exercer a sua soberania (SOUZA, 1864, p. 303-304)

No mesmo sentido:

Como o poder moderador é synonymo do poder imperial, com razão a constituição em seguida delle reconheceu logo a inviolabilidade e irresponsabilidade do imperante. / Estes attributos são inseparáveis da monarchia, são dogmas políticos consagrados por justo e irrecusável interesse publico. É um princípio de ordem e segurança nacional, princípio quanto ao poder perfeitamente resguardado -pela responsabilidade ministerial, e quanto aos factos individuaes pela fundada crença de que tão alta posição, a magestade e suas virtudes e ilustração jámais terão occasião de infringir as leis. Só um sofrimento moral poderia contrariar essa crença (PIMENTA BUENO, 1857, p. 206).

Discutia-se se Ministros, no acatamento de ordens do Imperador e no exercício do Poder Moderador (e não do Poder Executivo), também o seriam, uma vez que “[n]ão salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escripto.” (art. 135 da Const. Imperial)²¹

Seguindo-se, de se notar que a ação penal, em casos de certas irregularidades no seio do Poder Judicial, constitucionalmente, poderia ser proposta por qualquer um do povo (ação penal popular).²²

O Código do Processo Criminal²³ trazia previsões rigorosas: admitia a ação penal pública (promovida pelo Promotor Público) e a ação penal popular (promovida por qualquer um do povo) diante de qualquer “crime de responsabilidade”.

²¹ Pela responsabilidade diante dos atos de ministros em funções ligadas ao Poder Moderador, PIMENTA BUENO, 1857, p. 112-114, 215-216. Contra: SOUZA, 1864, p. 414-489.

²² Const. Imperial, art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles ação popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

²³ Cód. Proc. Crim., Art. 74. A denuncia compete ao Promotor Público, e a qualquer do povo: §2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade. Art. 335. O Promotor Público denunciará, e promoverá as acusações nos crimes de responsabilidade dos empregados públicos, quando não houver parte.

Ia-se além ao permitir inclusive determinando ação penal de ofício pelo Juiz²⁴ em certos casos de “crime de responsabilidade”:

Já na Velha República, mantiveram-se as regras gerais de responsabilização dos funcionários públicos, encerrando-se a irresponsabilidade (v. BALEIRO, 2012, p. 30) do Chefe do Poder Executivo (artigos 53 e 54, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891).²⁵ Nesse sentido, previa o artigo 6º (“O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes) a temporariedade das funcções electivas e a responsabilidade dos funcionários”) e o artigo 72, §9º (“É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.”, com redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

Na Constituição Imperial, havia rol de direitos fundamentais (artigo 179). Já na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, havia um capítulo próprio: Título IV - Dos Cidadãos Brasileiros, Seção II - Declaração de Direitos (artigos 72 a 78), com aumento de densidade de certas previsões, marca de orgulho.²⁶

Pontes de Miranda (1970, pp. 339-341), por sua vez, apontou que entre o texto de 1824 e o de 1891, havia, mais significativamente, a inserção da declaração de direitos como direitos públicos constitucionais subjetivos.

²⁴ Inclusive, em algumas hipóteses, no caso de não pronúncia aos Juízes de Direito em crimes de responsabilidade de subordinados, os Juízes Municipais, Delegados e Subdelegados deveriam recorrer de ofício de suas decisões (cfr. SOUZA, 1859, p. 68-70).

²⁵ Cód. Proc. Crim, art. 154. A acção para verificar a responsabilidade dos empregados publicos deverá ser intentada ex-officio pela autoridade judiciaria, ou por ordem superior dentro em oito annos depois do crime commettido. Será porém dentro do anno, e dia: 1º sendo intentada pelo proprio queixoso; 2º quando qualquer do povo o fizer por infracção de Constituição, usurpação do exercicio de algum dos poderes politicos, contra a segurança interna, ou externa do Estado, e por suborno, peita, peculato, ou concussão. O estrangeiro tambem o pôde fazer, mas em causa propria sómente.

²⁶ “No artigo 72 o projecto assegura a brazileiros e estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade. No reconhecimento que elle faz destes direitos imprescindiveis á liberdade civil e politica do cidadão, impõe restrições aos poderes publicos para que os respeitem, afim de se manterem illesas as liberdades do cidadão. / Este capitulo [isto é, a Declaração de Direitos] inspira-se em factos dos governos de outros paizes, onde o povo, á custa de sacrificios, alcançou que se registrasse em documentos officiaes a *declaração de seus direitos*. Assim vemos na Inglaterra a *Magna Carta* de 1215: a *Petição do direito* de 1627, o *bill* dos direitos de 1689. Nos Estados Unidos as suas *Declarações* de Outubro de 1765 sahidas do Congresso de New-York, as de Outubro de 1774, as de Julho de 1776 e as de 1791 que figuram como emendas á constituição federal. Na França a *Declaração de direitos do homem e de cidadão* de 1789. / Entre nós mesmo ainda que na Constituição do Imperio não exista um capitulo com a epigraphe de declaração de direitos, todavia, muitos artigos enumeram os direitos fundamentaes do cidadão (...). / A constituição da República separou um capítulo para este assumpto” (FELISBERTO, 1894, p. 257-258)

O Decreto 847, de 11 de julho de 1980, o Código Penal de 1890, continha disposições semelhantes, conforme artigos 224 a 237, da Secção VI - Excesso ou abuso de autoridade usurpação de funções publicas, do Capítulo Único - Das malversações, abusos e omissões dos funcionários publicos, do Título V - Dos crimes contra a boa ordem e administração publica.

A numeração permaneceu inalterada na obra de Vicente Piragibe, que posteriormente acabou por ser aprovada pelo Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, como Consolidação das Leis Penais.

O Direito Processual tornara-se, à época, estadual (artigo 34, 22, c.c. artigo 65, 2º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891), a dispensar, para os fins deste trabalho, análise desses diversos códigos. A unificação do Direito Processual apenas aconteceria no governo de Getúlio Vargas, sob os auspícios do Ministro da Justiça Francisco Campos, atendendo a determinação contida no artigo 11, das Disposições Transitórias, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934²⁷.

Ao lado do Código de Processo Civil - Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, vieram o Código de Processo Penal - Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, e o Código Penal - Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Ambos ainda em vigor.

As Cartas Magnas, -curiosamente- em número maior que os códigos, não destoaram significativamente. Em especial, vejam-se a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934 (artigo 113, número 10, artigo 171), a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937 (artigo 122, 7º, artigo 158), a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946 (artigo 141, §§31 e 37), a Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967 (artigo 105, artigo 150, §30) e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (artigo 5º, incisos XXXIII e XXXIV, artigo 14, §9º, artigo 37, §§3º e 4º, artigo 74).

Pode-se dizer que, especialmente sob a ótica da responsabilidade penal de funcionários públicos, pouco mudou no regramento constitucional ao longo do tempo.

²⁷ Art 11 - "O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal § 1º - O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projetos, discuti-los e votá-los imediatamente. § 2º - Enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados."

O Código de Processo Penal contém procedimento próprio para apuração de “crimes de responsabilidade”, entendidos como crimes funcionais contra a Administração Pública (artigos 513 a 518) -terminologia essa grandemente criticada. Porém, seguindo as previsões da Constituição Federal, há inúmeros casos de foro privilegiado ou foro por prerrogativa de funções.²⁸

Já o Código Penal aperfeiçoou os tipos penais da legislação anterior; trouxe assim, no Título XI - Dos crimes contra a administração pública, inicialmente, 48 artigos (artigos 312 a 359); houve inúmeras reformas ao longo dos tempos, inclusive a inclusão de dois novos capítulos: Capítulo II A - Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira (artigos 337 B a 337 D) e Capítulo IV - Dos crimes contra as finanças públicas (artigos 359 A a 359 H).

Dessas, especialmente em face daqueles que exercem algum poder ou autoridade da *persecutio criminis* ou do *ius puniendi*, podemos reunir em três âmbitos aproximados de incriminação dos crimes funcionais: i) o fazer além do que a lei manda (abuso de autoridade), ii) o fazer aquém do que a lei manda (prevaricação) e iii) o negar o múnus ou a finalidade de sua função pública (violência arbitrária, abandono de função, advocacia administrativa).

Por óbvio, tipos especiais foram criados para acolher determinadas condutas. Nos dois primeiros, i) o abuso de autoridade -exercer poder para além do conferido ou do necessário no caso concreto- e ii) a prevaricação - não atender ao estandler de rigor fixado ao funcionário público fixado-, vemos, respectivamente, arrebatamento de preso e condescendência criminosa, por exemplo.

O último parece ser o grupo mais heterogêneo, porque envolve larga possibilidade de violação do vínculo (que seria) inquebrantável entre cargo, função e funcionário²⁹. Podem ser apontadas a corrupção passiva, concussão, peculato, além dos já mencionados³⁰.

²⁸ Há, atualmente, casos de competência originária dos Tribunais de Justiça (artigo 29, inciso X, artigo 96, inciso III), dos Tribunais Regionais Federais (artigo 108, inciso I, alínea ‘a’), do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso I, alínea ‘a’) e do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I alíneas ‘b’ e ‘c’). Isso apenas na Constituição Federal, olvidando-se as Constituições Estaduais e até mesmo leis ordinárias em alguns casos ainda em vigor (*verbi gratia*, competência originária para processar e julgar oficiais gerais do Superior Tribunal Militar, artigo 6º, inciso I, alínea ‘a’, da Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992 [v. PORTO, s/d]). Daí haver estimativas de que 55 mil pessoas (CALEGARI, 2017), ou quase 60 mil (DIEGUES; LINHARES; CARAM; BOLDRINI, s/d; Congresso em Foco, 2018), teriam, no Brasil, foro privilegiado.

²⁹ Sobre o conceito de Administração Pública -entendida como “atividade do Estado na consecução de seus fins” (HUNGRIA, 1936, p. 387), a doutrina menciona o sentido lato (atividade do estado, sentido esse que corresponderia ao sentido jurídico-penal), o restrito (atividade desenvolvida pelo Poder Executivo, afora a atividade política e de governo) e o subjetivo (conjunto de órgãos que servem ao Estado). Neste sentido, veja-se HUNGRIA, 1958, p. 311-313; SIQUEIRA1951, p. 558-559.

³⁰ Os crimes funcionais dividem-se em próprios e impróprios. Nos primeiros, a qualidade de funcio-

Por óbvio, tal classificação não parece definitiva e demanda aprofundamento científico, todavia ressalta árdua tarefa, qual seja, a de estabelecer os limites entre o crime de prevaricação (artigo 319, do Código Penal), o de violência arbitrária (artigo 322, do Código Penal) e o abuso de autoridade (figuras da Lei 13.869/19).

2. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Agora, visando compreender o âmbito de aplicação da nova Lei de Abuso de Autoridade, estudar-se-á as intersecções entre figuras que lhe sejam próximas.

Em geral, tem-se o abuso de autoridade como o fazer mais do que se deve, de exceder no rigor da função pública. Já a prevaricação seria o fazer aquém daquilo que se deve. E a violência arbitrária seria o usar de violência fora de qualquer finalidade pública.

