

Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica

Anuário do Programa de Pós-
Graduação em Direito da
Unisinos

Mestrado e Doutorado
Nº 14

Lenio Luiz Streck
Leonel Severo Rocha
Wilson Engelmann
Orgs.

DIREITO
Mestrado e
Doutorado

ESCOLA
de Direito


UNISINOS



 **CNPq**
Conselho Nacional de Desenvolvimento
Científico e Tecnológico

Lenio Luiz Streck
Leonel Severo Rocha
Wilson Engelmann
(Orgs.)

Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica

**Anuário do Programa de Pós-Graduação em
Direito da Unisinos**

Mestrado e Doutorado
n. 14

São Leopoldo

editora
Karywa
2018

Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS

Reitor: Marcelo Fernandes de Aquino
Vice-Reitor: Pedro Gilberto Gomes

Diretora da Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação
Dorothea Frank Kersch

Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito
Prof. Dr. Wilson Engelmann

Corpo Docente PPG Direito

Anderson Vichinkeski Teixeira, Clarissa Tassinari, Darci Guimarães
Ribeiro, Délton Winter de Carvalho, Fernanda Frizzo Bragato, Gabriel de
Jesus Tedesco Wedy, Gerson Neves Pinto, José Rodrigo Rodriguez, Lenio
Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Luciane Klein Vieira, Marciano Buffon,
Maria Eugênia Bunchaft, Miguel Tedesco Wedy, Raquel Von Hohendorff,
Têmis Limberger, Vicente de Paulo Barretto, Wilson Engelmann

Este livro em formato de ebook foi produzido com verba do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX, da CAPES, projeto Nº 607/2018.

Os textos que seguem são resultados parciais dos projetos de pesquisa desenvolvidos pelos autores durante os últimos 12 meses, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, da UNISINOS.

C758 Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. [ebook] Nº 14 / Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

269p.

ISBN: 978-85-68730-30-0

1. Direito; 2. Teoria do Direito; I. Lenio Luiz Streck; II. Leonel Severo Rocha; III. Wilson Engelmann.

CDD 340

© Dos autores – 2018

© Editora Karywa – 2018

Rua Serafim Vargas, 66

São Leopoldo – RS

cep: 93030-210

editorakarywa@gmail.com

<https://editorakarywa.wordpress.com>

Conselho Editorial:

Dra. Adriana Schmidt Dias (UFRGS – Brasil)

Dra. Claudete Beise Ulrich (Faculdade Unida – Brasil)

Dr. Cristóbal Gnecco (Universidad del Cauca – Colômbia)

Dr. Eduardo Santos Neumann (UFRGS – Brasil)

Dra. Eli Bartra (UAM-Xochimilco – México)

Dr. Ezequiel de Souza (IFAM – Brasil)

Dr. Moisés Villamil Balestro (UNB – Brasil)

Dr. Raúl Fornet-Betancourt (Aachen – Alemanha)

Dra. Tanya Angulo Alemán (Universidad de Valencia – Espanha)

Dra. Yisel Rivero Báxter (Universidad de la Habana – Cuba)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO: A PESQUISA JURÍDICA E SEUS (NOVOS) RUMOS	7
DUAS CRÍTICAS À EPISTEMOLOGIA KELSENIANA EM SUA INADEQUAÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO EM DIMENSÃO TRANSNACIONAL	9
<i>ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA</i>	
A BOA-FÉ COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL	22
<i>DARCI GUIMARÃES RIBEIRO</i>	
SOBRE O CONCEITO DE MINORIAS: UMA ANÁLISE SOBRE RACIONALIDADE MODERNA, DIREITOS HUMANOS E NÃO- DISCRIMINAÇÃO.....	44
<i>FERNANDA FRIZZO BRAGATO</i>	
ESTADO, TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	61
<i>GABRIEL WEDY</i>	
FUNDAMENTOS EPISTÊMICOS DA ADPF 54	80
<i>GERSON NEVES PINTO</i>	
UM NOVO CICLO AUTORITÁRIO: PARA UMA DEMOCRACIA MULTINORMATIVA	100
<i>JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ</i>	
“EM DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO”, DIZEM ELES MAS O QUE É O POSITIVISMO?	127
<i>LENIO LUIZ STRECK</i>	
AS OPINIÕES CONSULTIVAS NO MERCOSUL: ACERTOS E DESACERTOS.....	138
<i>LUCIANE KLEIN VIEIRA</i>	
TRIBUTAÇÃO E GASTO PÚBLICO: A INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DOS INVESTIMENTOS EM SAÚDE E EDUCAÇÃO	160
<i>MARCIANO BUFFON</i>	

O JULGAMENTO DA ADI Nº 3239 NO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DE NANCY FRASER.....	175
<i>MARIA EUGENIA BUNCHAFT</i>	
A (IN)EFICIÊNCIA DA PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA COMO FINALIDADE DA PENA CRIMINAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	198
<i>MIGUEL TEDESCO WEDY</i>	
TRANSPARÊNCIA E ACESSO AOS DADOS E INFORMAÇÕES: O CASO DO “FACEBOOK” – UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O RGD EUROPEU E O MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL.....	214
<i>TÊMIS LIMBERGER</i>	
TOBIAS BARRETO E A VINGANÇA SOCIAL.....	234
<i>VICENTE DE PAULO BARRETTO</i>	
AS NANOTECNOLOGIAS E O MEIO AMBIENTE: ENTRE OS RISCOS E A AUTORREGULAÇÃO REGULADA	245
<i>WILSON ENGELMANN</i>	

APRESENTAÇÃO: A PESQUISA JURÍDICA E SEUS (NOVOS) RUMOS

O Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS apresenta a mais nova edição do seu Anuário, que se mostra como um dos desaguadouros privilegiados de reflexão e produção do conhecimento jurídico. Os textos que seguem destacam a possibilidade de se vislumbrar o jurídico de formas plurais e inovadoras, em um contexto onde ainda impera, muitas vezes, a reprodução acrítica de ideias ultrapassadas e fora do seu contexto original de criação. As contribuições do corpo docente do PPGD da Unisinos sublinham as nuances criativas e criadoras da pesquisa jurídica brasileira.

A Pós-Graduação brasileira é avaliada pela CAPES centrada em aspectos quantitativos e qualitativos do desempenho dos Programas, tendo em vista a construção de uma ciência de padrão internacional em nosso país. Os conceitos possuem uma hierarquia onde atingem o maior nível aqueles que obtém MB, em todos os critérios, que são representados pelas notas 6 e 7. Na área do Direito, neste momento, a avaliação mais elevada é concebida pela nota 6. Para nossa grande honra, o PPGD da Unisinos atingiu, nas três últimas avaliações, esse conceito máximo. O reconhecimento e a consolidação inseriu o Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS no PROEX, Programa de Excelência da CAPES de apoio à pós-graduação, concedido somente a uma elite de prestigiosas universidades.

Sustentado por duas matrizes teóricas – a hermenêutica e a sistêmica – especialmente, mas não exclusivamente, que alimentam os diversos projetos de pesquisa desenvolvidos pelos professores/pesquisadores, com a participação ativa dos alunos do Mestrado e Doutorado e, também, dos bolsistas de Iniciação Científica, todos organizados em grupos de pesquisa, credenciados junto ao CNPq. Tais projetos de Pesquisa formam um conjunto crítico e criativo de temáticas jurídicas, focadas na inovação e em novos temas que são planejados pela Sociedade. Desta forma, a *Es-*

cola de Direito da Unisinos, onde o PPGD se insere, consolida uma parte do caminho explicitado pelo Planejamento Estratégico da Universidade, ou seja, de ser reconhecida como uma Universidade Global de Pesquisa.

Os textos que integram este Anuário se inserem no apresentado pano de fundo e representam o aprofundamento de temas de ponta para a área jurídica e servem como um indicador sofisticado do trabalho realizado nas duas Linhas de Pesquisa em que está organizado o Programa:

Linha de Pesquisa 1: “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” e

Linha de Pesquisa 2: “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”.

Reafirma-se, com este novo Anuário, o compromisso assumido pelos Fundadores do Programa: a pretensão de se tornar um pólo irradiador de produções inovadoras na área do Direito, abrigados em uma Universidade de marcado viés humanista. Aliás, estes são dois “ingredientes” elementares para capacitar o Direito a dar conta dos novos direitos e deveres decorrentes dos avanços tecnocientíficos desencadeados nas diversas áreas do conhecimento e orientados pelos vetores da Quarta Revolução Industrial.

Os textos mostram que as variadas temáticas de cada uma das Linhas de Pesquisa encontram-se em constante movimento de sofisticação e releitura, aspecto que permite a sua sintonia com a agitação das relações sociais, as quais assumem contornos cada vez mais inusitados. Isto desafia o Direito e sublinha a incapacidade da estrutura dogmática do jurídico alcançar as situações criadas pelo próprio ser humano. Os textos são um reflexo direto do espírito empreendedor e inquieto de cada um dos pesquisadores e do conjunto de alunos sob sua orientação, marca característica que acompanha o PPGD desde o seu início. Desta forma, os capítulos que seguem, mostram uma alternativa que promove a abertura da produção do conhecimento jurídico conectada aos desafios instalados na Sociedade do Século XXI.

Desejamos a todos e todas uma boa leitura!

Os Organizadores

DUAS CRÍTICAS À EPISTEMOLOGIA KELSENIANA EM SUA INADEQUAÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO EM DIMENSÃO TRANSNACIONAL

Anderson Vichinkeski Teixeira*

Considerações introdutórias

O fenômeno constitucional, seja quando produto de um constitucionalismo, seja consequência de um ato arbitrário de um poder despótico ou revolucionário, conduz todo o novo ordenamento jurídico constitucional recém criado à busca de fins comuns, compartilhados ou eventualmente impostos pelos detentores do poder. Em um regime democrático, há uma mediação linguística entre as construções teóricas intersubjetivas – os ditos “acordos gerais”, i.e, *general agreements*, no léxico da teoria política anglofônica – e as próprias prescrições de dever-ser resultantes dos valores e interesses compartilhados; em regimes autoritários, a imposição de um léxico político-normativo mostra-se essencial para que o comando possa ser seguido pelos seus destinatários. Em suma, em regimes democráticos ou não, a construção de uma epistemologia jurídico-constitucional é passo essencial para qualquer novo ordenamento constitucional.

Mas qual a epistemologia jurídico-constitucional possível para um constitucionalismo transnacional? Ora, não se trata de um fenômeno constitucional que notadamente parte de fora dos confins dos Estados nacionais? Como aplicar a mesma epistemologia – marcantemente,

* Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: <http://www.andersonteixeira.com>.

centrada no Estado – a um fenômeno que se caracteriza sobretudo pelo caráter transnacional? Esse é um dos temas que trabalhamos no projeto de pesquisa “Constitucionalismo transnacional” no PPGD/UNISINOS há alguns anos. No entanto, a melhor compreensão e análise do fenômeno em si depende também da crítica a possíveis construções teóricas a ele aplicáveis.

Nesse sentido, no presente ensaio retomaremos algumas críticas já despendidas em outros momentos, mas focando especificamente na incompatibilidade da matriz epistemológica que Hans Kelsen idealizou para a relações internacionais: a concepção da ordem mundial como *civitas maxima* e a função dos tribunais internacionais serão os pontos aqui criticados em seu modelo monista.

A essencialidade da *civitas maxima* na epistemologia jurídica jusinternacionalista

Ainda no início do século XX, diferenciando-se da doutrina jusinternacionalista hegemônica de matriz dualista (alguns dos maiores expoentes eram Triepel, Jellinek e Anzilotti) que concebia a ordem nacional e a ordem internacional como dois sistemas distintos e independentes entre si, Kelsen apresentava uma proposta tão inovadora quanto controversa, sobretudo devido ao fato de aproximar o formalismo kantiano do direito de uma forma até então inédita. A partir de argumentos que depois seriam consolidados, em 1934, no seu *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1934), Kelsen sustenta a compreensão dos direitos nacionais de todos os Estados soberanos em um “*élément d’un tout, un ordre partiel*” (KELSEN, 1926, p. 299). Este “todo” seria a ordem internacional, a qual, na sua visão, representaria a unidade objetiva do conhecimento jurídico; um conhecimento que deveria ser “*imperiosamente una concezione monistica*” (KELSEN, 1989, p. 180). Com a primazia do direito internacional, não seria mais a norma fundamental da ordem estatal quem fundaria a unidade do sistema de direito, mas sim a norma fundamental de direito internacional (KELSEN, 1926, p. 310).

O grande problema que Kelsen vê na construção dualista é que, caso seja levada às últimas consequências, chegaria a fazer do direito internacional nada mais do que uma sorte de moral ou de direito natural, ao

invés de ser um verdadeiro direito, no sentido que mais lhe apraz, qual seja, como um direito positivo, pois somente um direito interno seria possível de ser chamado de direito (KELSEN, 1926, p. 276). Quando dois sistemas normativos possuem duas normas fundamentais diferentes, independentes uma da outra e irreduzíveis uma a outra, então estes sistemas terão uma natureza diferente, uma vez que a validade e a coerência entre as normas de um sistema resultam, em última análise, da derivação a partir da norma fundamental que está na base do sistema: “[L]’unité du système résulte de l’identité du principe sur lequel se fonde la validité de ses divers éléments” (KELSEN, 1926, p. 264).