Primeiramente, lembre-se que na redação original do Código Penal havia a rubrica exercício arbitrário ou abuso de poder (artigo 350, do Código Penal).³¹ Nelson Hungria (1958, p. 506) explica, no sentido já exposto, que, em última análise, se garante o Estado de Direito:

O que em tais dispositivos se depara é o apoio que a lei, com a reforçada sanção penal, presta ao princípio que, remontando à *Magna Charta* outorgada por João Sem Terra em 1215 ('*nullo liber homo capiatur vel imprisonetur... nisi per legalem judicium vel per legem terrae*'), é consagrado por nossa Constituição nestes termos: 'Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, ns casos expressos em lei.'

Historicamente, discutia-se diferença entre *excesso* e *abuso* de poder. Mamedo Soares, importante comentador do Código Penal de 1890, afirmava que nas duas figuras haveria investidura na função, no entanto no primeiro o fun-

nário público é essencial à criminalização da conduta, e sem a presença dos 'intranei' o fato seria um irrelevante penal; nos segundos, por outro lado, a qualidade de funcionário público apenas dá colorido especial ao que seria crime comum. Após, o autor explica que não é propriamente a qualidade de funcionário público que caracteriza o crime funcional, senão o exercício da função pública. (HUNGRIA, 1936, p. 388-389)

³¹ Art. 350 - "Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder: Pena - detenção, de um mês a um ano. Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que: I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança; II - prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade; III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência."

cionário público excederia os limites de suas atribuições, enquanto no segundo usaria mal a autoridade conferida. Outros autores entenderiam que abuso de autoridade seria o injusto penal, já o excesso de poder seria o injusto administrativo (v. SIQUEIRA, 1951, p. 645-647).

Excesso de poder é a fuga dos limites legais. Abuso de poder, por sua vez, é aquele exercido além da medida, certo de que não apenas se foge dos limites legais mas também se abusa (uso que se transforma em abuso) [SIQUEIRA, 1951, p. 647].³²

Por isso, há julgados que afastam o crime de abuso de autoridade caso o autor execute suas funções visando a defesa social, ainda que erre quanto à interpretação da lei³³.

Portanto, o crime de abuso de poder (artigo 350, do Código Penal; e dispositivos da Lei 4.898/65), consoante doutrina, exige dolo genérico; caso houvesse interesse ou sentimento pessoal, aplicar-se-ia o crime de prevaricação³⁴ (artigo 319, do Código Penal³⁵).

Entrevê-se que o artigo 350, do Código Penal, situado entre os crimes contra a Administração da Justiça, foi revogado tacitamente pela Lei 4.898/65.

Já o crime de prevaricação (artigo 319, do Código Penal) remonta suas origens ao verbo *praevaricor, aris, ari, atus sum* e ao substantivo *praevaricator, oris*, anotando os latinistas clássicos o sentido de “1. Caminhar tortuosamente; afastar-se da linha recta, ao lavrar; 2. Transpor com uma pernada, saltar por cima de. 3. Prevaricar (fal. dum juiz ou um advogado); (...)” (TORRINHA, 1945, p. 682); cuja ideia envolve traição da fé, desobediência, transgressão (PORTO EDITORA, 1958, p. 398).

O sentido de favorecer uma parte ou advogado que favorece a parte contrária é vista tanto entre os dicionaristas (RIDDLE, 1870, p. 524), por isso, como lembra a doutrina (COGAN, 2003, p. 65), o livro II, tít. XXVI, item 24, das Ordenações Filipinas, inspirada em normas anteriores, já previa que “É feito Direito Real (...)

³² Nas palavras do autor: “Quanto ao próprio ato, o excesso de poder é o ato, pelo qual se usa dos poderes concedidos pela lei para um dada função fora dos limites e contra a conveniência da mesma função, ao passo que o abuso de autoridade é o ato pelo qual, não só se excede (no sentido indicado supra), mas se abusa, isto é, se faz dos poderes concedidos pela lei um uso contrário ao prescrito e se substitui pelo próprio e ilimitado arbítrio as normas e modalidades legais.” (SIQUEIRA, 1951, p. 647)

³³ Vejam-se os casos citados por MORAES; SMANIO, 2001, p. 28-29 e por NUCCI, 2008, p. 36.

³⁴ HUNGRIA, 1958, p. 507.

³⁵ Art. 319 - “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

os bens do Procurador del Rei, que prevaricou seu feito e por cuja causa perdeu El Rei seu Direito”.

Em sentido restrito, em Direito Romano, emprega-se o termo *prevaricatio propria* para a parte que entra em concluiu com o *ex adverso*, em juízo público, para obter a absolvição do último; ou *ao advocatus ou patronus* que traía a causa (SIQUEIRA, 19551, p. 574-575).

Tipos penais de prevaricação já existiam, no Direito Brasileiro, desde o Código Criminal do Império³⁶ e o Código Penal de 1890³⁷. Continham, porém, condutas que foram retiradas dessa rubrica no Código Penal de 1940, sendo incorporadas a tipos autônomos e em leis esparsas (como é o caso das leis de abuso de autoridade).

Exatamente por esse recorte, é caracterizado por grande largueza semântica, cujas condutas se perfazem em “[r]etardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” ou “praticá-lo contra disposição expressa de lei”, exigindo-se elemento subjetivo do injusto “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Inevitável concluir que, modernamente, o crime de prevaricação (artigo 319, do Código Penal vigente) é subsidiário: apenas incidirá se inexistir outro mais perfeito à conduta concreta.

³⁶ Cód. Crim. Império, art. 129. Serão julgados prevaricadores os empregados publicos, que por affeição, odio, ou contemplação, ou para promover interesse pessoal seu: 1º Julgarem, ou procederem contra a literal disposição da lei. 2º Infringirem qualquer lei, ou regulamento. (...) 5º Deixarem de proceder contra os delinquentes, que a lei lhes mandar prender, accusar, processar, e punir. 6º Recusarem, ou demorarem a administração da Justiça, que couber nas suas atribuições; ou as providencias da seu officio, que lhes forem requeridas por parte, ou exigidas por autoridade publica, ou determinidas por lei. (...) Se a prevaricação consistir em impôr pena contra a literal disposição da lei, e o condenado a soffre, impor-se-ha a mesma pena ao empregado publico. No caso porém de que o condenado não tenha soffrido a pena, impor-se-ha ao empregado publico a que estiver designada para a tentativa do crime, sobre que tiver recahido a condenação. (...)

³⁷ Cód. Penal de 1890, art. 207. Committerá crime de prevaricação o empregado publico que, por affeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu: 1º Julgar, ou proceder, contra litteral disposição de lei; (...) 3º Deixar de perder e formar processo aos delinquentes nos casos determinados em lei, e de dar-lhes a nota constitucional de culpa no prazo de vinte e quatro horas; 4º Recusar, ou demorar, a administração da justiça, ou as providencias do officio requisitadas por autoridade competente, ou determinadas por lei; 5º Exceder os prazos estabelecidos em lei para o relatorio e revisão do feito, ou para preferir sentença definitiva ou despacho; (...) 8º Julgar causas em que a lei o declare suspeito como juiz de direito, de facto, ou arbitro, ou em que as partes o hajam legitimamente recusado ou suspeitado; 9º Ordenar a prisão de qualquer pessoa sem ter para isso causa ou competencia legal, ou tendo-a, conservar alguém incomunicavel por mais de 48 horas, ou retel-o em carcere privado ou em caso não destinada á prisão; 10º Demorar o processo de réo preso, ou afiançado, além dos prazos legaes, ou faltar aos actos do seu livramento; 11. Recusar, ou retardar, a concessão de uma ordem de habeas-corpus, regularmente requerida; (...) 13. Tornar a prender, pela mesma causa, o que tiver sido solto em provimento de habeas-corpus; (...) § 1º Si a prevaricação consistir em impor pena contra a litteral disposição da lei, e o condenado a soffrer, impor-se-ha a mesma pena ao juiz, ou juizes, si a decisão for collectiva, além de perda do emprego. § 2º No caso, porém, que o condenado não tenha soffrido a pena, impor-se-ha ao juiz, ou juizes, a que estiver designada para a tentativa do crime sobre que tiver recahido a condenação. (...)

Todavia, mesmo em análise superficial, parece evidente que a noção mais larga de prevaricação, desde tempos imemoriais, e respeitando os limites semânticos do termo, persiste: é o agir indevido, a conduta não reta. Sob a ótica jurídica especificamente, persiste a particularidade do elemento psíquico do autor: não apenas vontade e consciência de praticar o tipo objetivo, mas vontade sobejante de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Por fim, tipo pouco lembrado pela dogmática penal: violência arbitrária (artigo 322, do Código Penal). Com redação bem econômica, poder-se-ia dizer, está assim descrito: “[p]raticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la” (a pena é de detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência).³⁸

Até a entrada em vigor da revogada Lei de Abuso de Autoridade e da Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, diversos casos de violência em interrogatórios, visando obtenção de confissão, subsumiam-se a esse crime de violência arbitrária. Nelson Hungria narra caso no qual Delegado de Polícia privava indiciados de alimentos e água, e depois lhes oferecia carne salgada, extorquindo-lhes assim confissão. Nesse sentido, afirma o autor ser este delito “específico dos funcionários policiais” (HUNGRIA, 1958, pp. 382-387).

Numa análise técnica, há violência arbitrária na conduta de funcionário público, sem motivo legítimo, que, mediante força física, maus tratos ou vias de fato (excluída a violência moral), provocando ou não lesões corporais na vítima. Pela expressão “arbitrária”, isto é, “sem motivo legítimo”, há de se entender que a ação refoge aos estritos limites de sua necessidade; não obstante, dar-se-á no ensejo atual da função público ou a pretexto de exercê-la (o exercício da função pública será causa da violência) (HUNGRIA, 1958, pp. 382-387).

Certa dificuldade hermenêutica surgiu no confronto do artigo 3º, alínea ‘i’, da revogada Lei de Abuso de Autoridade, que pune atentado à ‘integridade física do indivíduo’, e o tipo em questão. Após largo debate acadêmico e jurisprudencial, firmou-se a tese de que inexistira revogação do artigo 322, do Código Penal.

A razão: violência arbitrária seria aquela não permitida em lei (COGAN, 2003, pp. 80-82). Traz a doutrina argumentos sólidos, que guiaram os julgados vencedores. Explica-se que todo ato administrativo seria discricionário naquele

³⁸ Vejam-se os antecedentes históricos brasileiros. Cód. Criminal do Império, art. 145. “Commetter qualquer violencia no exercicio das funcções do emprego, ou a pretexto de exercel-as. Penas - de perda do emprego no grão maximo; de suspensão por tres annos no medio; e por um no minimo; além das mais, em que incorrer pela violencia.” Cód. Penal de 1890, art. 231. “Commetter qualquer violencia no exercicio das funcções do emprego, ou a pretexto de exercel-as: Penas - de perda do emprego, no grão maximo; de suspensão por tres annos, no medio, e por um anno no minimo, além das mais em que incorrer pela violencia.”

espaço que a lei dá margem de escolha ao funcionário público, entre tantas escolhas possíveis, mas no crime descrito no artigo 322, do Código Penal, inexistiria autorização de qualquer norma legal que lhe justificasse a conduta, e aí residiria a diferença entre violência arbitrária e abuso de autoridade (STOCO, 2002, pp. 9-25, *apud STJ*, HC 48.083/MG, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma). Ao fim, foi essa a posição que prevaleceu nos Tribunais.³⁹

Nesse quadro veio a nova Lei de Abuso de Autoridade.

Percebe-se que deverá ela conviver com os crimes de prevaricação e de violência arbitrária, marcando-se ab-rogação da velha Lei de Abuso de Autoridade e do artigo 350, do Código Penal.

Os espaços de incidência foram, pois, turbados.

A começar, estabeleceu regramento significativamente distinto no que toca ao dolo do abuso de autoridade, o novel estatuto exige agora dolo específico (expressão tão usada pelos causalistas), qual seja, finalidade de “prejudicar outrem” ou “beneficiar a si mesmo ou a terceiro”, ou agir por “mero capricho” ou por “satisfação pessoal” (artigo 1º, §1º, da nova Lei de Abuso de Autoridade).

Com efeito, dos crimes que antigamente exigiam apenas dolo genérico, passou-se a exigir dolo específico. O problema que exsurge, além das dificuldades práticas (questão de menor importância num Direito Penal democrático), é a quebra da linha divisória entre o abuso de autoridade e a prevaricação.

Poderia soar como saudosismo imaginar que o Legislador optou por reproximar o abuso de autoridade das antigas condutas de prevaricação do Código Criminal de 1830 (“Art. 129. Serão julgados prevaricadores os empregados públicos, que por affeição, odio, ou contemplação, ou para promover interesse pessoal seu”, g.n.) e do Código Penal de 1890 (“Art. 207. Commetterá crime de prevaricação o empregado público que, por affeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu”, g.n.).

Mas não é o caso. Antes, parece que o Legislador achou por bem antecipar-se a críticas, e até possíveis declarações de inconstitucionalidade, e lançou elementares subjetivas que tornassem indiscutível a legitimidade de punição dos casos que tratasse (os 30 artigos do estatuto).

Também, a ideia de que o abuso de autoridade consistiria em exercício lícito do poder estatal que, em determinado momento, se transformou em ilícito diante

³⁹ Vejam-se, a título de exemplo, os seguintes julgados: RHC 95617, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008; HC 63612, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 21/03/1986.

do abuso (*uso* que transmuda para *abuso*, lembre-se: *uti non abuti*) acabou por esvaecer.

Assim, são figuras que revelam o rasgo dos limites entre abuso de autoridade e violência arbitrária, ao menos, as condutas descritas nos artigos 13⁴⁰ e 24⁴¹, da nova Lei de Abuso de Autoridade. Até mesmo a regra do cômulo material de penas, característico da violência arbitrária (e não da prevaricação ou do abuso de autoridade) foi repetida.

Neste sentido, elementos de violência arbitrária foram incorporados à nova Lei de Abuso de Autoridade, de forma que esta se tornou *lex specialis* diante do crime do artigo 322, do Código Penal.

Verdadeiramente, parece que uma série de fatos pontuais (com algumas exceções, como 21, da nova Lei de Abuso de Autoridade) foram elencados.

Novamente, esse pseudossaudosismo vem à ordem do dia: todo o conhecimento da doutrina do tipo penal, acumulado ao longo de séculos, foi olvidado. Alguns crimes introduzidos parecem muito relembrar os crimes das Ordenações do Reino, porque -se não fossem pela comunicação de pena criminal (e muitas vezes pena corporal)- pareceriam parte de um conto, ou história de terror.

Encontra-se no título VI, do Livro V, das Ordenações Filipinas, que

Lesa Majestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rey, ou seu Real Stado, que he tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharaõ, que o comparavaõ á lepra; porque assi como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com elle conversaõ, polo que he apartado da comunicação da gente: assi o erro da traição condena o que a commette, e empece e infama os que de sua linha descendem, posto que não tenhaõ culpa. Na nova de Abuso de Autoridade - Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, artigo 36, lê-se:

Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la: pena (...).

⁴⁰ Art. 13. “Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro: (...)"

⁴¹ Art. 24. “Constranger, sob violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração. (...)"

A técnica legislativa deixou a desejar. Tão peculiar é o crime do artigo 36, que exige, cumulativamente, atos comissivos e omissivos. Ademais, o termo “parte” em seu primeiro uso refere-se a “credor” e no segundo a “devedor”. Mais: tudo indica que a consumação dê-se com o indeferimento injustificado de retificação do ativo financeiro feito indisponível, todavia a lei fala simplesmente em deixar de corrigir; e se deve lembrar que a inobservância dos prazos legais já é praxe no Brasil, portanto usá-los como elemento normativo do tipo será inócuo. Criticar a vaguezza do termo “exacerbadamente” faz-se desnecessário.

Na competição entre técnicas legislativas desses dispositivos, a vitória foi das Ordenações Filipinas.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, a responsabilização dos funcionários públicos é consecutário do conceito de Estado de Direito. Faz efetiva a garantia de superioridade das leis e de igualdade entre as pessoas.

Nessa toada, foram construídos os fundamentos da responsabilidade dos agentes do Estado, desde antes da própria Independência do Brasil. E como se viu, foi desenvolvimento histórico que conta a história de um povo.

Contudo, a nova Lei de Abuso de Autoridade causou grande grita. Aprovada em meio a processos criminais que apuram graves atos de corrupção e vendo, cada vez mais, a midiatização de investigações e ações penais, a Lei acabou por ressentir-se de acusações de parcialidade e protecionismo de determinados grupos.

Para responder a essa pergunta - é a Lei 13.869/19 uma forma de vingança de oligarquias do poder?-, além de todos os problemas já discorridos, parece interessante parar de olhar para o que a lei tem (ataques contra a Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, ou outra dessas acusações) e ver o que a Lei não tem.⁴²

Sim, a despeito de se falar muito dos tipos penais contidos em 30 artigos (do 9º ao 38), chama atenção ter sido abrogada a antiga Lei de Abuso de Autoridade - Lei 4.898/65, e derogado o Código Penal nos crimes de invasão de domicílio

⁴² Lembra-se antiga discussão acerca do artigo 1.807, do Código Civil de 1916 - Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Rezava: “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.” Faz-se atual a seguinte lição, que vem sendo ensinada -mas parece não ter sido ouvido- há mais de um século: “Entretanto, cumpre salientar que os defeitos principais do Código Civil não estão, por assim dizer, no que ele *contém*, mas, sim, no que *não contém*: é uma lei lacunosa, em que a brevidade no dispor sobre certos institutos jurídicos impõe ao intérprete procurar outras fontes ou dar elasticidade tal ao conceito legal que a função de interpretar se transforma, como a do Pretor romano, em função legislativa.” (LOBO, 2006, p. 623)

por funcionário público (artigo 150, §2º) e de exercício arbitrário ou abuso de poder (artigo 350), conforme artigo 44, da Lei 13.869/19.

Os tipos estão cerrados em condutas que representam talvez 1% da criminalidade brasileira ou menos. Os 99% restantes ficaram excluídos da lei. Veja o mais simples exemplo que se pode citar: o caso de excesso de força em atuação policial deixou de estar previsto na nova Lei de Abuso de Autoridade, incidindo, pois, o crime de lesão corporal (artigo 129, do Código Penal), que deve ser processado mediante representação do ofendido (artigo 88, da Lei 9.099/95).

Outra impressão é esta: parece que o Legislador quis, de fato, regulamentar certos institutos jurídicos e, para mostrar sua insatisfação, usou discurso autoritário -o do Direito Penal simbólico.

Desse modo, parece querer normatizar a condução coercitiva, mas o fez instituindo o crime do artigo 10, da nova Lei de Abuso de Autoridade. O mesmo aconteceu com a limitação ao horário de cumprimento de buscas domiciliares (artigo 22, §1º, inciso III), com o exercício do direito ao silêncio (artigo 15, parágrafo único, inciso I), com a realização de interrogatório (artigos 16 e 18), entre outros.

Esqueceu-se, no entanto, que, ao instituir norma penal incriminadora, não regulamentou o instituto que buscava regulamentar (interrogatório, direito ao silêncio, horário da busca domiciliar, etc). Apenas criou um injusto muito específico, que é o injusto *penal* (lembre-se dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade); o qual demandará ainda dolo específico (artigo 1º, §1º).

Conclui-se que é sim uma *lei* que nasceu de espírito de emulação, e que os principais problemas do povo não estão aí contemplados.

Por outro lado, o excesso nessa revolta contra a nova Lei de Abuso de Autoridade é desmedido: basta ver as leis antigas (cfr. crimes de prevaricação do Código Criminal do Império e do Código Penal de 1890, notas de rodapé 38 e 39), que previam alguns dos chamados “novos crimes”, como os relacionados a não concessão de ordem de *habeas corpus* ou de exceder prazos em processos.

Todavia, a filosofia do direito vem ao socorro ao afirmar que a lei é *fonte do Direito*; lei não é norma, e norma não é o Direito. Assim, o Direito, que se constrói através da interação dialética entre fato, valor e norma, como diria Miguel Reale, há de se construir sobre a fonte do direito, e, da mesma forma que leis de tempos autoritários são bem recebidas por constituições democráticas, a nova Lei de Abuso de Autoridade pode até ser uma fonte d’água mal colocada, mas sua água poderá ser pura e cristalina.

A metáfora da fonte parece pertinente: óbvio que uma lei problemática trará problemas (assim como a captação da água pode ser tormentosa, ou haver traços

de terra na água), contudo caberá ao povo e a seus representantes quebrantar desvios ou corrupções de origem e apossar-se da lei que é sua.

REFERÊNCIAS

- BALEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. vol. 2.
- CALEGARI, Luiza. *Quem são as 55 mil pessoas que têm foro privilegiado no Brasil*. Publicado em 31 maio 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/quem-sao-as-55-mil-pessoas-que-tem-foro-privilegiado-no-brasil/>. Acesso em: 01 fev. 2020.
- COGAN, Arthur. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- DIEGUES, Leonardo; LINHARES, Carolina; CARAM, Bernardo; BOLDRINI, Angela. *Brasil possui ao menos 58 mil autoridades, de 40 cargos, com foro especial*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/brasil-possui-ao-menos-58-mil-autoridades-de-40-cargos-com-foro-especial.shtml>. Acesso em: 01 fev. 2020.
- DURKHEIM, Emile. *The rules of sociological method and selected texts on Sociology and its Methods*. Nova Iorque: Free Press, 2013.
- FELISBERTO, Freire. *História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Moreira Maximino, 1894.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Edição do Kindle: Seatle, s/d
- HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*: the definitive edition. Chicago: Chicago Press, 1989.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Louisiana: Quid Pro Law Books, 2010.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUNGRIA, Nelson. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1936.
- LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom*. Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing, 2012.
- LISBOA, José da Silva (Visconde de Cayru). *Constituição moral, e deveres do cidadão, com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1824.
- LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano*: história, sujeito e objeto do direito, instituições jurídicas; prefácio do professor Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2006.
- MARTINS, José Antônio. *Corrupção*, São Paulo: Globo, 2008.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*, coleção temas jurídicos. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2001.
- NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Unilegis, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAULA PESSOA, Vicente Alves de (Cons.). *Código Criminal do Império do Brasil comentado e annotado com os principios de direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia dos Tribunaes, avisos do Governo, interpretando, alterando ou revogando diversas das suas disposições até o anno de 1884*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A A da Cruz Coutinho, 1885.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villenueve E C, 1857.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1*. 2. ed. revista. São Paulo: RT, 1970.