Kelsen compreende o Estado como uma “ordem de conduta humana” (KELSEN, 1926, p. 233), ao invés de uma “ordem da natureza”, dotado de poder (*puissance*)¹ suficiente para fazer com que os indivíduos que estão submissos a ele obedeçam as suas normas. Concebido como uma ordem de conduta humana, o Estado deve, por ser objeto do conhecimento jurídico produzido por uma doutrina de direito público “*avere la natura del diritto, essere cioè o lo stesso ordinamento giuridico o una parte di esso*” (KELSEN, 1989, p. 20).

E será precisamente neste momento, qual seja, o da definição do Estado como um ente necessariamente jurídico, que Kelsen faz a sua crítica mais pesada ao dualismo, ao considerar que a teoria da soberania do Estado nacional produz, por consequência, a conclusão de “*qu’un seul État peut avoir le caractère d’entité juridique suprême, que la souveraineté d’un État est incompatible avec celle de tout autre État et exclut par conséquent l’existence d’un autre État en tant qu’ordre souverain*” (KELSEN, 1926, p. 259). O reconhecimento por parte de um Estado da existência de outro igual a ele implicaria em uma contradição lógica com o postulado da unidade do conhecimento (KELSEN, 1926, p. 268) e com o princípio da soberania estatal, pois um Estado que se encontra acima de todos os demais não poderia vir a reconhecer a existência de alguém acima de si ou ao seu lado, sob pena de tornar inviável a defesa racional da sua própria sobe-

¹ “L’État, affirme-t-on par exemple, est essentiellement *Puissance*; il est par suite supérieur aux individus qui sont soumis à ses règles; ces individus sont ses ‘sujets’” (KELSEN, 1926, p. 234).

rania (KELSEN, 1926, p. 277-279). Na teoria kelseniana, o postulado da unidade do conhecimento vale sem limites mesmo no plano normativo, onde encontra *“la sua espressione nella unità ed esclusività del sistema di norme presupposto valido ovvero – il che ha lo stesso significato – nella necessaria unità dal punto di vista della considerazione, valutazione o interpretazione”* (KELSEN, 1989, p. 154-155).

Kelsen acrescenta ainda que, se a soberania é indispensável para caracterizar a diferença essencial entre um ordenamento ou ente que o personifica, que o objetiva, e os ordenamentos ou entes inferiores, subordinados, que fazem parte como atributo seu, é inconciliável com a ideia de Estado a hipótese *“della coesistenza di altri Stati, in linea di principio equiparati, ugualmente sovrani, subordinati ad un ordinamento giuridico internazionale superiore che unisce tutti questi Stati”* (KELSEN, 1989, p. 151).

Ao afirmar a natureza do Estado como uma ordem humana essencialmente jurídica e ao defender a tese de que o dogma da soberania estatal impediria o reconhecimento recíproco entre os Estados como sendo todos entes com *“existências jurídicas”* soberanas entre si, Kelsen sintetiza aquilo que entende ser a meta de toda e qualquer teoria jurídica e até mesmo da própria ciência jurídica: constituir uma ordem universal capaz de reagrupar em um sistema único todas as regras do direito positivo (KELSEN, 1926, p. 296). Deste modo, ao invés de ser um conceito substancialmente – ou, ao menos, originariamente – político, a soberania do Estado ou, agora, da comunidade de Estados, torna-se *“identica alla positività del diritto”* (KELSEN, 1989, p. 126-127).

No que concerne a esta *ordre universel* referida por Kelsen, foi em Christian Wolff (1934) e na sua noção de *civitas maxima* que o mestre de Viena atribuiu sua inspiração para conceber o seu modelo de ordenamento jurídico internacional. Uma vez consagrada a hipótese jurídica de que as normas de direito internacional formem um ordenamento universal superior a todos os Estados nacionais e capaz de fechar em si todos estes, ou seja, como um ordenamento destinado a formar uma comunidade superior aos Estados e ao mesmo tempo os englobar em um único universo fenomenológico, então, *“[Q]uesta comunità, avendo fondamentalmente la stessa natura dei singoli Stati, può essere indicata come personificazione*

dell'ordinamento giuridico mondiale o universale, come Stato mondiale o universale, come civitas maxima" (KELSEN, 1989, p. 367).

Do ponto de vista da teoria do direito, Kelsen defendia este modelo como o melhor para resolver os casos de conflito de lei, pois para resolver os conflitos entre direito interno e direito internacional se usariam "*les mêmes méthodes que ceux qui mettent aux prises les différents degrés de l'ordre étatique. La contrariété d'une règle de degré inférieur à une règle de degré supérieur donne lieu à sa nullité ou à son annulabilité, soit à une sanction contre un organe responsable*" (KELSEN, 1926, p. 317). As contradições que venham a ocorrer entre o direito interno e o direito internacional não serão contradições lógicas, mas apenas antinomias entre uma norma inferior e uma norma superior (KELSEN, 1953, p. 193-194). O princípio da autonomia do direito interno, o qual determina a necessidade de reconhecimento interno de todas as normas internacionais, daria lugar ao princípio elementar de direito de que *lex superior derogat inferiori*, isto é, ocorrendo uma antinomia entre uma norma de direito interno e uma de direito internacional, a norma da "*ordre inférieur est nulle*" (KELSEN, 1953, p. 272).

Do ponto de vista do político, Kelsen profetizava que a condição atual do sistema político internacional, onde existem centenas de Estados divididos de forma arbitrária e regidos de forma autônoma, é apenas temporária, pois a sua unidade jurídica estaria perfectibilizada na noção de *civitas maxima* como organização do mundo a partir do pacifismo, em oposição ao imperialismo; assim como qualquer concepção objetivista, o conceito ético de ser humano é "humanidade", de modo que para uma teoria objetivista do direito o próprio conceito de direito se identifica com o de direito internacional, tornando-o um conceito também ético (KELSEN, 1989, p. 325).

Kelsen alega que a escolha entre monismo e dualismo é uma escolha que só se pode fazer levando em consideração elementos meta-jurídicos, como ideias éticas e políticas². No entanto, é importante ressaltar que tal posicionamento constitui uma contradição, uma vez que ele

² "On ne peut se décider qu'en considération d'éléments méta-juridiques, - d'idées éthiques et politiques" (KELSEN, 1926, p. 313).

define o monismo como uma necessidade lógica imposta pela própria estrutura do sistema jurídico nacional, o qual, sendo soberano, não pode reconhecer nenhuma outra ordem acima ou ao seu lado; por consequência, não caberia alegar que o monismo pode ser preterido pelo dualismo. Além disso, o autor atribui à soberania estatal a responsabilidade por impedir que o desenvolvimento do ordenamento jurídico internacional rumasse para a formação de uma *civitas maxima* como organização política universal (KELSEN, 1989, p. 469). Todavia, Kelsen parece não atribuir qualquer importância para o significado histórico que o Estado Moderno representou para o Ocidente, permitindo que os povos pudessem se auto limitar sem necessitar recorrer a qualquer ordem superior.

As razões que fazem Kelsen colocar a soberania estatal como empecilho para o desenvolvimento da humanidade se devem ao fato de que a soberania representa a defesa de um subjetivismo egoísta personalizado na figura de um Estado que opta pelo “eu” quando deveria pensar no universal³. Segundo ele, a concepção pluralista partiria de uma filosofia subjetivista que é incapaz de cogitar que outro sujeito reivindique a soberania que eu mesmo me atribuo e que faz com que a existência do outro seja considerada somente como um objeto inferior a mim, nunca igual ou superior (KELSEN, 1953, p. 190). Diversamente, a concepção objetivista do conhecimento parte do mundo para chegar ao particular, admite uma razão universal, um espírito universal, que se manifesta, se realiza e se individualiza de modo momentâneo e efêmero nos indivíduos que pensam e que querem, ou seja, indivíduos nos quais o espírito não é um elemento do espírito universal, mas sim um ente guiado pela razão cognoscente que decorre da razão universal e impede que os “eus” sejam, “*comme dans le subjectivisme, étrangers par nature et impénétrables les uns aux autres*” (KELSEN, 1926, p. 322).

Mais do que ignorar a importância histórica do Estado Moderno e do princípio de soberania, além de contradizer a si próprio quando afirma que o monismo é uma necessidade lógica que pode se tornar objeto

³ “L’unicité de la souveraineté, l’unicité de ce moi qu’est l’État souverain est l’homologue, – et, au fond, plus que l’homologue, – de l’egotisme, (*Solipsismus*), inevitable consequence du subjectivisme” (KELSEN, 1926, p. 322).

de escolha política ou ética, Kelsen compromete a “pureza” do seu sistema ao colocar o monismo como “*un’idea eminentemente etica ed uno dei pochi tratti veramente indiscussi e pieni di valore della coscienza culturale moderna*” (KELSEN, 1989, p. 299). O grau de comprometimento da “pureza” da sua teoria se torna mais profundo quando ele afirma que, uma vez garantida a primazia do direito internacional, “*la notion de droit se parfait également du point de vue moral: le droit devient l’organisation de l’humanité et s’identifie ainsi à l’idée morale suprême*” (KELSEN, 1926, p. 300).

Isto é contra elementos básicos da teoria kelseniana, como a distinção entre direito e moral (KELSEN, 1989, p. 126-127), e com o conceito de norma fundamental do ordenamento jurídico. A concepção de norma fundamental (KELSEN, 1990, p. 226-331) como uma pressuposição lógico-transcendental, definida aprioristicamente apenas formalmente, pois materialmente é vazia, e cuja função é fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, ou seja, legitimar a forma a partir da qual o conteúdo será elaborado, não admite as referências que Kelsen faz a uma ‘ética universal’ e, sobretudo, a uma “*conscience humaine universelle*” (KELSEN, 1926, p. 469). A sua própria norma fundamental do direito internacional (KELSEN, 1990, p. 239-243) não determina conteúdo material *a priori* para a ordem internacional, sendo descabido definir que um sistema que nem sequer se encontra institucionalmente consolidado – já que o próprio Kelsen reconhece que o direito internacional é apenas um direito primitivo, isto é, um direito que “*souffre incontestablement d’une imperfection technique, qui toutefois ne fait pas qu’il ne soit un véritable droit*” (KELSEN, 1926, p. 318) – possa vir a ter valores éticos e morais a nortear a sua criação.

O fato é que Kelsen desejava criar uma ordem internacional capaz de fechar e compor com perfeição a sua teoria monista, mas, para tanto, a sua argumentação deveria evitar qualquer sorte de aproximação com conceitos éticos, morais e políticos. O que não ocorreu. Os fundamentos da sua *civitas maxima* são definidos por meio da negação da estrutura do Estado nacional, pois a este é atribuído um subjetivismo egoísta que o torna incapaz de reconhecer qualquer outro ente acima ou ao seu lado. No entanto, o monismo kelseniano, ao fazer a negação irrestrita da soberania estatal em proveito do ‘Estado mundial’, tende a “*concepire*

l'ordinamento internazionale proprio in forma statale" (ZOLO, 1998, p. 30). Ou seja, toda a construção teórica de Kelsen termina gerando um ente com as mesmas características do Estado soberano que ele julgava ser a fonte de quase todos os problemas da comunidade política internacional do séc. XX.

É importante ressaltar também que o rigorismo lógico da proposta de Kelsen a transforma em uma espécie de cientificismo jurídico-filosófico, pois não admite a existência de uma fundamentação do sistema a partir de elementos que estejam fora do próprio sistema. Não vamos aprofundar esta crítica no campo da lógica, sobretudo por esta crítica já ter sido larga e insistentemente desenvolvida pelo pós-positivismo, pelas teorias dos sistemas, pelas teorias do discurso, entre outros. Entretanto, devemos registrar que atualmente a defesa das principais correntes de universalismo jurídico baseia-se em uma lógica estrutural de inspiração kelseniana, onde a conseqüente formação de instituições supranacionais – com competência política e judicial – recorre a argumentos que partem do pressuposto da unidade da experiência humana, da existência de uma moral válida universalmente para todos os seres racionais e da necessidade de se vincular todos os Estados, independente das vontades individuais destes, a um mesmo órgão centralizador, soberano, e detentor da prerrogativa de conferir legitimidade a toda e qualquer ordem que esteja abaixo dele. Exatamente isso sustentava Kelsen, também, quando dizia que o seu modelo globalista de direito internacional "*è valido indipendentemente dal suo riconoscimento espresso o tacito per tutti gli Stati e per tutti i popoli, anche quelli non civilizzati*" (KELSEN, 1989, p. 309). Não nos esqueçamos que foi esta mesma linha de raciocínio que, na Idade Média, legitimava a *Respublica Christiana* a tentar eliminar todos os povos que não optassem pela cruz (conversão ao cristianismo) quando intimados a escolher entre a cruz e a espada, sendo que, igualmente, foi o mesmo padrão lógico-racional que fez o *jus publicum Europaeum* julgar ser legítimo recorrer a todos os meios que fossem necessários para tomar posse dos novos territórios conquistados fora da Europa, os quais se encontravam para além das *rayas* e das *amity lines*, isto é, para além de qualquer noção de moralidade e justiça no trato com os habitantes de tais territórios.

Assim, outra objeção que fazemos é a possibilidade que a teoria kelseniana gera de estabelecer um centro de poder político e legitimação jurídica desvinculado de qualquer relação com as necessidades e idiosincrasias próprias dos Estados nacionais e das comunidades regionais, uma vez que já estabelece *a priori* um conteúdo que deve ser apenas cumprido. A sua ideia de que “*est de l’essence du droit international de fonder une société d’États égaux en droit*” (KELSEN, 1926, p. 299), não resiste à verificação histórica: o direito internacional tem se mostrado um meio destinado a legitimar juridicamente a conduta dos vencedores das duas grandes Guerras Mundiais e a se furtar de tomar medidas que sejam contrárias às vontades dos líderes políticos das grandes potências mundiais. A igualdade formal pensada por Kelsen se torna impensável em um sistema onde a regra geral é o voluntarismo jurídico⁴.