PORTO EDITORA, *Dicionário de latim-português português-latim*, dicionários acadêmicos. Porto: Porto Editora, 2010.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIDDLE, Joseph Esmond. *A complete English-Latin and Latin-English Dictionary*. London: Longmans; Green and Co., 1870.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA SANCHES, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales*. 2. ed. ampliada. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

SOUZA, Braz Florentino Henriques. *Código do Processo Criminal de primeira instancia do Império do Brasil*. Recife: Typographia Universal, 1859.

SOUZA, Braz Florentino Henriques. *Do Poder Moderador – ensaio de Direito Constitucional*. Recife: Typographia Universal, 1864.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Louisiana: Quid Pro Books, 2013.

TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino-Português*. 3. ed. Porto: Edições Marânu, 1945.

TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America*. 2. ed. Oregon: Bloomsbury Publishing, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito*. Cascais: Ed. Princípia, 2010.

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

THE CRIMINALIZATION OF LGBTPHOBIA BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Christiano Jorge Santos

Graduação na Faculdade de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (1991), mestrado em Direito das Relações Sociais (direito penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (1999) e doutorado em Direito (direito penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (2008). Concluiu o curso de "Administração e Gestão em Segurança Pública" na Universidade de São Paulo - USP (2005/2006). Foi coordenador dos cursos de pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (CEAF-ESMP) de dezembro de 2009 a agosto de 2010. Atualmente (biênios 2015/2017 - 2017/2019) é chefe do Depto. de Dir. Penal e Dir. Proc. Penal da Fac. de Direito da PUC-SP. Professor de direito penal e de direito processual penal em diversos cursos de pós-graduação "lato sensu" (PUCSP, ESMP, EPM e Fac. Damásio de Jesus). Como Promotor de Justiça no estado de São Paulo, atuou no Grupo de Combate ao Crime Organizado. Recebeu o prêmio "Luta pela igualdade racial" no ano de 2008, conferido pela Ordem dos Advogados do Brasil/ Comissão do Negro e Assuntos Anti-discriminatórios e também, em 2013, o prêmio "Dr. Benedicto Galvão" conferido pela Ordem dos Advogados do Brasil-SP/Comissão da Igualdade Racial "como reconhecimento da importante militância e incansável luta em favor do povo afrobrasileiro". Co-coordenador da Comissão do Ministério Público do Estado de São Paulo de acompanhamento do PLS 236/2012 (Projeto do novo Código Penal). Membro auxiliar do GT de Igualdade Racial do MPSP. Membro colaborador do Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT4) da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público).

Submetido em: 21/03/2020

Aprovado em: 17/04/2020

Resumo: O presente artigo tem por objetivo trazer elementos críticos acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2019, subsumindo condutas preconceituosas e discriminatórias em razão de orientação sexual¹ e identidade de gênero às disposições da Lei nº

¹Entende-se serem os termos orientação sexual e opção sexual menos adequados que a expressão sexualidade, pois orientar é guiar, indicar o rumo, dirigir, ao passo que optar significa escolher dentre as alternativas possíveis. Todavia, em razão da utilização do primeiro na maior parte dos projetos de lei que versam sobre o tema e pela utilização do termo também pelo Supremo Tribunal

7.716/89. Discorda-se da criminalização das condutas ter sido estabelecida pelo Poder Judiciário, em violação ao princípio da reserva legal, como também não se entende corretos vários dos argumentos expostos para fundamentar a decisão.

Palavras-chave: Criminalização; LGBTfobia; Homofobia; Supremo Tribunal Federal; Preconceito; Discriminação; Racismo; Princípio da Reserva Legal.

Abstract: *The purpose of this study is to provide critical information about the decision handed down by the Brazilian Supreme Court on June 13, 2019, subsuming discriminatory conducts based on sexual orientation and queer theory to the provisions of Law 7.716/89. Disagrees with the criminalization of conduct being established by the judiciary, in violation of the principle of legal reserve, nor are several of the arguments used to base the decision.*

Keywords: *Criminalization; LGBTphobia; Brazilian Supreme Court; Prejudice; Discrimination; Racism; Principle Of Legal Reserve.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Princípio da Legalidade (reserva legal). 2. A Criminalização da LGBTfobia e o Papel do STF. 3. Dos contrapontos do voto vетор do ministro Celso de Mello. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vive um momento marcado pela defesa das liberdades públicas e, ao mesmo tempo, pelo aumento da intolerância. A resistência ao exercício do direito fundamental à igualdade, constitucionalmente assegurado, infelizmente, cresce à medida em que ele passa a ser mais exercido e também à medida em que parcela dos brasileiros (notadamente, os grupos – ditos – minoritários) cobram sua maior efetividade. Confirma essa situação, a crescente onda de violência contra grupos vulneráveis noticiada pela imprensa, em especial, contra lésbicas, gays, bissexuais e transexuais, a também chamada população LGBT.

Registre-se que embora o termo “homofobia” tenha se popularizado como aquele utilizado para todo o tipo de violência, manifestações de preconceito ou de discriminação contra a população LGBT, adotou-se neste texto a expressão LGBTfobia, mais abrangente.

O avanço dos casos de LGBTfobia no Brasil demonstra de forma inequívoca a necessidade de proteção desse grupo vulnerável, vez que não se pode admitir a ausência de medidas concretas por parte do Estado para enfrentamento da questão, garantindo o direito à igualdade.

Federal no Mandado de Injunção n. 4733-DF e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, opta-se por ele neste artigo.

O primeiro projeto de lei acerca da temática de que se tem notícia teria sido apresentado no Congresso Nacional no ano de 2001² e, desde então, não se presenciou grande desenvolvimento nos debates congressuais.

Em razão do evidente atraso legislativo, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou sendo provocado a fim de se posicionar na proteção das pessoas pertencentes ao grupo LGBT, por meio de duas ações constitucionais: o Mandado de Injunção nº 4733, de 2012, movido pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, movida pelo Partido Popular Socialista (PPS), em 2013.

Em junho de 2019 concluiu-se o julgamento conjunto de ambas as ações pelo Supremo Tribunal Federal. Os votos dos ministros (notadamente o mais longo deles, do decano da Corte, Celso de Mello), todavia, permitem diversas reflexões jurídicas, principalmente acerca dos fundamentos, dos efeitos e das implicações penais decorrentes do julgamento. Para tanto, este texto está estruturado em três tópicos, sendo que no primeiro pretende-se tratar do princípio da legalidade (reserva legal), no segundo, da sua análise à luz da decisão em comento e, no terceiro, das peculiaridades e dos fundamentos do voto do Ministro Relator, para, então, apresentarem-se as conclusões.

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (RESERVA LEGAL)

Uma das maiores conquistas no campo dos direitos humanos foi a previsão do princípio da legalidade, o qual, dividido entre a previsão da conduta criminosa como crime em lei (reserva legal), e sua anterioridade: existência – em abstrato – antes da lei antes da conduta culminaram com a previsão na Declaração dos Direitos do Homem de 1879, em seu artigo 8º: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XI – também prevê o princípio, com a ressalva aos países de direito costumeiro.

É notório que os estudantes de direito, em seus primeiros contatos com o Direito Penal, logo se deparam com a força do princípio da legalidade, em

² Projeto de Lei de n. 5.003/2001, “de iniciativa da então Deputada Federal Iara Bernardi, visando à tipificação das condutas de preconceito e de discriminação por orientação sexual, providência há muito reclamada, já que os homossexuais pertencem a uma das categorias de pessoas que mais sofrem os efeitos da intolerância (...)” In: SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de Preconceito e de Discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74-75. Posteriormente foi nomeado como PLC n. 122/2006.

especial ante a leitura da Constituição da República Federativa do Brasil, que o prevê expressamente em seu artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Como garantia constitucional prevista como cláusula pétreia, aprende-se que o princípio da legalidade (reserva legal) é um dos direitos mais importantes, pois envolve hipótese (criminalização de conduta e previsão de pena privativa de liberdade) em que há, portanto, restrição de parcela da liberdade do indivíduo pelo Estado. A sociedade somente compactua com a restrição de seus direitos e liberdades por conhecer e ter ciência de que o fato praticado previsto como crime assim foi reconhecido após obedecer ao rigor e a todas as etapas de criação de uma lei, democraticamente. Aqui, importante lembrar que o processo legislativo implicará a participação social, seja direta ou representativa, de tal modo que a criminalização de condutas reflete formalmente a própria vontade do povo³. Assim, a previsão em lei de uma conduta como criminosa possibilita (ao menos em termos ideais ou em tese) que a população previamente a conheça e, mais que isso, representa que o comportamento foi criminalizado por um pacto da sociedade com o Estado. Tais aspectos são essenciais, à medida em que a prática delitiva implicará consequências potencialmente drásticas, principalmente, via de regra, a privação ou a restrição de sua liberdade. Aquele que, ao saber da previsão de um crime na lei (com a descrição da conduta no tipo penal e a(s) pena(s) correspondente(s)), tem a opção de incidir ou não na previsão, escolhe entre cometer ou não aquele fato (típico). Vale dizer, escolhe correr o risco ou assumir a necessidade de arcar com a sanção penal. A ele se impõe o dilema: “Cometer o crime, vale a pena?”. Mas, independentemente de alguém poder ou não praticar um crime, de querer afrontar o sistema jurídico penal ou não, é inegável que não se pode transigir com o princípio da legalidade penal, notadamente porque destinada a todos e legitimada pelos mecanismos formais.

Lembre-se que referida restrição se dá justamente porque o povo assim o deseja: “todo poder emana do povo” e esse poder é exercido “por meio de representantes eleitos ou diretamente”⁴. Conclusão lógica implica a impossibilidade de qualquer outro Poder, especialmente aquele composto por quem não é eleito, criar normas penais.

Como bem aponta Rogério Greco (2016, p. 61-62):

quando a nossa Carta Maior diz competir privativamente à União legislar sobre Direito Penal, quer dizer que somente com a conjugação da

³“(...) vê-se com clareza que já não é preciso perguntar a quem compete fazer as leis, visto serem atos da vontade geral (...)” (ROUSSEAU, 1996, p. 47).

⁴Artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

vontade do povo, representado pelos seus deputados, com a vontade dos Estados, representados pelos seus senadores, e, ainda, com a sanção do Presidente da República, é que se pode inovar em matéria penal, criando ou revogando, total ou parcialmente, as leis penais.

Verifica-se, portanto, que o processo legislativo valida justamente a cláusula democrática, apresentando-se o princípio da legalidade quiçá como o mais forte marco do Estado Democrático de Direito, bem como a pedra fundamental sob a qual se ergue e se sustenta todo o Direito Penal num país de sistema legislativo positivado.

Desta forma, o aplicador da lei penal, o intérprete que sentencia, ou seja, o magistrado, ao identificar lacuna no sistema jurídico-penal relacionada à tipificação de condutas criminosas, não pode se valer da hermenêutica para expandir previsões de outras normas restritivas já existentes, na medida em que: a uma, ele não é representante do povo eleito para editar normas penais; e, a duas, a ampliação de conceitos ou acréscimo de hipóteses em matéria penal no sentido de criminalizar condutas acaba por violar a reserva legal. Como sabido, é vedada a integração das normas incriminadoras por meio da analogia *in malam partam*⁵.

Consequência direta do princípio da legalidade penal é a impossibilidade de uma pessoa ser presa, processada criminalmente e, ao final, condenada, pela prática de uma conduta a qual, por mais repugnante que possa ser ou aparentar, não está prevista na lei como crime.

Traçadas as premissas fundantes do princípio da legalidade, faz-se imprescindível definir a extensão do que se entende por lei penal (incriminadora). Prevalece hoje (o entendimento de que este conceito deve ser compreendido em seu sentido estrito. Vale dizer: lei penal é apenas aquela norma federal⁶ editada pelo Poder Legislativo, sancionada e promulgada pelo Presidente da República e publicada. Nesse sentido, resta afastada a possibilidade de legislação por meio de quaisquer outras espécies normativas e, com maior razão, por utilização de fontes secundárias do direito, como os costumes ou, menos ainda, pelo uso de integração de normas, como na hipótese de analogias *in malam partem* (em prejuízo do suspeito ou réu)⁷. Igualmente certa é a falta de autorização para que

⁵ “A analogia é forma de autointegração (não interpretação) da norma, verificável na omissão legislativa sobre determinado assunto. Assim, na ausência de lei (norma) para a situação específica, vale-se o julgador de outra norma positivada prevista para situação semelhante (análoga), visando a preencher o vazio normativo. No direito penal, ante o princípio da reserva legal, não é possível sua aplicação para as normas penais de cunho incriminador”. (SANTOS, [s. d.], p. 15).

⁶ Constituição da República, artigo 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I (...) direito penal (...”).

⁷ “A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode

sejam diretamente criminalizadas condutas em nossa Constituição da República. Limita-se o texto constitucional, no tema das normas penais incriminadoras, à possibilidade de previsão de indicação de condutas que, por meio de lei, devem ser criminalizadas – os chamados “mandados de criminalização” –, pois somente a lei em sentido estrito deve ser admitida como instrumento legítimo para criar tipos penais e cominar sanções.

De igual modo, a Constituição Federal expressamente prevê a vedação à utilização da medida provisória para tratar de matéria penal (artigo 62, §1º, inciso I, alínea “b”), em decorrência, exatamente, do princípio da reserva legal, como preconiza André Ramos Tavares, posto que “(...) as condutas sociais que merecem criminalização originam-se de um longo e lento reconhecimento de sua perniciosa para o coletivo. Ao contrário, a medida provisória surge apenas quando houver relevância e urgência do tema” (TAVARES, 2019, p. 1213).

Também merece referência tema amplamente reconhecido na doutrina, aliás, a questão atinente aos denominados tipos penais abertos. Isto porque eles, de modo peculiar, ferem o princípio da legalidade, por violação a um de seus corolários, o princípio da taxatividade. Tais figuras típicas são assim definidas como as normas penais incriminadoras (criadas por lei) pelas quais são previstas condutas sem definição precisa, de forma ampla e genérica. Ora, conceitos vagos e indeterminados acabam por exigir atividade interpretativa excessiva por parte do julgador, o que acarreta a aplicação descontrolada de ideologias e de princípios pessoais violando, por conseguinte, a segurança jurídica e a legalidade estrita. Vale dizer: embora formalmente prevista em lei como típica, uma norma incriminadora vaga permite ao juiz nela incluir uma gama indeterminada e grande de hipóteses, promovendo a subsunção de fatos dos mais variados sob o abrigo da norma o que implicaria, por via indireta, a imprópria criação da lei na casuística dos julgamentos pelo Poder Judiciário.

Respeitadas opiniões divergentes, entende-se como imprescindível que o indivíduo tenha plena e ampla ciência de que a conduta por si praticada ou cogitada é legalmente estabelecida como crime, pois havendo dúvidas ou possibilidade extraordinariamente larga de interpretações divergentes abre-se a porta para subjetividades indevidas, em atentado à segurança jurídica, pois todos têm o direito de saber numa dada sociedade quais são as condutas tidas como lícitas e aquelas previstas como criminosas, para que se possa usufruir da liberdade de optar por praticar as primeiras e de se evitar a prática das últimas.

ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos princípios gerais de direito, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las” (HUNGRIA, 1958, p. 13).

E a insegurança jurídica é exatamente o que se gera com a criminalização da LGBTfobia, por meio de decisão judicial proferida pela mais alta Corte do país.⁸

2. A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O PAPEL DO STF

Não se coloca em dúvida a importância do tema nem o anseio pela proteção dos direitos dos indivíduos que sofrem diuturnamente e em números crescentes, com atos de violência, com condutas preconceituosas e discriminatórias pelos simples fatos de expressarem seus desejos e opiniões ou mesmo por serem o que são, no que tange à sexualidade.

Aliás, de acordo com os dados coletados pelo Grupo Gay da Bahia (GGB)⁹, única organização não governamental (ONG) de que se tem notícia a se dedicar à pesquisa e compilação de dados da violência contra lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBT), especificamente, no Brasil, o país assumiu o recorde no *ranking* de países que mais mata LGBTs no mundo. No ano de 2018, quatrocentas e vinte (420) mortes ocorreram, sendo que trezentas e vinte (320) pessoas do grupo foram vítimas de homicídios e m (100) se suicidaram, significando que a cada vinte (20) horas uma pessoa LGBT foi vítima de violência, quer por homicídio ou por suicídio. E mais, conforme os dados coletados, referida violência tem aumentado consideravelmente nos últimos anos, devendo mobilizar o Poder Público na tomada de providências.

O número significativo de atos de violência, bem como o seu crescimento nos últimos anos, portanto, evidenciam a necessidade da tomada de providências por parte do Estado brasileiro, a fim de que mencionada população não fique desprotegida e se sinta ameaçada, tão somente por ser quem é. Aliás, as próprias liberdades previstas e aclamadas na CRFB apontam para a premência de proteção do grupo LGBT. É lamentável que, após mais de trinta anos da promulgação da CRFB e as previsões expressas nos artigos 1º. inciso III (dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República), o Estado ainda não tenha estabelecido a proteção jurídico-penal desse importante grupo social, por meio de políticas públicas de educação e de segurança pública, a título exemplificativo.

No que tange à atuação legislativa, a criminalização da LGBTfobia também seria importante providência a tomar (desde que pela via formalmente adequada).

Argumenta-se, apesar disso, que as soluções estatais não podem ser sim-

⁸Para que eventual dúvida não pare, o autor e a autora deste artigo são favoráveis à criminalização da homofobia, todavia, como em qualquer hipótese de criminalização, pela forma adequada, ou seja, com crime criado por lei.

⁹ <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019, às 10h30.

bólicas, populistas e irrefletidas. Nessa toada, comprehende-se que a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados por meio do Direito Penal e a escolha da sanção penal devem ser racionalmente justificadas no curso do processo legislativo, bem como a Justiça Criminal (no exercício da jurisdição constitucional) deve afirmar – e fiscalizar – a observância das mesmas balizas constitucionais.

Sabe-se que a função típica do Poder Legislativo é produzir leis – normas gerais e abstratas que alteram a ordem jurídica –, assim como a função típica do Poder Judiciário é julgar – decidir uma controvérsia em busca da pacificação social. Embora os Poderes possam exercer funções atípicas, a fim de que haja um sistema de “freios e contrapesos” e se promova um equilíbrio entre eles, deve-se ter em conta que estas são limitadas, de modo que prevaleça a convivência harmônica, nos termos do que preceitua o artigo 2º da CFRB¹⁰.

Nesse sentido, se eventual participação popular não é suficiente para ensejar o movimento do Poder Legislativo na criação de tipos penais incriminadores para a proteção de direitos fundamentais, não pode conduzir a movimentação ilimitada do Poder Judiciário em tal sentido, na medida em que a forma como essa proteção deve ocorrer é tarefa atribuída ao parlamento. O Direito Penal, regido pela reserva legal (diferentemente de alguns outros ramos do Direito), acaba por implicar o cerceamento das liberdades públicas e, portanto, a sua evolução deve observar a cláusula democrática e seguir os ditames do processo legislativo.

Sob o discurso genérico do combate à criminalidade e da impunidade, não se pode admitir a violência de outros direitos e garantias fundamentais mediante o exercício de uma ginástica interpretativa, ainda que justificada pela proteção da comunidade LGBT, que tanto necessita de atenção do Estado.

O princípio da legalidade penal é também direito fundamental e objetiva justamente proteger o cidadão contra possíveis e eventuais arbitrariedades estatais, não permitindo flexibilizações.

Dessa forma, considerando que o Poder Judiciário não foi eleito pelo povo, não se pode presumir que ele represente a sua vontade e que, por meio de decisão sem participação social, tipifique condutas e comine penas. Como bem apontava Beccaria (2006), como parte integrante da sociedade que é, nenhum juiz age com justiça se aplicar pena a outro membro em patamar superior – ou aqui inexistente – àquele previsto em lei (BECCARIA, 2006).

Aparentemente, não foi o que assistiu a sociedade brasileira nos últi-

¹⁰Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

mos meses. Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Suprema no Brasil, em julgamento inédito, por oito votos a três (8x3), entendeu por criminalizar a LGBTfobia.¹¹

¹¹ “O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro

Não se questiona a importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal (STF) na proteção das garantias e dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Como órgão máximo do Poder Judiciário e com atribuição constitucional expressa de guardião da Constituição Federal – artigo 102, “caput”, da CRFB –, o olhar voltado às minorias acaba refletindo a sua própria relevância. Hipoteticamente, como exemplo desse papel contramajoritário, é intuitivo que o STF não permitiria a manutenção de eventual deliberação do Congresso Nacional por meio de Emenda Constitucional que permitisse a utilização de provas ilícitas no processo penal – protegeria o art. 5º, inciso LVI, e o art. 60, §4º, da CRFB. Parece claro, ainda, que essa seria uma típica atuação do STF contra suposta vontade das maiorias, a revelar que a cláusula democrática também se efetiva por meio da proteção das minorias¹².

Nos últimos anos, como se sabe, tem-se assistido um giro da opinião pública em direção ao Pleno do STF e, junto a esse movimento, uma escalada da pressão social e midiática – muitas vezes apaixonada e desprovida de racionalidade – em busca de fazer valer os seus interesses nas decisões dos julgadores. Há quem sustente, aliás, que um dos fatores para a transferência do debate público para o Judiciário tenha sido a crise de representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como a sua omissão em temas espinhosos que acabariam por dividir o eleitorado.