Mesmo sem ter um suporte fático e histórico que sustente o seu otimismo, a convicção do autor no sucesso da sua proposta se deve ao fato de ele crer na natural passagem do direito internacional do seu atual estágio de direito primitivo para uma condição mais evoluída que permita eliminar a justiça privada das relações internacionais, pois a “*evolución natural tiende ante todo hacia a la administración de justicia internacional, y no hacia el gobierno o la legislación internacional*” (KELSEN, 2003, p. 54-55).

O protagonismo dos tribunais internacionais

Neste momento, é importante dar atenção para um outro elemento central na teoria de direito internacional kelseniana: a necessidade de centralização da administração da justiça em um tribunal internacional. Embora defenda um único sistema jurídico global e ressalte a importância da doutrina de direito público, o que levaria a crer no protagonismo de esferas legislativas e executivas como meio de organização desse sistema, Kelsen move toda sua proposta jusinternacionalista a partir do protagonismo do judiciário.

⁴ Para uma possível alternativa a esse modelo universalista, remetemos ao nosso Anderson Vichinkeski Teixeira (2011).

O problema da paz é o ponto onde o direito internacional é colocado à prova, tanto em suas instituições quanto em sua capacidade de apresentar meios para a solução do conflito. A característica de ser o direito o monopólio da força em uma ordem coercitiva vale somente quando existe um aparato institucionalmente estruturado permitindo que o fenômeno normativo possua efetividade na realidade material, o que não ocorre com o direito internacional. No entanto, Kelsen entendia que a guerra é o principal problema da nossa era, um problema de política internacional, e que *“el medio más importante de política internacional es el derecho internacional”* (KELSEN, 2003, p. 51).

A concentração do poder da ordem internacional em uma espécie de Estado mundial, como *civitas maxima*, seria a alternativa que, segundo Kelsen, poderia melhor apresentar resultados que assegurassem a paz internacional e a eliminação da força como forma última de solução de conflitos entre Estados (KELSEN, 2003, p. 40). O próprio autor qualificava a sua proposta como sendo baseada na *domestic analogy*, pois *“[L]a sugerencia de conseguir la paz internacional mediante un Estado mundial se basa en la supuesta analogia entre un Estado mundial y el Estado nacional mediante el cual se consigue tan eficazmente la paz nacional”* (KELSEN, 2003, p. 41).

O globalismo proposto por Kelsen é essencialmente judiciário por entender que a criação de um tribunal internacional dotado de jurisdição própria seria o primeiro requisito para que se possa estabelecer um referencial determinante em obrigar os Estados a renunciar à guerra e às represálias como meios de solucionar os seus conflitos internacionais, submetendo todas as suas disputas, sem exceção, à decisão de um tribunal internacional imparcial (KELSEN, 2003, p. 47). Segundo o autor, enquanto não seja possível privar os Estados da prerrogativa de soberanamente decidir sobre os seus conflitos e transferi-la para uma autoridade imparcial, qual seja, um tribunal internacional, será completamente impossível todo e qualquer progresso em direção à pacificação do mundo (KELSEN, 2003, p. 47). Porém, ele próprio reconhece que para que um tribunal deste tipo viesse a ter efetividade frente a todos os Estados seria necessário a criação de uma espécie de ‘força policial internacional’, a qual *“es una restricción, si no la total destrucción, de la soberanía de los Estados. Es incompati-*

ble con el principio de 'igualdad soberana' proclamado por la Declaración de Moscú" (KELSEN, 2003, p. 52).

A crença absoluta de Kelsen no direito como meio de pacificação internacional mostra-se evidente quando ele afirma que “[L]a idea del derecho, a pesar de todo, parece todavía ser más fuerte que cualquier otra ideología de poder” (KELSEN, 2003, p. 53). Detalhe interessante, que cabe referirmos, é o autor falar em ‘qualquer outra’ ideologia de poder, o que deixa implícito que, para ele, o direito é por si mesmo uma ideologia de poder, diferentemente de ser uma ciência com o alto grau de pureza que ele mesmo sempre professou. Anteriormente, quando tratamos da questão da *civitas maxima* já se manifestava uma tendência a conceber o direito como algo mais amplo do que uma ciência, mas, agora, quando analisamos como se daria o funcionamento prático da sua proposta fica ainda mais evidente que o autor concebia o direito como uma verdadeira ideologia, como uma fonte inesgotável de respostas para os problemas do mundo.

A crítica que Kelsen fez à Liga das Nações ilustra com precisão como ele minimizava a atuação de outras esferas, como a política, por exemplo, como meios de solução de conflitos internacionais. Ele entendia que o fracasso da Liga poderia ser atribuído a diversas causas, mas um defeito fatal foi que os autores do pacto não colocaram em um “Tribunal Permanente de Justiça Internacional” o centro do poder, mas em uma espécie de governo internacional: o Conselho da Liga de Nações. O seu outro órgão, a Assembleia da Liga, colocado junto ao Conselho, produziria a “*impresión de una asamblea legislativa internacional. El dualismo de gobierno y parlamento estaba probablemente presente con mayor o menor claridad en las mentes de los fundadores cuando crearon los dos órganos principales de la Liga*” (KELSEN, 2003, p. 75).

Segundo Kelsen, a Carta da Organização das Nações Unidas representou um avanço em relação à Liga das Nações, sobretudo por ter aumentado o grau de centralização de poder naquela organização e criado uma estrutura internacional de segurança recíproca até então nunca antes vista no cenário internacional (KELSEN, 1952, p. 40). Todavia, assim como aumentou a centralização de poder também aumentou a sua concentração nas mãos de um número ainda mais restrito de Estados, quais sejam, os que fazem parte do Conselho de Segurança da ONU, impedindo que as

questões concernentes à segurança internacional venham a ser tratadas com juridicidade, pois a tendência daquele Conselho seria enfrentar o problema sempre com uma abordagem eminentemente política (KELSEN, 1952, p. 47-49).

Por considerar os Estados em uma condição de igualdade formal entre si, o autor afirma que a criação de um tribunal internacional com poderes amplos não ofenderia a soberania dos Estados. Isto porque os tribunais internacionais, compostos por juízes que não são provenientes dos Estados em causa, são competentes unicamente para aplicar o direito internacional positivo às disputas que devem resolver, de modo que suas decisões não podem impor novas obrigações ou conferir novos direitos aos Estados em disputa (KELSEN, 2003, p. 70).

Entretanto, quando Kelsen considera o tribunal internacional a instituição central do seu modelo de globalismo judiciário, ele sustenta que a concordância com as normas de direito internacional e com as decisões judiciais tomadas nesta esfera não necessitarão ser voluntariamente aceitas pelo Estado ao qual se destina a norma ou decisão judicial, mesmo que se trate de uma civilização que não se encontra presente e reconhecida dentro da ordem internacional institucionalizada. Esta incongruência se deve, certamente, à distância de vinte e quatro anos que separa os dois textos, *Das Problem der Souveränität...* (1920) e *Peace through Law* (1944), uma vez que este último foi escrito durante a Segunda Guerra Mundial e com o autor inserido em um contexto histórico que o obrigava a colocar a sua ideia de *civitas maxima* como uma profecia para um futuro não muito próximo. O texto de 1944 tinha inclusive a pretensão de se colocar como uma proposta imediata para o pós-guerra, estabelecendo uma ‘agenda jurídica’⁵ a ser seguida pelos os vencedores da guerra, caso desejassem dar uma maior legitimidade jurídica à nova instituição supranacional que seria logo em seguida criada e aos processos que se iniciariam contra os perdedores da Segunda Guerra Mundial. No texto de 1944, ele afirmava que “*los Estados victoriosos deberían mostrarse deseosos de*

⁵ “La exigencia de que se castigue a los criminales de guerra es, o debería ser, ante todo, la exigencia de que se castigue a los autores de la segunda guerra mundial, a las personas moralmente responsables por uno de los mayores crímenes en la historia de la humanidad” (KELSEN, 2003, p. 91-92).

transferir la jurisdicción sobre sus propios súbditos que hayan delinquido contra las leyes de la guerra al mismo tribunal internacional independiente e imparcial" (KELSEN, 2003, p. 125-126).

Referências

- KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Tübingen, 1920, trad. it Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto. Milano: Giuffrè, 1989.
- KELSEN, Hans. *Les rapports du système entre le droit interne et le droit international public*. Recueil des cours de l'Académie de droit international, Vol. 14, n. 4, 1926, p. 227-331.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien-Leipzig: Verlag Franz Deuticke, 1934, trad. it. La Dottrina Pura del Diritto. Torino: Einaudi, 1990.
- KELSEN, Hans. *Peace through Law*. Journal of Legal and Political Sociology, Vol. 2, 1942.
- KELSEN, Hans. *Peace through Law*. North Carolina: University of North Carolina Press, 1944, trad. it. La pace attraverso il diritto. Torino: Giappichelli, 1990.
- KELSEN, Hans. *Peace through Law*. North Carolina: University of North Carolina Press, 1944, trad. esp. *Paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta 2003.
- KELSEN, Hans. "Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?" In *International Law Quarterly*, 1 (1947), 2.
- KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. New York: Rinehart, 1952.
- KELSEN, Hans. *Théorie du droit international public*. Recueil des cours de l'Académie de droit international, Vol. 84, n. 3, 1953, p. 1-203.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- ZOLO. Danilo. *I signori della pace*. Roma: Carocci, 1998.
- WOLFF, Christian. *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (orig. 1749). Oxford: Clarendon Press, 1934.

A BOA-FÉ COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL

Darci Guimarães Ribeiro*

A boa-fé como conceito ético-social do homem¹

Quando afirmamos que um indivíduo está de boa ou má-fé, não fazemos outra coisa senão valorar moralmente sua conduta em sociedade. Neste sentido, parece, pois, que a boa-fé é uma qualidade intrínseca do ser humano, sendo a má-fé, portanto, o resultado de um caminho anormal escolhido pelo caráter individual de uma pessoa. Esta afirmação é confirmada pela jurisprudência dos nossos tribunais que têm reiteradamente afirmado que a boa-fé se presume, enquanto que a má-fé deve estar caracterizada nos autos². Assim como pela doutrina quando diz que para fins de penalização e reparação só serão considerados de má-fé aqueles indivíduos que se comportarem segundo os arquétipos estabeleci-

* Advogado. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela *Università degli Studi di Firenze*. Doutor em Direito pela *Universitat de Barcelona*. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da *International Association of Procedural Law*. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro representando no Brasil no Projeto Internacional de Investigação sobre Prova Científica e Prova Pericial financiado pelo Ministério de Educação e Cultura – MEC – da Espanha.

¹ A boa-fé no processo, para mim, não é um tema novo que despertou a partir da inclusão do art. 5º no atual CPC. Sobre este assunto já publiquei o artigo intitulado *O Sobreprincípio da Boa-Fé Processual como decorrência do Comportamento da Parte em Juízo*, originalmente publicado na Revista Forense, 2005, v. 381 e posteriormente publicado em meu livro *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010 e que agora retomo algumas ideias para ampliá-las e adaptá-las ao novo CPC.

² Este é o entendimento do STF quando afirma que em sede recursal “não se presume o caráter malicioso, procrastinatório ou fraudulento da conduta processual da parte que recorre, salvo se se demonstrar, quanto a ela, de modo inequívoco, que houve abuso do direito de recorrer”, 2ª Turma, AI 239612 AgR-ED-ED/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 17.12.2002, DJU 04.04.2003, ATA nº 9/2003.

dos nos *numerus clausus* dos incisos contidos no artigo 80 do CPC, ou nos demais modelos normativos de má-fé residual previstos esparsamente no CPC, *v. g.*, arts. 79, § único do art. 100, 142, §§ 10 e 11 do art. 702, 774, etc³.

A boa-fé representa, assim, um conceito ético-social do homem, pois está relacionada ao seu modo de agir em sociedade e, portanto, existe também fora do Direito⁴.

Quando se exige da parte no processo que sua conduta esteja calçada na boa-fé, isto equivale dizer que a mesma deve agir em juízo com lealdade processual, com retidão e de maneira proba, já que o seu comportamento pode condicionar ou gerar certas expectativas de comportamento para a parte contrária que confiou no agir processual. Esta é a razão pela qual Jesús Gonzáles Pérez (2004, p. 96) afirma que *“la buena fe incorpora el valor ético de la confianza”*, *v. g.*, se uma das partes, ao ser solicitada para prestar informações, junta um documento ou declara um fato e a parte contrária, com base nesta declaração ou documento, pratica determinado ato, parece óbvio que a conduta processual de uma delas condiciona o comportamento da outra. Esta é a razão pela qual Rui Stoco (2002, p. 53), acertadamente afirmou que *“segundo a ética, o homem, vivendo em sociedade, tem o dever moral de agir de boa-fé, enquanto, segundo o Direito, o homem tem obrigação legal de não agir de má-fé”*.

A relevância da boa-fé como princípio moral ético de confiança desvela-se como um eficiente mecanismo de redução de complexidades, pois permite oferecer segurança a planificações dirigidas ao futuro, atuando como mecanismo de redução da complexidade que aumenta a capacidade do sistema de atuar coerentemente em um entorno ainda mais

³ Entretanto, como bem assevera Rui Stoco (2002, p. 53-54), *“nada impede que, ocorrendo ofensa ao dever genérico de lealdade, estabelecido no art. 14 do CPC, mas não prevista expressamente nas hipóteses clausuladas do art. 17, a parte interessada busque, através de ação autônoma, reparação ou indenização com supedâneo no Direito Comum, desde que este comportamento se transmude em ato ilícito, com ingresso no campo da responsabilidade aquiliana e, portanto, impregnado de dolo ou culpa”*.

⁴ De acordo com a opinião de Joan Picó (nº 5.1, p. 69), *“la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma”*, Sobre os conceitos juridicamente indeterminados, consultar Barbosa Moreira (1988, p. 64ss).

complexo. O dever de agir imbuído de boa-fé como conduta social em sentido amplo não denota grau de certeza aos comprometidos, mas amplia substancialmente a redução temporal da complexidade, pois amplia as possibilidades de ação no presente, orientando a um futuro que, por mais incerto que seja, apresenta um grau de confiança⁵.

A boa-fé como cláusula geral de conduta processual

A necessidade de agir com base na boa-fé não é algo novo no direito, como bem podemos perceber através das afirmações do jurista Gaio (1943, *Instituciones*, 4.174; 4.178 e 4.179), já na antiga Roma. Todavia, a compreensão e a extensão deste conceito alcançam historicamente diversos matizes.

A partir de um estudo mais pormenorizado, não se pode negar que a boa-fé, pese o seu enquadramento legal no dispositivo em apreço, ainda está longe de apresentar uma definição legal capaz de uma adequada delimitação conceitual, restando, pois, um largo caminho a ser percorrido. Este caminho certamente passa pela correta compreensão do direito jurisprudencial que pode aportar ao referido conceito graus de racionalidade e objetividade suficientes para emprestar segurança jurídica no desenvolvimento das soluções concretas.

Neste contexto, a boa-fé passa a compor os valores superiores do Estado Democrático de Direito, pois como bem destaca Peces-Barba (1986, p. 65), o sentido destes valores pode ser entendido *“como ideais éticos, como contenido de moralidad, que ese tipo de Estado propugna para ser realizado por su ordenamento jurídico”*⁶.

No atual estágio de nossa sociedade podemos falar de um novo giro ao lado do linguístico, hermenêutico e pragmático, é o *ethical turn* ou giro ético que define as éticas aplicadas à utilização de princípios e regras

⁵ Para um aprofundamento sobre a relação entre confiança e redução de complexidades, ver Niklas Luhmann (1996).

⁶ Foi por isso que Jovino Pizzi (2006, p. 129), afirmou que *“Tais princípios são inegociáveis, não têm preço e nem são propriedade de um grupo particular, pois compõem um núcleo comum, que ilumina as deliberações”*.

morais na realidade cotidiana, ou como quer Jovino Pizzi (2006, p. 35), a *“aplicação de princípios extraídos da ética normativa para a resolução de problemas éticos cotidianos”*, como perfeitamente soe acontecer quando no direito e, em especial, no processo, nos valem da cláusula geral da boa-fé para interpretar situações processuais concretas. Por isso a boa-fé no direito deixou de ser casual e contingente para converter-se em regular e certa, sistematizando assim as tomadas de decisões mais coerentes e rentes aos valores insculpidos na Carta Magna de 1988. Esta é a razão pela qual Habermas (1997, vol. I, p. 127) fala que *“O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia”*. Neste contexto insere-se o art. 5º do CPC quando o mesmo determina que todo aquele que *“participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”*.

A dogmatização da boa-fé no âmbito processual, art. 5º do CPC, veio contida em uma cláusula geral⁷, com nítida ampliação de poderes do juiz para conformar o texto legal às peculiaridades concretas do caso posto a julgamento⁸. Nas precisas palavras de Perlingieri (2008, p. 240), *“As cláusulas gerais, portanto, são uma técnica legislativa que consente a concretização e especificação de múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo contemporaneamente como critério de controle da compatibilidade entre princípios e regras”*⁹.

⁷ Para descobrir precisas diferenças e semelhanças entre cláusulas gerais e princípios, consultar os corretos argumentos de Judith Martins-Costa (2015, p. 150-154).

⁸ Esta é a razão pela qual Pietro Perlingieri (2008, p. 237), acertadamente afirma que: *“Legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”*.

⁹ Convém destacar também, nas exatas palavras do autor, que *“as cláusulas gerais não têm um valor axiológico autônomo e completo, porque são preenchidas por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam esses constitucionais, comunitários ou internacionais. A vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou a valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia”* (PERLINGIERI, 2008, p. 239s). Em igual sentido, Judith Martins-Costa (2015, p. 158), quando diz que abertura das cláusulas gerais diz respeito *“ao ingresso no ‘corpus’ legislativo de princípios, máximas de conduta, ‘standards’ e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a ‘adequação valorativa’ do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema)”*.

A boa-fé é, portanto, um *standard* jurídico que permite auferir um parâmetro de comportamento pautado nos padrões de lealdade, honestidade e probidade, porquanto este comportamento protege a confiança entre os diversos sujeitos processuais.

O dever de agir com boa-fé informa as regras de conduta em sociedade e, no particular, dentro do processo para todos os sujeitos que nele intervierem. Nesta dimensão podemos claramente afirmar que quem processualiza o conflito não processualiza mais apenas o conflito¹⁰.

A boa-fé como sobreprincípio processual

A boa-fé processual quer seja ela obrigação, dever ou ônus¹¹, quer esteja explícita ou implícita, é, indiscutivelmente, um valor que paira acima de qualquer instituição jurídica, porque, nas palavras de Couture (1979, p. 253), “*el deber de decir la verdad existe, porque es un deber de conducta humana*”.

O processo tem, em certa medida, uma boa dose de verdade, porque no seu conceito, em sentido social ou, como querem alguns, instrumental, ele é um instrumento de realização da justiça¹², que está colocado

¹⁰ Esta é a ideia de Luiz Edson Fachin (2015, p. 152) quando fala da ética do comportamento, afirmando, para o direito civil, que “*quem contrata não contrata mais apenas o contratado (CCB, art. 422, probidade)*”.

¹¹ Para o aprofundamento da classificação das condutas das partes em juízo pautadas pela boa-fé processual, consultar o que escrevi em *Provas Atípicas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998, nº 4.6.3, p. 124 a 130.

¹² Sobre o particular já averbeique acreditamos: “que a função cardinal do processo, em virtude do monopólio da jurisdição, está na proteção dos interesses individuais ou coletivos das pessoas através da aplicação, com a conseqüente manutenção, da ordem jurídica objetiva, isto é, o processo não serve unicamente para a proteção dos interesses individuais ou coletivos, nem tampouco para manter a ordem jurídica, senão que sua identificação reside exclusivamente na soma indispensável destes dois elementos, razão pela qual seu entendimento vai mais além da concepção objetiva ou subjetiva do processo, exatamente porque é um instrumento de realização da justiça (concepção social do processo). Esta concepção trás consigo inumeráveis conseqüências práticas, como por exemplo a ampliação dos poderes do juiz, a realização efetiva dos direitos em menor tempo possível, a desformalização dos processos, etc. Se orienta neste sentido, Habscheid, para quem “*le procès civil ne vise pas seulement au maintien de l’ordre juridique objectif mais aussi à la protection des intérêts individuels*” (RIBEIRO, 2004, p. 126, nota 431).

à disposição das partes pelo Estado, para que elas busquem a prestação da tutela jurisdicional, e nenhum instrumento de justiça pode existir fundado em mentira. Tanto que, na exposição de motivos do Código de Processo Civil, de 1973, nº 17, explicando as inovações, o Prof. Buzaid disse:

Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever às partes: a) expor os fatos em juízo conforme à verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientemente de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. (BUZAI, 1973)

Estas são as razões pelas quais a boa-fé processual é erigida à categoria de *sobreprincípio*¹³ processual, vale dizer, ela é um princípio que se sobrepõe aos demais, por possuir um interesse público iminente, condicionando, sempre que possível, os demais princípios, e coloca a verdade como apoio e sustento da justiça, que é a base do Direito. O *sobreprincípio* da boa-fé processual obriga a todos os intervenientes a agirem e a se comportarem no processo com probidade e honestidade, pois, segundo Klein (*apud* FAIRÉN GUILLÉN, 1955, p. 320), *“es principio geral que todo cuanto obste o dificulte los objetivos del proceso debe ser evitado”*.

¹³ Expressão que é utilizada por analogia àquela consagrada pelo gênio de Pontes De Miranda (1972, § 44, p. 245), regras de sobredireito, que segundo o autor significa: *“Ser de sobredireito não é ser de direito ‘anterior’ ao direito sobre que versa a regra de sobredireito, é ser por cima desse direito para o determinar, no espaço, no tempo, ou em sua interpretação”*. Também utiliza emprestada esta expressão Galeno Lacerda (nº 28, p. 11), quando se refere às normas sobre nulidades processuais como sendo normas de sobredireito processual. Com nomenclatura distinta, mas no mesmo sentido, Humberto Ávila (2003, p. 120), ao chamar de postulados normativos, que segundo o autor *“são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”*.

Aplica-se aqui, por analogia, o conceito de princípio desenvolvido por Humberto Ávila (2003, p. 70), para quem os princípios “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

A boa-fé processual caracteriza-se, pois, como um sobreprincípio do ordenamento jurídico, posto que paira por cima dos demais princípios jurídicos e os condiciona, determinando-os no espaço e no tempo, em suas interpretações.

Não se pode negar que os demais princípios processuais, inclusive aqueles guindados a categoria constitucional, como por exemplo: o direito de ação, o contraditório, etc., não fiquem imunes ao dever supraconstitucional de agir e de falar em juízo ou fora dele sempre com base na boa-fé, na retidão e na lealdade, já que “a boa-fé tem, em si, os paradoxos, as conquistas e as aspirações da cultura jurídica contemporânea” (ROCHA; CORDEIRO, 2011, p. 48).

O alcance do art. 5º do CPC/15: boa-fé objetiva e subjetiva

O dever de agir com base na boa-fé projeta, nas palavras de Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2011, p. 1.170s), “a necessidade de respeitar vectores fundamentais do sistema jurídico, com realce para a tutela da confiança e a materialidade das situações subjacentes, avultando ainda um certo equilíbrio entre a posição das partes”. Este respeito à tutela da confiança deve, necessariamente, estar materializado na previsibilidade das condutas praticadas pelos sujeitos durante todo iter processual.

A doutrina mais clássica entende que a boa-fé pode ser entendida desde o prisma subjetivo ou objetivo¹⁴. Existirá *boa-fé subjetiva* quando o indivíduo estiver convencido que o seu obrar está em conformidade com o direito aplicável, isto é, ele acredita, ele crê que sua intenção é legítima.

¹⁴ Para aprofundar melhor no estudo deste tema, consultar a excelente monografia de Judith Martins Costa (2015, §§ 23-25, p. 260-272).

Aqui é levado em consideração seu estado anímico, sua convicção íntima no agir dentro do processo, configurando, assim, a ausência de má-fé processual. No direito material, esta situação é mais comum nos direitos reais¹⁵, especialmente em matéria possessória.

De outro lado, existirá *boa-fé objetiva* quando o obrar do indivíduo se enquadra no “*modelo jurídico complexo e prescritivo*”¹⁶ processual, no *standard* jurídico exigido de um indivíduo que atue no processo de maneira reta, proba, leal e honesta. Aqui não tem qualquer relevância à intenção, o ânimo do sujeito processual na realização de sua conduta.

O art. 5º do CPC, como norma fundamental do processo civil, possui nítido caráter objetivo, não se limitando, portanto, a ausência de má-fé do sujeito na realização de determinado ato processual. Vale dizer, prioriza a função objetiva sem contudo desatender a subjetiva. Ela, a boa-fé objetiva, vai mais além e está intrinsecamente ligada a eticidade de uma determinada sociedade, seus ideais de moralidade e um grau significativo de cultura jurídica, que certamente variam no tempo e no espaço, já que visa proteger a confiança entre os sujeitos processuais. Não se perquirir nessa convicção íntima da parte quando ela pratica o ato processual. O que se quer diante do art. 5º do CPC é que a conduta do sujeito esteja respaldada pelo *standard* jurídico apresentado como modelo moralmente aceito para aquela conduta processual, pois “*é indiscutível que ‘nas exigências de probidade, lisura e correção de conduta que a boa-fé traduz cabe a de não criar ou acalantar indevidamente expectativas em outrem’, bem como ‘prevenir a formação ou manutenção de representações falsas, temerárias ou infundadas em outrem (ou o respectivo risco)’*” (FRADA, 2007, p. 467).

Esta é a razão pela qual a ilicitude do comportamento do sujeito no processo que desrespeita a boa-fé objetiva não decorre necessariamente da reprovação social daquela conduta em juízo, mas sim da proteção da

¹⁵ Desde esta perspectiva, é oportuno, pois, consultar a clássica monografia de Louis Josserand (1939, p. 15-45), principalmente o capítulo I, que descreve as causas de abuso do direito de propriedade. Para um resumo das diversas teorias no direito francês, compulsar a obra de Pedro Baptista Martins (1997, p. 34-37).