Argumenta-se, ademais, que o paradigma pós-positivista (ou neoconstitucionalista) também acabou por fortalecer o Poder Judiciário, notadamente por reconhecer a força normativa dos princípios (expressos e implícitos) e, por consequência, permitir um novo instrumental hermenêutico na solução das colisões de interesses e valores diante de casos concretos. A propósito, Barroso (2015, p. 7-8) sustenta que:

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco filosófico o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; (ii) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco

Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.” (STF, 2019).

¹² “Mesmo no âmbito do espaço público, alguns sustentam que democracia significa a atribuição de poder decisório a agentes escolhidos pelo povo; para outros, ela exige, mais que isso, a participação do povo nos processos de tomada de decisões. A maior parte das concepções sobre o tema agrupa ainda ao conceito, ao menos no plano teórico, a necessidade de respeito aos direitos fundamentais – inclusive e particularmente das minorias – como um elemento fundamental para qualquer regime democrático” (BARCELLOS, 2009, p. 93).

teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter descritivo de uma nova realidade, mas conserva, também, uma dimensão normativa, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de deseja-lo. (...). No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado no governo para se tornar um verdadeiro poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, consequentemente, juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no País. Esse fato é potencializado pela existência, entre nós, de uma Constituição abrangente, que cuida de uma ampla variedade de temas. No fluxo desses desenvolvimentos teóricos e alterações institucionais, e em parte como consequência deles, houve um importante incremento na subjetividade judicial. (...).

Soma-se a essas considerações, o argumento de que o aperfeiçoamento dos mecanismos de transparência ampliou e democratizou o acesso da sociedade aos julgamentos e debates travados no âmbito do Judiciário, em especial nas sessões do Pleno do STF (LEAL, 2011), que são televisionadas (ao vivo). Descrevendo essa particularidade, Mello (2015, p. 360-361) asseverou:

O Supremo Tribunal Federal julga casos de grande relevo para a nação. As sessões de julgamento são públicas. As sessões plenárias – responsáveis pelos casos mais importantes – são televisionadas, transmitidas ao vivo, por um canal oficial gratuito, a grande parte da população. A atuação dos ministros e os julgamentos são acompanhados de perto pela mídia, cuja atenção é especialmente atraída quando o assunto tem relação com a corrupção no Poder Público. De maneira geral, os ministros do STF são extremamente expostos ao público. Não surpreende, portanto, a afirmação do ministro Ayres Britto, segundo o qual os ministros são ‘figuras midiáticas’. Tal exposição, sem dúvida, interfere no comportamento judicial.

Independentemente das razões, fato é que o Judiciário, delimitado no presente texto a sua última Corte, tem decidido as questões mais relevantes da República “ao vivo e a cores”, fenômeno que também não passa ilesa a críticas bastante relevantes, seja do ponto de vista do que se convencionou denominar

de “déficit democrático” do controle judicial, seja da perspectiva de eventuais excessos convencionados como “ativismo judicial”.

Parece ser consenso que cada vez mais a pauta política da sociedade tem sido incorporada também pelos discursos jurídicos e pelas decisões do STF (independentemente do juízo de valor que se faça a respeito). E o outro lado também é verdadeiro: cada vez mais a sociedade e a imprensa acompanham a rotina dos ministros e como eles decidem temas sensíveis. Ora criticam, ora aplaudem. Conhecem cada ministro pelo nome e pelo seu histórico profissional. Tal situação apenas revela que o ambiente judicial, ao menos na mais alta Corte do país – e ao menos no Pleno –, tem sofrido uma grande abertura. Evidentemente é preciso enaltecer as iniciativas que tendem à abertura dos poderes constituídos e das instituições públicas, pois apenas assim, por meio do controle social, a democracia se faz viva. Porém, a preocupação que parece necessária se manter – e essa é a ideia do presente estudo – é que essa porosidade positiva do STF para além de não diminuir o seu papel contramajoritário na proteção das minorias por influência da opinião pública, também não extrapole a atribuição que possui o importante órgão no nosso país.

Assim, não há dúvidas de que a atuação do STF deva também se pautar na proteção das garantias e direitos fundamentos de um grupo que sofre sérios e crescentes ataques, como a população LGBT. Contudo, não se pode admitir que, ao fazê-lo, o STF acabe, na contramão, violando outros direitos e garantias fundamentais, em especial a pedra angular de todo o sistema jurídico-penal brasileiro, qual seja, o princípio da estrita legalidade.

Se por um lado a violência, frise-se, novamente, absurda, contra a população LGBT cresce e demanda do Estado posturas enérgicas, por outro, não pode o STF assumir funções que não se lhe são previstas, chamando para si a responsabilidade de tentar solucionar a situação, na medida em que tal postura fere, ao final, a cláusula democrática e se afasta da própria justiça.

Não se pode negar que a CRFB, em seu artigo 5º, inciso XLI, trouxe um mandado de criminalização contra atos que atentem contra direitos e garantias fundamentais ao dispor que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No entanto, a existência de referido mandado de criminalização implica a necessidade de o legislador infraconstitucional atuar para punir atos discriminatórios, mas não abrange nem permite a atuação do Poder Judiciário nesta atividade, se ela acarretar a violação de outros direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, a atuação do Poder Judiciário estaria limitada aos próprios direitos e garantias fundamentais. O mandado de criminalização define a existência de bem jurídico a ser tutelado pelo Direito

Penal, mas não permite ao STF que se arvore na atividade legislativa, criando tipos e cominando sanções.

Há um limite da atuação jurisdicional notadamente no que se refere ao exercício de funções atípicas, a fim de que esteja garantida a própria separação dos poderes. Neste sentido, defendem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 1088):

o juiz, ao suprir a omissão de tutela a direito fundamental, não pode ir além do que é minimamente suficiente para garantir o dever de proteção. Ir além é adentrar em espaço proibido a quem tem incumbência de apenas controlar a insuficiência de tutela ou, em outros termos, dar ao juiz poder igual ao do legislador.

Nesse ponto, inclusive, interessante considerar que os princípios da legalidade penal e tributária se equivalem em termos conceituais de impossibilidade de flexão, isto é, são princípios com os quais não se pode transigir. A criação de um tributo deve obedecer rigorosamente ao processo legislativo, tanto quanto a tipificação de um delito. Pois bem, ao se analisar o artigo 153, inciso VII, da CRFB, nota-se que há um mandado constitucional de criação do imposto sobre grandes fortunas. Pergunta-se: poderia o STF, entendendo que o Poder Legislativo está em mora de mais de trinta anos, decidir pela criação temporária de referido imposto? Ao que tudo indica, a resposta seria negativa, justamente por violação ao princípio da legalidade tributária. O consentimento do contribuinte em ser tributado pelo Estado, assim como o consentimento do réu em ser punido e ver cerceada sua liberdade, exige a prévia existência de norma, por meio da qual se tenha conhecimento com antecedência de que determinada conduta implicará o pagamento de tributo ou ensejará a cominação de pena. Por qual razão, então, pôde o STF criminalizar a LGBTfobia violando o princípio da legalidade penal?

Ademais, deve-se considerar que a decisão acerca da tipificação de condutas criminais obedece a questões de política criminal, ou seja, não se define qual fato será delituoso apenas com base na ojeriza de sua prática ou tampouco pelo apelo ou clamor social. O Poder Legislativo tem o dever de pautar a sua atuação, quando da criminalização de condutas, por princípios e estudos voltados à redução – ou quiçá voltados à eliminação – da criminalidade. Não se pode ignorar a existência de estudos científicos acerca das questões criminológicas e, nesse sentido, a criminalização de condutas não pode ser deles dissociada. Assim, para muito além de ouvir o anseio social, deve-se buscar soluções de pacificação dos conflitos de modo a obter resultados voltados ao próprio desenvolvimento social.

Aliás, a criminalização da LGBTfobia parece se aproximar muito mais da pre-

visão do artigo 5º, inciso XLI, do que do artigo 5º, inciso XLII, ambos da CRFB. Isso porque talvez o conceito de racismo não possa ser expandido de forma indiscriminada, ainda que mediante previsão legislativa. A uma, porque sempre seria possível identificar grupos sociais não protegidos, ou seja, é infinita a possibilidade de identificação de grupos tidos como vulneráveis. A duas, porque deve-se ter como norte que o mandado de incriminação previsto no art. 5º, inciso XLII, da CFRB se refere especificamente apenas ao racismo e não a todo e qualquer tipo de discriminação. Assim, para que se aplique a inafiançabilidade e a imprescritibilidade previstas no dispositivo constitucional, a prática deve ser de *racismo*, palavra que, historicamente inserida na Constituição Federal com tal significado, advém do termo raça, e assim, deveria limitar-se às práticas preconceituosas e discriminatórias relativas a ela e a hipóteses que dela possam decorrer, como cor e etnia (até porque as normas de natureza penal devem ser interpretadas restritivamente)¹³.

Não por outro motivo, Carlos Maximiliano asseverou: “Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (...); consequentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade” (MAXIMILIANO, 1995, p. 322).

Evidentemente que, ao se defender a limitação do conceito de racismo não se objetiva afirmar que não existam repugnantes ações discriminatórias contra outros grupos vulneráveis, como o aqui tratado, que mereçam proteção legislativa, exatamente nos termos do art. 5º, inciso XLI, CRFB. O que se discute é a ampliação do conceito de racismo, ainda mais mediante decisão judicial, em ofensa ao princípio da legalidade penal, para o fim de também expandir a previsão constitucional de impossibilidade de fixação de fiança e prescrição, uma vez que tal expansão significaria limitar, em contrapartida, outros tantos direitos fundamentais previstos no mesmo artigo 5º da CRFB.

De toda forma, o que parece salutar é o fato de que duas semanas após o STF formar maioria pela tipificação da LGBTfobia como crime de racismo, o Poder Legislativo aprovou na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados projeto de lei que torna de fato crime a LGBTfobia, bem como, na sequência, antes da retomada do julgamento pelo STF, aprovou na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, uma proposta para inclusão da discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual na Lei nº 7.716/89. Não se pode negar que a atuação do STF acabou por movimentar a Câmara dos Deputados e o Senado Federal no sentido de punir a repugnante discriminação

¹³Classificado como “racismo em sentido estrito” como os crimes de preconceito e de discriminação previstos na Lei n. 7716/89 quando ser verificar violação ao bem jurídico igualdade no tocante à raça e à cor da(s) pessoa(s) (eventualmente, poderá abranger também a elementar do tipo “etnia”) (SANTOS, 2010).

que se encontrava há décadas sem atenção do Poder Legislativo.

Registre-se a proposta em trâmite no Senado Federal – Projeto de Lei nº 672/2019 – que altera a chamada Lei de Racismo, ampliando o seu conceito. Já na Câmara dos Deputados, um dos encaminhamentos, ainda provisório, é no sentido de punir com maior rigor os atos praticados de discriminação praticados contra a população LGTB, criando causas de aumento de pena ou circunstâncias agravantes, aumentando, portanto, as penas de crimes já previstos na legislação penal vigente – como lesão corporal e injúria. Esta proposta, que não amplia a conceito de racismo, parece ser o caminho mais adequado para a proteção do grupo vulnerável em questão, sem que se incorra em imprecisões de ampliação de conceitos.