¹⁶ Expressão esta criada por Judith Martins Costa (2015, § 24, p. 265s) para definir “*estruturas normativas referidas às fontes de produção jurídica*”.

confiança. E, neste exato sentido, convém destacar as brilhantes palavras de Bruno Miragem (2009, p. 245), segundo as quais “*A confiança que se protege, neste sentido, tem duplo significado: tanto a ‘confiança relacional’ (confiança no outro sujeito da relação) quanto a ‘confiança no sistema jurídico e em sua efetividade’, na coibição e repressão do ilícito, e na estabilidade das relações jurídicas*”.

A boa-fé objetiva e o abuso nos comportamentos processuais

Por todas estas razões, o processo, com base na boa-fé objetiva, não permite a prática de comportamentos processuais desvinculados do arquétipo moral de conduta exigida para aquela situação em concreto porque viola a proteção da confiança, constituindo, assim, uma ilicitude objetiva do sistema processual, vale dizer, não tolera o agir processual que incida na *exceptio doli, venire contra factum proprium, inalegabilidade de nulidades formais, suppressio, surrectio, tu quoque* e, por fim, o *desequilíbrio no exercício jurídico*, porque, de acordo com Von Thur (1934, vol. I, p. 265): “*Generalmente, el acto ilícito no sólo viola una norma jurídica, sino que quebranta a la par un derecho subjetivo de otra persona*”.

Quando o comportamento processual do sujeito se afasta do modelo objetivo de conduta exigido para a produção do ato processual ele viola ao mesmo tempo uma norma processual e o direito subjetivo, material ou processual, de outro sujeito no processo, na medida em que inviabiliza ou dificulta o exercício legítimo desta vantagem objetiva obtida pelo ordenamento jurídico que representa o direito subjetivo. Em outras palavras, a ilicitude do ato processual praticado em desrespeito a boa-fé objetiva está configurada no desrespeito a norma processual e na restrição imposta ao exercício do ato processual da outra parte que confiou tanto no sistema processual quanto na conduta do outro sujeito.

É neste sentido que o comportamento processual da parte ou do sujeito é abusivo e imoral e, portanto, merece reprovação objetiva tanto por parte da lei quanto por parte do juiz, porquanto exerceu irregularmente um direito. Não se desconhece, pois, que é o exercício posterior desta conduta que transforma o que é lícito em ilícito, ensejando, assim, a imoralidade do ato que pode ser tanto subjetiva como objetiva. Nas pala-

bras de José Calvo Sotelo, a dupla função da imoralidade pode assim ser compreendida:

Subjetiva: cuando el daño ha sido el único móvil del ejercicio del derecho, o sea cuando éste se ha actuado con la intención de perjudicar (que es la tesis de Josserand) o simplemente sin fin serio y legitimo (que es la tesis de Saleilles). Objetiva: cuando el daño proviene de “exceso” o “anormalidad” en el ejercicio del derecho que no obste a su legalidad externa (...) y que se manifieste por la desproporción indefendible y enormísima entre el perjuicio irrogado y la utilidad subjetiva reportada. (SOTELO, 1917, p. 130)

Deste todas estas perspectivas, podemos conceituar como abuso do (e no) processo toda aquela conduta praticada por uma pessoa em juízo que altere, voluntariamente, os fins que a lei buscou proteger, gerando, com isso, um dano subjetivo ou objetivo aos demais sujeitos processuais.

Entre as diversas condutas processuais proibidas pela boa-fé objetiva, convém destacar as seguintes:

a) A *exceptio doli*, mesmo tendo nascida no direito civil¹⁷ pode, sem nenhuma restrição substancial, ser aplicada ao processo, já que ela está baseada na boa-fé objetiva e não permite que alguém possa obter uma vantagem processual não conferida pela ordem jurídica com base em uma conduta processual moralmente inidônea. Ela pode, então, ser definida como a “*faculdade potestativa de paralisar o exercício do direito de outrem*” (ROCHA; CORDEIRO, 2011, p. 740), vale dizer, é o poder que um sujeito do processo tem de afastar a pretensão do outro, porque o mesmo incorreu em dolo quando da prática do ato processual. Neste contexto podemos afirmar que o art. 5º do CPC não pressupõe somente uma função defensiva de afastar a pretensão alheia, mas também uma função ativa de, ao lado da supressão do abuso, exigir concomitantemente a aplicação de uma multa tanto para a parte, art. 81 do CPC, como para o Estado,

¹⁷ Sua origem é bem antiga como bem podemos perceber nas *Institutiones* de Gaio (1943, p. 4.116 e 117).

art. 77 do CPC¹⁸, já que o comportar-se em juízo com base na boa-fé objetiva é ao mesmo tempo um dever e uma obrigação¹⁹. Como exemplo, podemos citar, entre tantos outros²⁰:

I – O comportamento do autor que se vale licitamente do direito de ação para alcançar ilicitamente um fim, na medida em que o exercício lícito do direito de ação não pretende exercer seu direito subjetivo, mas tem em vista obstruir ou inviabilizar o exercício do direito subjetivo da parte contrária²¹.

II – A alegação de prescrição, nos moldes do art. 302, IV do CPC, pois a parte responderá pelos prejuízos causados em decorrência da efetivação da tutela de urgência (função ativa), isto é, pese a licitude da efetivação da tutela de urgência que cumpriu todos os requisitos legais para realizar-se, a vantagem processual obtida através da medida encontra um fim ilícito, já que a pretensão do autor está prescrita.

III – Quando o juiz julga liminarmente o pedido do autor improcedente se verificar a ocorrência de prescrição ou decadência, conforme a prescrição do § 1º do art. 332 do CPC.

¹⁸ A multa para o Estado encontra sua razão de ser, em primeiro lugar, porque a realização da justiça pelo Poder Público custa dinheiro e, de acordo com José Olimpio De Castro Filho (1960, p. 33), *“não é justo que o dinheiro do povo seja empregado para satisfazer a má-fé, a temeridade, o capricho, ou o erro grosseiro de um indivíduo”*. E, em segundo lugar, porque o abuso do/no processo, induz o juiz a uma decisão equivocada, razão pela qual, nas palavras de Stefano Costa (2005, p. 97), *“a ilegalidade do dolo processual é portanto fundada na atitude do mesmo em transformar a falsidade processual em falsidade jurídica, deformando a livre manifestação de vontade do magistrado”*.

¹⁹ Sobre a classificação das condutas das partes em juízo como dever, obrigação ou ônus, consultar o que escrevi em *Provas Atípicas* (RIBEIRO, 1998, p. 119ss).

²⁰ As formas de abuso do direito no processo podem ser das mais variadas, e. g., dolo, fraude, temeridade, simulação do processo, emulação, erro grosseiro, dilação indevida no processo, defesa abusiva, entre outras. Neste particular, consultar a obra de José Olimpio De Castro Filho (1960, nº 41-53, p. 87-111). Para um estudo mais amplo do abuso dos direitos no processo, nos países ibéricos e ibero-americanos, consultar a clássica obra *Abuso dos Direitos no Processo* (MOREIRA, 2000), em especial o Relatório Geral Latino-Americano apresentado por Eduardo Oteiza (2000. p. 7-31).

²¹ Sobre a existência do abuso no exercício da demanda e todas as implicações que o tema comporta, consultar a magistral obra de Jorge Americano (1932, p. 31ss), em especial os Cap. IVss.

b) O *venirem contra factum proprium* tutela a proteção jurídica da boa-fé manifestada na tutela da confiança e depositada na aparência²². Por isso as pessoas que integram a relação processual têm consciência da existência de um modelo de conduta a ser praticado quando realizam um ato processual, produzindo, assim, um estado de mutua dependência no comportamento entre todos os sujeitos que integram o processo. Este princípio apresenta, necessariamente, dois comportamentos lícitos praticados em momentos temporais diferidos, vale dizer, o primeiro comportamento, chamado de *factum proprium*, que é o gerador da confiança, está em contradição direta com o segundo comportamento praticado, mas convém destacar que “*é a deslealdade, além da contraditoriedade com a própria conduta, que está no núcleo da figura conhecida como ‘venirem contra factum proprium’*”²³. Esta contradição direta entre os comportamentos é analisada objetivamente, já que independe de culpa (ROCHA; CORDEIRO, 2011, p. 761). Podemos, então, compreender o *venirem contra factum proprium* como um princípio derivado da boa-fé objetiva que “*sanciona como inadmisibile toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al proprio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto*” (BORDA, 2000, p. 11). Os exemplos no processo podem ser muitos, razão pela qual nos limitaremos a alguns, entre os quais cabe citar:

I – A decisão do juiz que indefere a prova para o autor e posteriormente julga a demanda improcedente;

II- A existência de promessa de compra e venda, frustrada por ato imputável ao réu, não impede o ajuizamento da ação de desapropriação indireta²⁴;

²² Para alguns autores, este princípio encontra fundamento na constituição, art. 3º, I da CF, quando a lei maior coloca como um dos objetivos fundamentais do Estado, o princípio da solidariedade social. Neste exato sentido José Puig Brutau (1951, p. 115), quando pontifica que o *venirem contra factum proprium*: “*Significa realmente un poderoso instrumento para aumentar el sentido de solidaridad y para dar cohesión al grupo social, pues cada miembro ve reflejado en sus propios intereses el perjuicio que su conducta podía haber inferido a los demás*”. Em igual sentido, Anderson Schreiber (2007, p. 107-109).

²³ Nas precisas palavras de Judith Martins Costa (2015, § 74, p. 616).

²⁴ STJ, Dec. Mon., RESP 494559, rel. Min. Francisco Falcão, j. 08.03.04, DJ 22.03.2004.

III – A decisão do juiz ou tribunal que não respeita as súmulas ou jurisprudência dominante do STJ e do STF, pois o direito de acesso aos tribunais está pautado na boa-fé objetiva e compreende a proteção da tutela da confiança depositada nas expectativas legítimas das pessoas em que juízes e tribunais aplicarão a lei, art. 926 do CPC, de forma coerente e íntegra, a fim de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, permitindo, assim, a igualdade não só perante a lei, mas acima de tudo perante as decisões judiciais²⁵.

c) O *Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* que se caracteriza pela reprovação da malícia, do dolo ou da torpeza do sujeito processual. O núcleo aqui está no elemento subjetivo da conduta da parte em juízo, na medida em que a boa-fé do art. 5º do CPC não tolera daquele que violou deveres processuais, a possibilidade de que ele próprio possa aproveitar-se da sua própria violação, obtendo, portanto, vantagens processuais indevidas, pois a ninguém é permitido beneficiar-se da sua própria torpeza. Este princípio não é novo no processo civil e já estava plasmado no antigo art. 243 do CPC/73, agora literalmente reproduzido no art. 276 do CPC, segundo o qual: “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”. Este princípio, contudo, não se aplica às invalidades aplicáveis de ofício. Ele não se confunde com o *venire contra factum proprium*²⁶, pois nesse princípio se tutela a confiança que independe da intenção subjetiva da parte no processo, enquanto no *Nemo audiatur propriam turpitudinem al-*

²⁵ Neste exato sentido já se manifestou a Corte Constitucional Colombiana ao aplicar o princípio *venire contra factum proprium* para fundamentar a uniformização de jurisprudência no país, de acordo com a Sentença C-836/2001, transcrita por Anderson Schreiber (2007, p. 246s), pese o autor entender que no direito brasileiro não configuraria uma aplicação correta do princípio. A posição do autor pode ser justificada pela inexistência do novo CPC que somente entrou em vigor no dia 17.03.2016.

²⁶ Sobre este ponto “A parte que escolhe o foro da propositura da ação e que recorre da decisão que declinou da competência de ofício não pode, posteriormente, pugnar pela modificação da competência territorial por ela própria fixada e defendida, em virtude da proibição de comportamento contraditório e do princípio do *non venire contra factum proprium*”. STJ, 3ª Turma. REsp 1619289/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.11.2017, DJe 13.11.2017.

legans se rechaça a malícia²⁷. Vários são os exemplos da jurisprudência sobre o tema que não é nova, merecendo destaque as seguintes hipóteses:

I – A denegação de liminar não enseja à parte suscitar a incompetência do colegiado perante o qual postulou²⁸;

II – Quando a parte deixa de comunicar, oportunamente, fato relevante para o julgamento da causa e o alega, a destempo, em sede recursal, para invalidar o processo²⁹;

III – Advogado irregularmente constituído não pode, em sede recursal, alegar a invalidade dos atos processuais por ele praticado³⁰;

IV – O fiador que firma contrato de locação sem se declarar como casado, não pode, em juízo, alegar a nulidade da fiança com base na ausência de outorga uxória³¹.

d) O *tu quoque* também pode ser aplicado ao processo³², na medida em que “*não é lícito exigir de outrem determinada conduta se quem exige deveria ter tido a mesma conduta, mas não o fez*” (COSTA, 2015, § 76, p. 642). Fere a boa-fé objetiva permitir que a parte que tenha desrespeitado a lei ou decisão judicial, possa exigir da parte contrária a obediência que ela mesma se recusou a cumprir, v. g.:

²⁷ Apresentando vigorosos argumentos na diferenciação, Judith Martins Costa (2015, § 75, p. 628) e Anderson Schreiber (2007, p. 175s). Para este autor, “*Quando se obsta a alegação da própria torpeza se está, a rigor, sancionando a malícia daquele que adotou certa conduta e depois pretende escapar, com base no próprio comportamento malicioso, aos seus efeitos*”.

²⁸ STJ, 1ª Seção, CC 1.703/RS, rel. Min. Américo Luz, j. 14.05.91, DJU 10.06.1991, p. 7.825.

²⁹ 2ª Seção, AR 3234/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.11.2013, DJe 14.02.2014. Em igual sentido, STJ, 4ª Turma, REsp 725.456/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.10.2010, DJe 14.10.2010, entre outras.

³⁰ STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 281994/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 11.04.2013, DJe 19.04.2013.

³¹ STJ, 5ª Turma, REsp 1128770/PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.11.2010, DJe 06.12.2010.

³² Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando asseverou que: “A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório - expressão particular da teoria dos atos próprios -, sintetizado no anexam ‘*tu quoque*’, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial”, STJ, 2ª Turma, RMS 14908/BA, rel. Min. Humberto Martins, j. 06.03.2007, DJ 20.03.2007, p. 256. Publicada na RSTJ, vol. 208, p. 225.

I – Se ambas as partes foram devidamente intimadas para apresentarem documentos e uma delas injustificadamente não os apresenta, não pode exigir que a parte contrária apresente documentos se ela mesma não exibiu os seus em juízo.

Referências

- AMERICANO, Jorge. *Abuso no exercício da Demanda*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1932.
- Aprendizagem Colaborativa: Teoria e Prática*. In: Metodologias para a Produção do Conhecimento: da Concepção à Prática. Org. Patrícia Lupion Torres. Curitiba.: SENAR, 2015.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1991, v. I.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades da Sentença*. São Paulo: RT, 1987.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. São Paulo: RT, 1989.
- AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Atualizado por Hamilcar de Garcia. Rio de Janeiro: Delta, 1958, vol. I.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José C. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. In: Temas de Direito Processual. 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos; RAMOS MÉNDEZ, Francisco; et alii. *Abuso dos Direito Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARREIROS, Lorena M. Santos. *Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- BORDA, Alejandro *La Teoría de los Actos Propios*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

- CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, nº 2, aprile-giugno.
- CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade 'prima facie' dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. Lite e processo. In: *Studi di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1939.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Milano: Giuffrè, 1962.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. de Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942, v. I.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944, v. II.
- CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al giudizio. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 1º vol.
- Código Procesal Civil Alemán. Trad. Emilio Eiranova Encinas. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- COSTA, Stefano. *O Dolo Processual em matéria Civil e Penal*. Trad. Laercio Laurelli. 2ª ed. São Paulo: Paulistanajur, 2005.
- COUTURE, Eduardo J. El deber de las partes de decir la verdad. In: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979, t. III.

- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- DALL'AGNOL, Jorge L. *Pressupostos Processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1988.
- DENTI, Vittorio. Perizie, nullità processuali e contraddittorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 1967.
- DIERLE NUNES, *Processo jurisdiccional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DINAMARCO, Cândido. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª ed.: São Paulo: Malheiros, 2002.
- EISNER, Isidoro. Principios Procesales. In *Revista de Estudios Procesales*, nº 4.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein. In: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Derecho Privado, 1955.
- FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della doctrina. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.
- FIDÉLIS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FILHO, José Olímpio de Castro. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2ª ed: Rio de Janeiro. Forense, 1960.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra. Almedina. 2007.
- GAIO. *Instituciones*. Trad. Alvaro d'Ors e Pérez-Peix. Madri: Instituto Francisco de Vitoria, 1943.
- GIANNAKOS, Ângelo Maraninchi, *Assistência Judiciária no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesús. El Principio Gereneral de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2004.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HABERMAS, J. *Democracia e Direito: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I e II.
- IHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. Trad. de Enrique Príncipe y Satorres. Granada: Comares, 1998.
- JAUERNIG, Othmar. *Direito processual Civil*. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1939.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 3ª ed. Madri: Tecnos, 1999.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre. Sergio Fabris, 1985.
- LACERDA, Galeno. O Código e o Formalismo Processual. In: *Revista Ajuris*, nº 28.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de A. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1946.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz G.; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.
- MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MARTINETTO, Contraddittorio (Principio del). In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Utet, 1959. Vol. IV.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed: Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

- MATTHEWS, R.S.; COOPER, J.L.; DAVIDSON, N.; HAWKES, P. Building bridges between cooperative and collaborative learning. In: *Revista Change: The Magazine of Higher Learning*. 1995, v. 27, p. 35 a 40. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com>>. Acessado em 03.06.2016.
- MERRYMAN, John H. *La Tradición Jurídica Romano-Canonica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MITIDIERO, Daniel F. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto A. de. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OTEIZA, Eduardo. Abuso de los Derechos Procesales en América Latina. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 7-31.
- PALACIO, Lino. *Manual de derecho procesal civil*. 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- PANITZ, T.. *A definition of collaborative vs cooperative learning*. Disponível em: <<http://www.lgu.ac.uk>>.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores*, 2ª reimpressão. Madrid: Tecnos. 1986.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEYRANO, Jorge. *El Proceso Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1978.

- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Coord. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Trad. por Luís Alberto Reichelt. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El Principio de la Buena Fe Procesal*. Barcelona: Bosch, 2003.
- PICÓ, Joan. *El principio de la Buena Fe Procesal*, nº 5.1.
- PIZZI, Jovino. *Ética e Éticas Aplicadas: a reconfiguração do âmbito moral*. Porto Alegre: Edipucrs. 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado das Ações*. T. I, 2ª ed. São Paulo: RT, 1972.
- PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1996.
- PUIG BRUTAU, José. La Doctrina de los Actos Proprios. In: *Estudios de Derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1951.
- RAATZ, Igor. Processo, igualdade e colaboração. In: *Revista de Processo*. Ano 36, nº 192, fev./2011.
- RIBEIRO, Darci G. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Darci G. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 2004.
- RIBEIRO, Darci G. O Sobreprincípio da Boa-Fé Processual como decorrência do Comportamento da Parte em Juízo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 71-87, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 21 mar 2017.
- RIBEIRO, Darci G. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ROCHA, Antônio Manuel; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*, 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 2011.
- ROYO ARPÓN, José M. *Palabras con poder*. Barcelona: Marcial Pons, 1997.
- SANTOS, Moacyr A. *Primeira Linhas de Direito Processual Civil*. 1º v., São Paulo: Saraiva, 1990.

- SANTOS, Paulo Junior Trindade. *Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.
- SATTA, Salvatore. *Soliloqui e Colloqui di un Giurista*. Nuoro: Ilisso, 2004.
- SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEA, 1954.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- SOTELO, José Calvo. *La Doctrina del Abuso de Derecho como limitación del Derecho Subjetivo*. Madri: Librería General de Victoriano Suárez, 1917.
- STEFAN LEIBLE, *Proceso Civil Alemán*. Trad. Rodolfo E. Witthaus. Colombia. Biblioteca Jurídica Díké e Konrad Adenauer Stiftung, 1999.
- STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. nº 2.02.5. São Paulo: RT, 2002.
- STÜRMER, Rolf. Reformas Recentes e Perspectivas de Desenvolvimento do Processo Civil Alemão. In: *Seminário Internacional Brasil – Alemanha*. Pontes de Miranda. Coord. e Trad. por Márcio Flávio Mafra Leal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2010.
- TESHEINER, José M.R. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 1.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffré, 1974.

- VON THUR, A. *Tratado de las Obligaciones*. Vol. I. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1934.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da Sentença*. São Paulo: RT, 1987.
- WYNESS MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945.

**SOBRE O CONCEITO DE MINORIAS: UMA ANÁLISE
SOBRE RACIONALIDADE MODERNA, DIREITOS
HUMANOS E NÃO-DISCRIMINAÇÃO**

Fernanda Frizzo Bragato*

Introdução

Este artigo pretende investigar os fundamentos teóricos do conceito de minoria, assim entendido como grupos culturais não-dominantes, bem como compreender em que medida a visibilidade destes grupos ressignificou a ideia contemporânea de direitos humanos. Como tal, considera-se um conceito definido não por critérios quantitativos, mas qualitativos relacionados à ideia de poder. Sob essa perspectiva, o artigo estrutura-se em duas partes.

Na primeira parte, trata de analisar as razões que explicam o surgimento das minorias, focando nos processos de formação dos padrões culturalmente dominantes durante a modernidade ocidental, especialmente por meio da ideia de racionalidade. O objetivo é estabelecer relações entre as atuais condições de vulnerabilidade dos grupos minoritários – caracterizadas pela debilidade de poder – e a existência de um padrão de superioridade cultural consolidado historicamente e no qual estes grupos não se encaixam.

Na segunda parte, verifica-se em que medida os direitos humanos diferem dos clássicos direitos naturais do homem, ao incorporar, desde o segundo pós-guerra, um compromisso com o princípio da não-

* Pesquisadora Produtividade em Pesquisa CNPq. Graduada em Direito – UFRGS; Mestrado e Doutorado em Direito – UNISINOS (com período Sanduíche no Birkbeck College da Universidade de Londres); Pós-doutorado no Birkbeck College da Universidade de Londres. Professora de Direitos Humanos na Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS.

discriminação. Com isso, objetiva-se demonstrar que este compromisso resulta, de um lado, do reconhecimento da natureza e das reivindicações dos grupos minoritários e, de outro, da necessidade de proteção da diversidade cultural, o que afasta esses direitos dos ideais unitários da modernidade. A ligação entre direitos humanos e pessoas e grupos vulneráveis é percebida tanto no plano jurídico, quanto no plano político. No plano jurídico, é notória a proliferação da legislação internacional voltada para a proteção daqueles cuja condição os torna especialmente mais vulneráveis à violação de bens básicos para uma vida digna. Já no plano político, isso se observa na adoção cada vez maior do discurso dos direitos humanos por grupos minoritários étnicos, nacionais, raciais, povos indígenas ou manifestantes políticos que se opõem às formas hegemônicas de poder.

Implicações do padrão de racionalidade moderna para o conceito de minoria

A afirmação abstrata da dignidade da natureza humana jamais constituiu garantia de direitos, pois o seu reconhecimento dependia (e ainda depende) da configuração de certos traços culturais que acabam por classificar os seres humanos entre si e, desta forma, empoderá-los ou vulnerabilizá-los e discriminá-los. A escravidão africana moderna é um exemplo eloquente, ainda que não seja o único. Neste caso, a cor da pele e a etnia foram fatores suficientes para permitir que indivíduos humanos, provenientes da África, fossem, durante séculos, desterrados, transferidos para um outro continente e usados como trabalhadores escravos. O holocausto constitui outro conhecido exemplo, assim como o genocídio dos povos indígenas das Américas durante o processo colonizatório. Indivíduos humanos que, por fazerem parte de determinada etnia, religião ou por terem determinada cor de pele converteram-se em alvos fáceis de violação.

Uma das razões que podem explicar este fato é a profunda ressignificação moderna da noção de racionalidade.

Os processos de transformação social, política, religiosa, econômica e cultural que marcaram o início da modernidade europeia provocaram a transição para um novo modo de vida, determinado pela figura de um

novo homem empoderado e independente da vontade divina. Jones (1980, p. 114) observa que, em 1692, ano da morte de Galileu, o mundo ocidental já não era aquele conhecido por Tomás de Aquino. A figura do Estado-nacional territorializado e o modelo econômico capitalista já haviam emergido, da mesma forma que a colonização da América andava a passos largos e a velha concepção de um cristianismo unificado já havia ruído. Como resultado do esvaimento da velha estrutura e do senso de pertencer a uma nova era, o homem se torna individualista e confiante na sua capacidade de se autorrealizar. Obviamente, portanto, o sistema metafísico medieval já não mais satisfaz o homem, muito embora o pensamento filosófico tenha respondido a este novo estado das coisas após a criação do novo método científico por pensadores tais como Bacon, Copérnico e Galileu. De todo modo, a nova ciência dos primórdios da modernidade agiu como um estímulo à filosofia em razão de seu novo ideal de conhecimento que propiciou uma nova concepção de realidade ou uma nova metafísica.

A novidade da ciência revelou que a realidade física consiste de matéria em movimento. Matéria foi o nome dado para aquilo que os físicos podem medir, porque tem extensão, ou seja, ocupa espaço e se move de uma parte do espaço para outra. Os físicos medem suas dimensões, seu peso, sua velocidade e os resultados dessas medições demonstram que seu comportamento conforma-se a simples leis matemáticas (JONES, 1980, p. 115).

O nascimento da razão moderna será, portanto, a consequência das radicais transformações do mundo ocidental e de suas novas concepções metafísicas. As rupturas dos primórdios da modernidade são sentidas primeiramente no pensamento de Thomas Hobbes e René Descartes, colocando-se em xeque o paradigma epistemológico sustentado pelos antigos e medievais. Ambos lançam as bases sobre as quais se edificará todo o projeto moderno, fulcrado na supremacia do racionalismo e do cientificismo. É comum em ambos os autores a presença de uma forte crítica e um desejo de rompimento com o tipo de conhecimento produzido até então. Descartes, todavia, lançou os alicerces para a construção do paradigma cientificista na filosofia, relacionado estreitamente com a premissa da autonomia do sujeito como ser pensante explicitada no *cogito ergo sum*.

Partindo do pressuposto de que o homem pode (e deve) de tudo duvidar, exceto do fato de sua existência, na medida em que pensa (“penso, logo existo”), Descartes cria a figura do *res cogitans*. Algo capaz de pensar também é capaz de duvidar, pois entende, concebe, afirma, nega, recusa, deseja e também sente e imagina. O pensar é usado, por Descartes, num sentido amplo, envolvendo emoções, volição, dor, prazer, imagens mentais etc. Nesse contexto, o traço característico do ato de pensar – que determina no homem a única certeza indubitável – é a consciência. O homem, por essência, é um ser consciente (KENNY, 1998, p. 192-194).