Importante lembrar ainda que, nos termos do artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB, o mandado de injunção, uma das ações propostas objetivando a criminalização da LGBTfobia, somente é cabível quando se identificar a ausência de lei regulamentadora que “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Assim, não é cabível o mandado de injunção para se questionar qualquer tipo de omissão legislativa.

Partindo-se dessa premissa e considerando que o crime de racismo já havia sido tipificado na Lei nº 7.716/89 – sem se aprofundar neste momento a temática se o conceito legal existente e penas cominadas são adequadas – não parece a criminalização da LGBTfobia ser hipótese a ensejar a impetração de mandado de injunção, uma vez que não se consegue identificar que a ausência de previsão legal do crime de ações discriminatórias acarrete a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à cidadania.

Ainda que se supere a questão referente ao seu cabimento, não se poderia visualizar efeitos concretos da procedência de um mandado de injunção aptos a criminalizar condutas. Nos termos do artigo 8º da Lei nº 13.300/16¹⁴, reconhecida a mora legislativa, o Poder Judiciário fixará prazo razoável para a promoção de norma regulamentadora e, em caso de descumprimento, estabelecerá em quais condições se dará o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas reclamadas. Nesse sentido, observando-se que a falta de um tipo penal não inviabiliza o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas, o único resultado possível da procedência de mandado de injunção em matéria penal seria a notificação do Poder Legislativo para editar norma em prazo

¹⁴ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado

razoável.

Não se olvida que o constrangimento do Poder Legislativo pode ser uma consequência saudável e que traga os resultados realmente desejados, conforme a mencionada “chacoalhada” em curto período a que se assistiu após a polêmica decisão proferida pelo STF. E, neste ponto, o mesmo raciocínio deveria ser aplicado aos efeitos do julgamento da ação direta de constitucionalidade por omissão (ADO). Contudo, embora por vezes a sua procedência não traga concretude e resultados imediatos, diferentemente do mandado de injunção, deve-se lembrar que o objetivo principal de uma ADO é assegurar a prevalência e supremacia da própria Constituição Federal.

Assim, parece cristalino que quando se está diante de um cenário diverso da tipificação penal em que há possibilidade de adaptação ou aplicação de analogia por norma já existente, a atuação do Poder Judiciário não poderá se sobrepor à atuação do Poder Legislativo, mas apenas indicar o caminho para a solução de um conflito. O que se questiona neste artigo é justamente o ativismo judicial – e, portanto, assunção de atividade atípica pelo Poder Judiciário – na situação em que o Direito Penal não a admite, justamente por força do princípio da reserva legal.

Até se poderia questionar qual a efetividade do julgamento de procedência de uma ADO caso ela se limite a notificar o Poder Público a suprimir a omissão em prazo pré-fixado e, mesmo assim, ele permaneça inerte. No entanto, o caminho parece ser a responsabilização do Estado, por meio de ação própria, pelo referido descumprimento, pois, uma vez configurada a mora, de modo claro, o Estado deverá responder civilmente pelos danos causados que, nesta hipótese, seriam inclusive presumidos.

3. DOS CONTRAPONTOS AO VOTO VETOR DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Incumbe demonstrar, além de todo o exposto acima, que a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi correta e que, baseada fundamentalmente nos argumentos expostos no voto do Ministro Celso de Mello, é uma construção frágil e repleta de equívocos.

Primeiramente, porque se valeu de argumento emocional indevido: ao justificar a necessidade de criminalização da homofobia ou transfobia (aqui tratada como LGBTfobia), teceu o magistrado longas considerações sobre o número de pessoas pertencentes a tais grupos que eram (e continuam a ser) assassinadas no país, valendo-se também das estatísticas expostas no início deste trabalho pela ONG Grupo Gay da Bahia (GGB). Estabeleceu que a omissão do legislador

deixava as pessoas de tal grupo discriminado ao desamparo, razão pela qual não se podia continuar a esperar a iniciativa do Poder Legislativo, até então omisso.

Ora, lamentavelmente, não se esclareceu em nenhum ponto do acórdão que as agressões sofridas pela “população gay” (mencionadas na pesquisa) normalmente subsumem-se aos tipos penais que descrevem o homicídio e as lesões corporais, os quais, como é notório, já são delitos desde a primeira redação do Código Penal em vigor (artigos 121 e 129). Vale dizer, se a população LGBT continua a ser morta e agredida não é por falta de legislação, mas sim por falta de adequadas políticas públicas de educação e de segurança pública, dentre outros aspectos.

E, por óbvio, a inclusão da LGBTfobia como crime da Lei 7716/89 (que diz respeito a delitos de preconceito e de discriminação, tais como negar emprego ou impedir o acesso a um restaurante, ou exteriorizar por palavras o preconceito, por exemplo, dentre outras condutas) não interferirá nos índices de mortalidade e de agressão da população LGBT.

Acresça-se também ser de inutilidade flagrante a parte da decisão que estabelece (como se fosse o STF “legislador a doutrinar”) serem crimes qualificados pela torpeza os homicídios com motivação homofóbica (“LGBTfóbica”). Isso porque vários dos casos levados a julgamento no Brasil em tais circunstâncias, geraram condenações com a inclusão da qualificadora do motivo torpe (artigo 121, § 2º, inciso I, CP), ou com tal circunstância entendida como agravante genérica (artigo 61, II, “a”, do mesmo código).¹⁵ Ou seja, embora seja bem vindo o aperfeiçoamento legislativo para a inclusão expressa de uma qualificadora específica para a motivação pela intolerância, como a jurisprudência já encontrou – há tempos – uma eficaz alternativa para aumentar o rigor da lei, nenhuma urgência existe a justificar a intromissão do Supremo Tribunal Federal nas competências do Poder Legislativo.

Outra crítica possível e pertinente, diz respeito ao emprego (vedado pelo direito e negado pelo ministro) da analogia “in malam partam” - inequivocamente verificado com a inclusão da LGBTfobia na Lei n. 7716/89.

Explica-se: boa parte dos que aplaudiram juridicamente a decisão olvidou-se de analisar de modo acurado o texto da Lei 7716/89 (também conhecida como

¹⁵ Como a condenação por homicídio qualificado por motivo torpe dos skinheads agressores de Edson Neris da Silva (noticiada pelo jornal Folha de S.Paulo, de 15-2-2001, caderno Cotidiano, p. C1), adestrador de cães que caminhava na Praça da República em São Paulo de mãos dadas com seu companheiro (processo que tramitou perante a 1^a Vara do Júri da capital). O mesmo se verificou com os membros da gangue denominada “Devastação Punk” que causaram lesões corporais de natureza gravíssima em um professor gay que caminhava pela rua da Consolação, também no bairro dos Jardins, na capital paulista. Consta dos autos do processo de n. 050.07.013091-4 (4^a Vara Criminal do Foro Central de São Paulo), que antes dos socos e pontapés de coturno no rosto da vítima, os agressores disseram: “É viado, vai ter que correr” (SANTOS, 2010, p. 74).

“Lei Caó”, em homenagem ao ex-deputado Carlos Alberto Caó). Nela, ao contrário do que se possa imaginar, em nenhum momento é utilizada a palavra racismo (prevista no mandado de criminalização do artigo 5º, inciso XLII, da CRFB¹⁶). Ora, tal circunstância deve ser somada ao fato de que a redação original da mencionada lei se referia apenas ao preconceito e à discriminação em virtude da “raça e cor”. Daí, entendeu-se claramente, de início, serem racismo somente tais hipóteses: preconceito e discriminação de raça e cor, nas hipóteses de condutas típicas expressamente nela previstas (“conceito restritivo”, acima mencionado). Somente com a alteração promovida pela Lei n. 9459, de 13 de maio de 1997, é que foram agregados ao artigo 1º e ao artigo 20, *caput*, da “Lei Caó”, as elementares do tipo “etnia”, “religião” e “procedência nacional”. Portanto, não há e nunca houve no Brasil a figura típica na qual conste expressamente prevista a elementar “racismo”.

Note-se, de plano, que a inclusão dos novos grupos de pessoas discriminadas deu-se por meio de elaboração legislativa ordinária.

Pois bem, ainda assim, os autores deste artigo continuam a defender o conceito estrito de racismo, mas se entende como aceitável o conceito “amplo” estabelecido a partir do “Caso Siegfried Ellwanger” (Habeas Corpus 82.424-2/RS) julgado no Supremo Tribunal Federal. Tal conceito derivou da decisão de indeferimento do *writ* ao condenado, o qual pretendia obter a extinção de sua punibilidade sob a alegação de que o crime de preconceito de religião, embora previsto na Lei n. 7716/89 como tal, era prescritível, pois nem todos os crimes das normas contidas na “Lei Caó” configuravam racismo.

Por maioria de votos, entendeu-se (apenas e tão somente) que o preconceito de religião era também hipótese de racismo e, portanto, de acordo com a norma constitucional esculpida no artigo 5º, inciso XLII, imprescritível. Nada mais, repita-se.

Cabe ressaltar que a acusação pela qual foi condenado Siegfried Ellwanger (preconceito por religião) era – e continua a ser – conduta prevista como crime na lei n. 7716/89. Assim, o que se fez foi interpretar que aquele delito previsto em lei, equiparava-se ao racismo (previsto na Constituição Federal) para fim de seu reconhecimento como imprescritível e inafiançável.

Isso não quer – e nunca quis dizer – que se torna possível a equiparação de toda e qualquer conduta preconceituosa ou discriminatória como criminosa.

Neste ponto, convém estabelecer como um dos critérios interpretativos mais respeitados no âmbito do direito brasileiro, a previsão de que a lei não con-

¹⁶“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (g. n.)

tém palavras inúteis.¹⁷ ¹⁸

Torna-se óbvio, portanto, que o legislador, ao estabelecer como crimes o preconceito e a discriminação de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, não estabeleceu que outros grupos de pessoas-alvo de intolerância tivessem a proteção criminal.

Logo, se o legislador tivesse querido¹⁹ incluir como tais as pessoas do grupo LGBT, já o teria feito anteriormente e, se não o fez, foi porque parcela da sociedade brasileira é contrária a tal inclusão (goste-se ou não) e os parlamentares que defendem seus interesses atuam em atenção à convicção de seus eleitores, além de outras tantas questões políticas complexas que envolvem a aprovação de um projeto de lei. E, obviamente, se o Poder Legislativo possui a capacidade representativa do povo e entende que o tema não está maduro o suficiente para se estabelecer a criminalização, falta legitimidade ao Supremo Tribunal Federal para “legislar”.

Caso se entenda que toda e qualquer forma de intolerância (a todo e qualquer grupo alvo de preconceito e de discriminação) é crime de racismo enquadrável na Lei 7716/89 (ressalte-se: marcado com a gravíssima consequência da imprescritibilidade - artigo 5º, inciso XLII, da Constituição), é inexplicável a existência na lei das elementares dos tipos “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”.