Sendo o homem um ser essencialmente pensante e opondo-se ao que julgava ser as fragilidades do conhecimento científico até então construído, Descartes lançou-se no projeto de provar a possibilidade de um conhecimento indubitável, ou seja, baseado em ideias claras e evidentes (PIMENTA, 2006). Descartes representa a encarnação do novo espírito moderno, segundo qual o homem deveria livrar-se das antigas práticas de conhecimento, para adotar, em seu lugar, o método matemático, já consagrado nas teorias de Copérnico e Galileu. Como forma de encontrar as bases seguras para a autocondução do homem na busca do conhecimento, Descartes desenvolveu o método matemático de raciocínio como a base de uma nova física (ROSEN, 1989, p. 22).

Com o estabelecimento de métodos para a obtenção de um conhecimento seguro e verdadeiro e com o reconhecimento dos poderes da razão humana, o cartesiano rompe com a tradição e reduz todas as formas de conhecimento a apenas uma: a ciência. Sua contribuição para a definitiva virada antropocêntrica na modernidade ocidental foi, assim, fundamental, pois o Eu, ou a consciência, passou a determinar as formas de relação com o mundo. O projeto moderno pode ser visto como uma nova ênfase sobre o homem como agente, concentrando no “eu” um sentido muito diferente do concebido pelo estoicismo e cristianismo (ROSEN, 1989, p. 24).

O tipo de ciência consolidada na modernidade, a partir do pensamento cartesiano representa, por um lado, a manifestação da nova ideia de razão e, por outro, o abandono da compreensão grega de natureza (*physis*), como princípio de movimento e transformação intrínseco aos seres individuais. Como observa Vernant a razão grega

(...) não é a razão experimental da ciência moderna, orientada pela exploração do meio físico e cujos métodos, instrumentos intelectuais e quadros mentais foram elaborados no curso dos últimos séculos, no esforço de conhecer e dominar a natureza. Quando Aristóteles define o homem como “animal político”, sublinha o que separa a razão grega da de hoje. Se o *homo sapiens* é, aos seus olhos, um *homo politicus*, é que a própria razão, em sua essência é política”. E, acrescenta: “a razão grega é a que de maneira positiva, refletida, metódica, permite agir sobre os homens, não transformar a natureza. Dentro de seus limites como em suas inovações, é filha da cidade. (VERNANT, 2003, p.141)

O modelo mecanicista da ciência moderna foi consolidado pela razão estruturalmente operacional e axiologicamente neutra. Este modelo, baseado na relação técnica ou experimental do fazer dos seres humanos com o mundo, transformou-o em um evento fenomenológico à disposição da atividade conceitual e legisladora da razão e da atividade transformadora e manipuladora da técnica humana. Determinou, assim, a formação de valores voltados para a satisfação de necessidades exclusivamente humanas (AQUINO, 2004, p.304-307).

Richard Rorty analisa o modelo de ciência consolidado no Ocidente como aquele que pressupõe conhecer para dominar. Para ele, em nossa sociedade as “as noções de ‘ciência’, ‘racionalidade’, ‘objetividade’ e ‘verdade’ estão em ligação estreita umas com as outras”. Nesse quadro, pensa-se ciência como a forma de saber capaz de fornecer uma verdade sólida e objetiva, enquanto correspondente à realidade. Por isso, todos os que pretendem enunciar algum tipo de verdade preocupam-se em ser científicos, por meio do uso da razão, pois pressupõem as ciências naturais como paradigmas de racionalidade. Assim, a racionalidade é pensada como meio, como o agir de acordo com procedimentos pré-estipulados, ou seja, segundo métodos. O cientista, por sua vez, constitui-se no produto de uma visão secularizada promovida pela razão moderna, com o fito de manter a humanidade em contato com algo que a transcende (RORTY, 2002, p. 55).

O sujeito racional moderno, portanto, caracteriza-se pelo pensar e pelo raciocinar livre das emoções e orientado ao domínio e à instrumentalização do mundo, o que gerou uma nova e dominante perspectiva cul-

tural encarnada pelas sociedades industriais. O seu oposto, ou seja, formas de vida não caracterizadas pelo individualismo e pela supremacia da ciência foram rotuladas como irracionais, primitivas, selvagens ou inferiores. A racionalidade – na medida em que foi considerada o traço distintivo da natureza humana – funcionou como um critério de diferenciação e de exclusão entre os membros da espécie humana. Provas disso são as noções do bárbaro e do selvagem. Dizer que o que caracteriza o homem é a sua racionalidade não significou justificar um mesmo valor (ou dignidade) entre todos, mas diferenciá-los e hierarquizá-los entre si, gerando os atuais processos de vulnerabilização. Por vulnerabilização, entendo a condição de alta suscetibilidade à violação de direitos resultante da posição cultural não-dominante (ou minoritária) que certos indivíduos ou grupos ocupam na sociedade.

Subjaz, fundamentalmente, a esse processo de vulnerabilização um discurso de desumanização ou de relativização da humanidade de certos grupos humanos ao mesmo tempo em que outros passaram a ocupar uma posição dominante. Por isso, por mais que hoje não se tenham dúvidas sobre a humanidade dos negros, dos índios, das mulheres, dos homossexuais, dos não-cristãos e outros, o que determinou a sua inferioridade foi um discurso de gradação e hierarquização da humanidade, baseado na ausência de traços de racionalidade. Ou seja, para justificar que alguns não tinham direitos, antes foi necessário afirmar que eles não eram seres humanos integrais, o que foi possível com a constatação empírica da ausência de padrões de comportamento racionais: crença no mito, organização econômica comunitária, costumes incomuns para os padrões europeus, etc.

Aníbal Quijano observa que as origens destes pré-juízos remontam aos primórdios da constituição do poder global que a Europa ocidental passaria a exercer sobre o mundo. Isso porque um dos eixos fundamentais deste modelo de poder foi a classificação das populações ao redor do mundo em torno da ideia de raça. Embora o eixo racial tenha origens e características coloniais, seus efeitos são sentidos ainda hoje, sobrevivendo ao colonialismo. A codificação das diferenças na ideia de raça significa que a estrutura biológica de alguém o coloca em situação de inferioridade ou de superioridade. No contexto latino-americano, as relações sociais fundadas

na categoria racial produziram novas identidades: índios, negros, mestiços. Termos como espanhóis, portugueses e, muito mais tarde, europeus, que até então indicavam apenas origem geográfica, adquiriram uma conotação racial em referência àquelas novas identidades. Na medida em que as relações sociais se tornaram relações de dominação, tais identidades foram consideradas constitutivas das hierarquias e dos correspondentes papéis sociais da dominação colonial (QUIJANO, 2008, p. 181-2). Raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos básicos de classificação social, de modo que:

Desde a perspectiva eurocêntrica, certas raças são condenadas como inferiores por não serem compostas de sujeitos racionais. Sendo objetos de estudo, eles são, conseqüentemente, corpos mais próximos da natureza. Nesse sentido, eles tornaram-se domináveis e exploráveis. De acordo com o mito do estado de natureza e do processo evolutivo civilizacional que culminou na civilização europeia, algumas raças – negros, índios americanos ou amarelos – estão mais próximos da natureza que os brancos. Foi apenas dentro desta perspectiva peculiar que os povos não-europeus foram considerados objetos de conhecimento e de dominação/exploração pelos europeus virtualmente até o final da Segunda Guerra Mundial. (QUIJANO, 2008, p. 203)

Raça e racionalidade entrelaçam-se para reforçar a formação de um padrão dominante que poderá ser traduzido na figura do indivíduo humano, masculino, branco, adulto, heterossexual, proprietário e orientado basicamente segundo a racionalidade tecnocientífica. Daí Mignolo (2007, p. 167-180) observar “a presença subjacente de oposições hierárquicas, como moderno/colonial, ocidente/oriente, barbárie/civilização, natureza/cultura nos discursos eurocêntricos, que se constituíram baseados na ideia de que existem espaços, povos e tempos periféricos e, ao mesmo tempo, de que existe um *locus* de enunciação legítimo e central”.

Isso acabou gerando um modelo unitário e homogêneo de cultura, que resultou na negação de valor a tudo aquilo que não se encaixasse no padrão ocidental de vida. Este lugar foi simbolizado pelo universo colonial moderno, o que Mignolo denomina de diferença colonial:

A diferença colonial (imaginada no pagão, no bárbaro, no subdesenvolvido) é um lugar passivo nos discursos pós-modernos. O que não significa que seja um lugar passivo na modernidade e no capitalismo. A visibilidade da diferença colonial, no mundo moderno, começou a ser percebida com os movimentos de descolonização (ou independência) desde fins do século XVIII até a segunda metade do século XX. A emergência da ideia de “hemisfério ocidental” foi um desses momentos. (MIGNOLO, 2005)

A partir do mito da evolução, criou-se a necessidade de assimilação destes padrões como forma de superação do primitivismo a que outras culturas estão ou estavam amarradas de modo a se tornarem “modernas”. Um claro exemplo são os povos indígenas brasileiros que, até 1988, foram alvo de políticas públicas assimilacionistas. Assim refere Lander:

Da constituição histórica das disciplinas científicas que se produz na academia ocidental interessa destacar dois assuntos fundacionais e essenciais. Em primeiro lugar está a suposição da existência de um metarrelato universal que leva a todas as culturas e a todos os povos do primitivo e tradicional até o moderno. A sociedade industrial liberal é a expressão mais avançada desse processo histórico, e por essa razão define o modelo que define a sociedade moderna. A sociedade liberal, como norma universal, assinala o único futuro possível de todas as outras culturas e povos. Aqueles que não conseguirem incorporar-se a esta marcha inexorável da história estão destinados a desaparecer. Em segundo lugar, e precisamente pelo caráter universal da experiência histórica europeia, as formas do conhecimento desenvolvidas para a compreensão dessa sociedade se converteram nas únicas formas válidas, objetivas e universais de conhecimento. (LANDER, 2005)

Com isso, a diversidade cultural tornou-se um desafio a ser superado pelas visões homogeneizantes da modernidade, eis que associada à existência de modos de vida culturalmente inferiores. Todavia, os grupos humanos continuaram sua trajetória histórica à margem desse ideal unitário e o que se tem hoje são sociedades, ainda que convivendo com a opressão, cada vez mais plurais e culturalmente diversificadas. Nesse sentido, vale destacar a observação de Castro-Gomez, segundo a qual

A modernidade é uma máquina geradora de alteridades que, em nome da razão e do humanismo, exclui de seu imaginário a hibridiz, a multiplicidade, a ambiguidade e a contingência das formas de vida concretas. A crise atual da modernidade é vista pela filosofia pós-moderna e os estudos culturais como a grande oportunidade histórica para a emergência dessas diferenças largamente reprimidas. (CASTRO-GÓMEZ, 2005)

Este cenário explica como foi possível o surgimento das chamadas minorias. Minorias, no sentido em que é empregado neste artigo, é um conceito mais amplo que aquele adotado pela doutrina da ONU que, de acordo com a Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e lingüísticas de 1992, são caracterizadas como grupos numericamente inferiores ao resto da população de um Estado, em uma posição não-dominante, cujos membros possuem características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes das do resto da população e mostram, ainda que implicitamente, um sentimento de solidariedade, dirigida no sentido de preservar a sua cultura, tradições, religião ou linguagem (UNITED NATIONS, 2010). É possível, por outro lado, conceber o conceito de minorias em um sentido mais amplo não levando em conta necessariamente o critério numérico. Nesse sentido, podem ser assim considerados os grupos de cultura não-dominante dentro da sociedade em que estão inseridos e que, por isso, são suscetíveis de maior violação de seus direitos. O fato de serem grupos culturalmente não dominantes significa ausência de poder em suas diversas dimensões – econômico, cultural ou político – e não necessariamente inferioridade numérica. Ao se considerar a questão do poder como central para a definição das minorias, o aspecto cultural é o mais decisivo, pois define as posições dentro da sociedade e refletirá diretamente no poder político, que se caracteriza pela possibilidade de tomada de decisões, de deliberação e de ter visibilidade em assuntos públicos, e no poder econômico que determina o acesso aos bens.

Minoria, neste sentido, não significa grupos numericamente inferiores dentro da sociedade, mas grupos com debilidade de poder. Por isso, não é o critério quantitativo que as define e sim critérios qualitativos. É por esta razão que as mulheres podem, neste conceito alargado, ser consideradas minorias, da mesma forma que negros e pardos dentro da soci-

idade brasileira¹. O que importa é o fato de serem grupos culturalmente não-dominantes e, portanto, vulneráveis, que resulta no fenômeno da discriminação, como atitude intolerante diante das diferenças em relação aos padrões dominantes.