Seguindo o mesmo raciocínio, igualmente resta incompreensível a razão de haver diversas leis que preveem crimes de intolerância contra determinados grupos de pessoas, como se verifica, exemplificativamente, no Estatuto do Idoso (Lei. n. 10.741/2003 – artigo 96), no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015 – artigo 88), na Lei que “criminaliza a discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS” (Lei 12.984/2014 – art. 1º), dentre outras²⁰, pois discriminar um idoso ou uma pes-

¹⁷ “Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva” (MAXIMILIANO, 1995, p. 110).

¹⁸ “*Interpretatio in quacumque dispositione sic facienda ut verba non sint superflua et sine virtute operandi. A interpretação em qualquer disposição deve ser interpretada de modo que as palavras não sejam supérfluas e sem virtude de operar*” (RODRIGUES, 1972, p. 157).

¹⁹ Incumbe acrescentar que o Congresso Nacional, no tema da criminalização da homofobia, não é omisso, mas sim refratário à ideia. Isso porque já debateu o tema em diversas oportunidades e negou andamento ou reprovou projetos de lei anteriormente apresentados com tal pretensão (como se deu com o PL 5003/2001, a título de exemplificação).

²⁰ Na obra Crimes de preconceito e discriminação (op. Cit.), p. 12, foi apontada a existência de doze leis no Brasil que preveem infrações penais ligadas à questão do preconceito e da discriminação em vigor no ano de 2010. Hoje, com a revogação de algumas e a criação de outras, entende-se haver treze leis contendo a temática.

soa com deficiência, segundo o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, também é racismo (crime imprescritível e inafiançável).

Em verdade, quando o Supremo Tribunal Federal criminaliza as condutas dos LGBTfóbicos, e equipara os integrantes de um grupo vulnerável não previsto em lei como vítimas de crime de intolerância racista²¹ (repita-se, inserindo-o os criminosos na hipótese do artigo 5º, inciso XLII, da CF), também torna letra morta outros mandados expressos de criminalização, como, exemplificativamente, a previsão do artigo 5º, inciso XLI, do Texto Magno (“A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), no qual não estão previstas a inafiançabilidade nem a imprescritibilidade como suas características e que claramente alude a formas de intolerância distintas do racismo.

A grande e dura realidade que alguns não querem enxergar nem assumir é a existência de condutas preconceituosas e discriminatórias ainda não criminalizadas e que, em muitos casos, não devem ser assim tratadas seja porque a sociedade brasileira não está suficientemente madura para lidar com a questão (o que faz surgir, via de regra, quando extraídas “a fórceps” as tristemente chamadas “leis que não pegam”, com suas deletérias consequências). De igual modo não devem ser tais normas penais criadas porque simplesmente inviabilizariam a vida como é, atualmente, nos parâmetros constitucionais, inclusive. Goste-se ou não, o capitalismo impõe discriminações, pois nem todos conseguem acessar os estabelecimentos “abertos ao público”, como restaurantes de alta gastronomia, nem conseguem utilizar meios de transporte como aviões transoceânicos, ou ter acesso a bens de consumo de preços elevados, por pura e simplesmente não terem dinheiro. Em suma, se discriminar alguém por conta de sua classe social (grupo daqueles que não podem pagar), nos termos acima exemplificados, gerar a condenação criminal de que impedir o acesso ao restaurante ou a bordo da aeronave ou a compra numa loja de produtos caros, restariam inviabilizadas as referidas atividades comerciais do país.

Igualmente se pode exemplificar a questão com a situação das pessoas egressas do sistema penitenciário, ou seja, os indivíduos que depois do trânsito em julgado de suas condenações, cumpriram suas penas. Embora se reconheça a relevância de se permitir a inserção ou a reinserção de tais condenados às atividades produtivas da sociedade, não parece razoável que cometa crime de racismo aquele que incidir no tipo penal do artigo 4º da Lei 7716/89, no qual está prevista pena de reclusão de dois a cinco anos àquele que negar ou obstar emprego em empresa privada. Ora, se o Supremo Tribunal Federal entender

²¹ A expressão intolerância, embora não prevista na legislação é aqui utilizada como termo que abrange o preconceito e a discriminação.

que parcela da sociedade segregada (como, por exemplo, os egressos do sistema prisional brasileiro) deva ser protegida pela legislação penal antidiscriminatória e decidir que discriminar ex-detentos (embora não exista nenhuma lei que assim estabeleça) caracteriza crime, o proprietário de uma instituição de ensino de educação infantil (o popular “jardim da infância”) que recusar emprego para trabalho na “escolinha” (em razão dos antecedentes criminais específicos do candidato) a um indivíduo condenado por estupro de criança (de modo impróprio, mas comumente chamado de “pedófilo) poderá ser preso em flagrante e condenado a cumprir pena de reclusão pela conduta discriminatória.

O mesmo se diga àquele que negar o emprego de bancário a um ex-ladrão de banco.

A rudeza dos exemplos não significa que o autor e a autora do presente artigo entendem que se deva negar emprego às pessoas que já cumpriram suas penas, tampouco que as pessoas pobres não deveriam ter acesso a bens de consumo e a uma vida materialmente confortável (no mínimo), mas sim que o Estado (especialmente pelo Poder Judiciário) não pode criminalizar as condutas acima referidas sem que exista lei. Por mais bem-intencionados, capazes e inteligentes sejam os ministros do Supremo Tribunal Federal, não deixam de ser, simplesmente, onze pessoas e seus anseios, suas ideologias e suas convicções não se podem sobrepor à soberania popular. A difícil (se não impossível) tarefa de identificar qual a vontade dos quase duzentos milhões de brasileiros e de fazer as leis que afetam o direito à liberdade deles, não lhes cabe, seja por falta de competência constitucional (pressuposto da falta de aptidão formal) mas também, e principalmente, por lhes faltar legitimidade popular.

Por fim, também foi inadequada a utilização dos fundamentos da decisão do HC 82.424 - “Caso Siegfried Ellwanger” com a apropriação da ideia decorrente do projeto Genoma de que “não há mais raças, mas somente a raça humana” e, por conseguinte, o termo racismo passou a ter significado sociocultural, “(...)desenvolvido de acordo com o contexto histórico e varia conforme o tempo e o local; não depende da similaridade física das pessoas(...).”.

Tal posição, parte do voto do Ministro Celso de Melo proferido no HC82424, foi reproduzida no voto da ADO 26 do STF, para justificar que o racismo também pode abranger a ideia de preconceito e de discriminação contra a população LGBT.

Com isso, nega-se a característica principal do racismo brasileiro (de difícil superação), aquele essencialmente focado nas características raciais, vale dizer, reconhecer que o racismo contra negros é verificável em nosso país predominantemente (e quase que exclusivamente) pelos aspectos fenotípicos e não pelas características genotípicas. Ao se unificar sob o “guarda-chuva” chamado racismo,

todo e qualquer comportamento intolerante praticado seja contra quem for, banaliza-se, pela generalização, a luta da população negra, responsável pela inclusão do racismo como crime inafiançável e imprescritível no Texto Magno de 1988.

Obviamente que muitas das demais formas de intolerância merecem criminalização (tanto que já criminalizadas por meio de legislação específica – como acima apontado), mas não pelo nome racismo. Não é racismo a intolerância contra pessoa com deficiência, como também não constituem racismo o preconceito e a discriminação praticados contra o idoso.

Do contrário, teríamos que reconhecer a “raça” dos idosos, das pessoas com deficiência, a “raça dos LGBT” ou a “raça dos criminosos reincidentes”. Idoso não é raça, idoso pode ser de todas as raças estabelecidas como tal na ciência da antropologia física. O mesmo se diga da pessoa com deficiência, das pessoas gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros e dos egressos do sistema penitenciário.

Relativamente a eles, as formas de intolerância são (ou poderão vir a ser) tidas como delitos por expressa previsão legal (quando houver lei específica), alienadas no mandado de criminalização do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal e não no subsequente, do inciso XLII (repita-se, dotado da imprescritibilidade), ao qual se refere o racismo.

CONCLUSÃO

A situação jurídica da comunidade LGBT carece urgentemente de proteção jurídica, mas também de políticas públicas que permitam às pessoas compreenderem que a sexualidade de alguém não pode ser motivo para violação a qualquer direito, mormente o da vida, o da integridade corporal e ao da igualdade. Os dados alarmantes da crescente violência demonstram que, independentemente da concepção que se adote acerca da eficácia do Direito Penal, ao menos a tomada de posição do Estado no caminho de sua proteção se mostra imperiosa.

Contudo, a criação de tipos penais não pode ocorrer por meio de interpretações jurídicas (pese proferida pela Corte Constitucional) que violam princípios constitucionais e direitos humanos, ao fazer tábula rasa do princípio da reserva legal.

A criação de leis é tarefa afeta exclusivamente ao Poder Legislativo. Não se pode transigir com a estrita legalidade penal.

O tema é polêmico tanto que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal não foi unânime.

No âmbito do Congresso Nacional, é possível que a questão tome novos con-

tornos após a criminalização da homofobia pelo Poder Judiciário, embora não se verifique empenho maior para superação das dificuldades. O ideal seria a criação por lei do crime de LGBTfobia, dentro da tramitação normal de uma lei ordinária, interrompendo a possibilidade extremamente temerária de condenação de alguém com base em crime gerado fora dos ditames do princípio da legalidade, o que teria ainda o condão de afastar o risco de possíveis punições internacionais por omissão.

Que sirva, ao menos, portanto, a decisão política do Supremo Tribunal Federal para inspirar a população brasileira a debater o tema com maior profundidade e o Congresso Nacional a legislar.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, A.. de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. In: NOVELINO, M. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, D. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BARROSO, L. Ro. *Curso de direito constitucional*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BECCARIA, C.²² *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BIANCHINI, A. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CASARA, R. R. R. *Processo penal do espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- FONTE, F. de M. *Votos do STF são cada vez mais para o grande público*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>. Acesso em: 16 jun. 2019.
- GRECO, R. *Curso de direito penal*: Parte geral. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil*: relatório 2018. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JUNQUEIRA, G.; VANZOLINI, P. *Manual de direito penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LEAL, S. T. *A Publicidade das sessões da Suprema Corte*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-09/publicidade-sessoes-suprema-corte-brasil-eua#author>. Acesso em: 16 jun. 2019.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense,

²² Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria.

1995.

MELLO, P. P. C. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, D. A. V. *Dicionário de brocados jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, C. J. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, C. J. *Direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, D. (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, M. (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

STF. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 15 jun. 2019.

STF. *Manda de injunção nº 4733*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MI&numero=4733&origem=AP>. Acesso em: 15 jun. 2019.

TAVARES, A. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAVARES, A. R.; GAMA, M. F. L. (Coord.). *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2018.

LINHA EDITORIAL

FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* estará permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceitará contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos interno e internacional.

SUBMISSÃO

Os trabalhos serão recebidos em fluxo contínuo e deverão ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

FORMATAÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), obedecerão às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências,

que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, segundo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deverá ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos serão avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examinará a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, o texto será enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são douto-

res e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões serão enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.