Relação entre direitos humanos contemporâneos e o princípio da não-discriminação

Embora se costume traçar uma trajetória linear que liga os direitos humanos àqueles direitos consolidados no fim do século XVIII, especialmente na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, o fato de terem assumido o forte compromisso com a não-discriminação e valorização de variadas formas de vida aponta profundas discontinuidades com esta tradição. O objetivo dos modernos direitos do homem – tais como proclamados nas célebres declarações – não era exatamente a extensão de condições de vida digna a todos os seres humanos, mas garantias de exercício da liberdade a quem, pelas próprias forças, fosse capaz de exercê-la. Os direitos nasceram como poderes do indivíduo que se sobrepõem à própria sociedade. Justamente por isso, Marx (1970, p. 41-46) sinalizaria para o caráter eminentemente burguês destes direitos e sua preocupação última com a proteção da propriedade. Como aponta Waters (1996, p. 596) “quando os direitos dos cidadãos foram pela primeira vez reconhecidos contra as monarquias absolutistas no século XVIII, eles foram expressos na linguagem dos direitos humanos. No mínimo, eles foram expressos em termos de direitos da metade da humanidade, como direitos do homem”. Porém, observa o autor que eles nunca pretenderam abranger os direitos daqueles que não eram cidadãos e, portanto, não a-

¹ Em comparação com o Censo realizado em 2000, o percentual de pardos cresceu de 38,5% para 43,1% (82 milhões de pessoas) em 2010. A proporção de negros também subiu de 6,2% para 7,6% (15 milhões) no mesmo período. Esse resultado também aponta que a população que se autodeclara branca caiu de 53,7% para 47,7% (91 milhões de brasileiros). Além disso, os resultados mostraram que existem 95,9 homens para cada 100 mulheres, ou seja existem mais 3,9 milhões de mulheres a mais que homens no Brasil. A população brasileira é composta por 97.342.162 mulheres e 93.390.532 homens. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/archives/21203>>. Acesso em 10 jun 2018.

penas as mulheres foram excluídas, mas também os indígenas, escravos, criminosos, doentes mentais.

A retórica das declarações modernas, no sentido de que todos nascem livres e iguais, não resultou na garantia a todos os seres humanos de uma vida vivida em condições de igualdade, pois foi o poder (cultural, social, econômico ou político) de determinados grupos o que, em última análise, determinou (e continua determinando) quem pode e quem não pode gozar certos direitos. De modo que as primeiras declarações modernas, embora empregassem uma retórica universalista, constituíram-se, inicialmente, em um repositório de direitos dos grupos culturalmente dominantes, os chamados “direitos do homem”.

No entanto, a noção contemporânea de direitos humanos, que se consolidou no segundo pós-guerra, construiu-se muito além dos propósitos liberais dos cidadãos das recém formadas sociedades industriais, voltados para a garantia de direitos de liberdade e propriedade de grupos que já eram culturalmente dominantes, no sentido de corresponderem ao modelo de racionalidade então construído. Os direitos humanos contemporâneos, pelo contrário, objetivam formar um conjunto de garantias para todos os seres humanos e, por isso, alargaram a sua concepção de humanidade e de dignidade humana para além do modelo padrão de sujeito racional moderno. É isso que se pode entender quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, inova – pois isso não aparecia nas declarações de direitos modernas – e preceitua que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, *sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição*”. Daí seu objetivo ser a reversão dos processos de vulnerabilização dos seres humanos de modo a construir estratégias que permitam a todos o acesso a bens essenciais para a vida humana. E para isso o reconhecimento da necessidade de se proteger a diversidade de formas de vida permeia todo o arcabouço legal dos direitos humanos no segundo pós-guerra, fortemente marcado pelo princípio da dignidade humana e da não-discriminação.

Nas últimas décadas, a discussão acerca da dimensão dos direitos humanos tem se alterado profundamente. Um dos aspectos mais marcan-

tes é o progressivo reconhecimento de direitos coletivos que visa, em última análise, promover formas especiais de proteção aos seres humanos em condições de acentuada vulnerabilidade. Existe, ainda hoje, uma forte tendência de se considerar os direitos individuais de liberdade (aqueles que são chamados na questionável teoria das gerações, como direitos de primeira geração) como direitos humanos incontestáveis ou tradicionais, enquanto que para o restante dos direitos humanos (sociais, econômicos, culturais e coletivos) ainda se discute a sua condição como tais. A esse respeito, Maurice Cranston (1973, p. 164) advoga a tese de que incluir direitos sociais e econômicos na categoria de direitos humanos é, filosoficamente, sem sentido e, politicamente, implica obstruir a efetiva proteção daqueles direitos (civis e políticos) que são “corretamente” percebidos como direitos humanos (ou direitos naturais ou direitos do homem, expressões que Cranston emprega com o mesmo sentido). Todavia, como se referiu acima, opiniões como esta resultam da incapacidade de perceber o processo de expansão e transformação pelo qual passaram os direitos humanos e que tem a ver fundamentalmente com uma releitura do projeto moderno de cultura e de ser humano.

Por isso que, atualmente, os direitos humanos são direitos que podem ser exercidos não apenas por seres humanos individualmente considerados, embora esta possibilidade exista, seja a mais conhecida e mais facilmente explicável. Como seu objetivo é a proteção da vida humana, em todas as suas formas e em condições de dignidade, direitos humanos também cabem a um coletivo indistinto de seres humanos ou a grupos humanos, em que é impossível que um indivíduo o exerça isoladamente. O reconhecimento dos direitos coletivos ou dos grupos tem, portanto, relação direta com a proteção da vida humana em suas mais diversificadas formas de manifestação. A diferença em relação aos direitos individuais civis e políticos e, até mesmo, aos direitos sociais e econômicos, está em que os direitos coletivos – meio ambiente, paz, desenvolvimento, diversos direitos indígenas – não são aqueles que cabem isoladamente a cada indivíduo que compõe o grupo, mas a todos conjuntamente enquanto membros deste grupo (JONES, 2009). Os direitos que os indivíduos detêm conjuntamente com outros são direitos que eles não possuem como indivíduos isolados, mas a sua garantia está diretamente ligada a condições de vida humana digna. Já os direitos dos povos, grupos ou minorias

étnicas – autodeterminação, soberania sobre os próprios recursos, direito à própria existência (CRAWFORD, 1988, p. 56) –, embora também possam ser considerados direitos coletivos, significam a necessidade de proteção das condições culturais não-dominantes em que se encontram certos seres humanos, como condição imprescindível para sua existência enquanto tal.

O Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU dedicou seu Relatório sobre a Situação Social Mundial em 2003, para o tema da vulnerabilidade, definida como “um estado de alta exposição a certos riscos e incertezas, em combinação com uma reduzida capacidade de proteger ou defender-se contra esses riscos e incertezas e lidar com as suas consequências negativas”. Segundo o relatório, enquanto a vulnerabilidade, a incerteza e a insegurança na vida das pessoas não são fatos novos, o que é novo é que as suas causas e manifestações se multiplicaram e mudaram profundamente na última década. Exemplos incluem guerra civil e a proliferação de conflitos, as crescentes desigualdades dentro e entre os países ainda mais acentuada pela globalização, resultados mistos de esforços de redução da pobreza, o aumento da mobilidade das populações e as mudanças nas estruturas familiares (UNITED NATIONS, 2003).

Conforme observa Kirby (2006, p. 632-655), vulnerabilidade é inerentemente um conceito relacional. Ao contrário de segurança, o conceito de vulnerabilidade não expressa um estado a ser alcançado (o estado de estar seguro), mas exprime a condição humana comum de ser ferido, que é o seu significado da raiz. Por isso, aponta, não para a tentativa de nos fazer invulneráveis, o que é inatingível, mas para a necessidade de reforçar os meios pelos quais podemos lidar com as ameaças que nos tornam vulneráveis. Embora o supracitado documento da ONU compartilhe a noção de que a vulnerabilidade constitui uma parte essencial da condição humana, o fato é que historicamente ela tem se manifestado de forma distinta entre os seres humanos.

Traços sociais, culturais, étnicos, sexuais, políticos e outros diferenciam os seres humanos entre si. As combinações entre estes traços formam identidades que, historicamente, têm determinado a possibilidade do gozo ou a exclusão do gozo de direitos. A exclusão do gozo de direi-

tos está relacionada à submissão de certos grupos de pessoas ou mesmo povos inteiros a variadas formas de abuso de poder, cuja condição de vulnerabilidade resulta, em última análise, da configuração das suas identidades. Como observa Morawa (2003, p. 139), no contexto dos direitos humanos e, em particular, do direito ao desenvolvimento, os termos “vulneráveis” ou “vulnerabilidade” são frequentemente usados para descrever os segmentos da população que são ou deveriam ser os destinatários de cuidado e atenção. Esse é o caso, por exemplo, nas discussões sobre aqueles que não têm acesso às necessidades básicas de sobrevivência e vivem na pobreza, não raro, chamado de grupos socialmente vulneráveis. Da mesma forma, a discriminação é muitas vezes o motivo da vulnerabilidade provocando uma necessidade de ação afirmativa que visa a à promoção dos direitos.

Embora no segundo pós-guerra tenham-se aprofundado os processos de vulnerabilização, acarretados pelo fenômeno neocolonial da globalização econômica, pelo aumento da devastação ambiental, dos conflitos armados, dos avanços biotecnológicos, do aprofundamento do racismo em sociedades racialmente divididas, cresceram também os movimentos de reação a este fenômeno. Sujeitos historicamente excluídos da fruição de direitos adquiriram visibilidade por meio da política internacional e, em certos casos, interna dos direitos humanos.

O reconhecimento e a extensão de direitos aos seres humanos historicamente vulneráveis – aqui chamados de minorias – marca, portanto, uma reviravolta na trajetória dos direitos humanos e na dinâmica que esses direitos adquiriram nas últimas décadas. Não apenas se tem aceito o fato de que as diferenças não constituem uma razão para hierarquizar, entre si, os seres humanos transformando-os em alvos de abuso de poder, como se têm reconhecido direitos coletivos e difusos, por meio dos quais se busca afirmar justamente a possibilidade de coexistência das diferentes identidades. O reconhecimento jurídico de direitos como ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao genoma humano ou, ainda, a proteção específica às crianças, aos deficientes, aos negros, às mulheres, aos perseguidos políticos e religiosos são o resultado desta transformação, que passa por uma profunda ressignificação do sentido da cultura e do humano.

Considerações finais

A versão contemporânea dos direitos humanos caracteriza-se pelo compromisso com a proteção e a promoção dos direitos das chamadas “minorias”. Este foi o pressuposto a partir do qual este artigo partiu e seu objetivo foi compreender o significado deste fenômeno. Assim, é possível chegar a algumas conclusões que sintetizarei a seguir.

O compromisso com as minorias aponta para o reconhecimento e a valorização da diversidade cultural e do pluralismo. A modernidade ocidental projetou um único modo de vida desejável ou válido, que resultou na intolerância em relação às diferenças e no discurso de assimilação ou integração em direção a um padrão superior de cultura. Isso, de certa forma, refletiu-se nas Declarações de Direitos modernas, que criaram um arcabouço legal voltado à proteção não de todos, mas daqueles que se adequassem a este padrão. Por isso, a escravidão e o colonialismo foram vistos como práticas legítimas pelo espírito filosófico da modernidade, da mesma forma que a continuidade da exclusão das mulheres da vida cidadã. Todavia, o abalo das estruturas modernas durante a Segunda Guerra Mundial – nazismo, holocausto, descolonização, avanço da tecnologia etc – provocou uma ruptura de paradigmas que, embora pouco compreendido, foi incorporado na ideia de direitos humanos. Afirmar a necessidade de não discriminar mulheres, negros, crianças, de garantir a autodeterminação dos povos, de reconhecer direitos coletivos ou de grupos significou romper com o núcleo duro da modernidade traduzido nas ideias de individualismo, progresso (que pressupõe atraso e necessidade de superação), racionalismo e unidade.

Diante disso, este artigo deixa em aberto uma questão que merece ser aprofundada. Existe um discurso dominante e amplamente aceito, segundo o qual a gênese e o desenvolvimento dos direitos humanos resulta dos movimentos políticos e filosóficos produzidos no contexto europeu moderno. Refiro-me não somente às lutas políticas inglesas, francesas e norte-americanas dos séculos XVII e XVIII, mas à tradição teórica racionalista da modernidade. Como consequência, os valores e as práticas de outras culturas não tiveram, e continuam não tendo, qualquer relevância para a construção desta ideia, enquanto o Ocidente ostenta a condição de guardião dos direitos humanos e o resto do mundo continua a violá-los e

a ignorá-los. A pergunta é: em que medida este discurso responde verdadeiramente à questão das origens e da legitimidade dos direitos humanos na contemporaneidade?

Referências

- AQUINO, Marcelo Fernandes de. Sistema e Liberdade. A fundamentação metafísica da ética em Hegel (I). *Síntese – Revista de Filosofia*. V. 31, n. 101, 2004.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2005. p. 169-186.
- CRANSTON, Maurice. *What are human rights?* London: Bodley Head, 1973.
- CRAWFORD, James. *The rights of peoples*. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- JONES, Peter. *Group Rights*. Farnham: Ashgate, 2009.
- JONES, W. T. Hobbes to Hume. *A History of Western Philosophy*. 2ª ed. USA: Harcourt Brace Jovanovich College Publishers, 1980.
- KENNY, Anthony. *A Brief History of Western Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishing, 1998.
- KIRBY, Peadar. Theorising Globalisation's Social Impact: Proposing the Concept of Vulnerability. *Review of International Political Economy*, Vol. 13, No. 4 (Oct., 2006), pp. 632-655. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em 03/04/2012.
- LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2005. p. 21-53.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Editora Moraes, 1970.
- MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências*

- sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2005. p. 71-103.
- MIGNOLO, Walter. Local histories, global designs. In: CHING, Erik Kristofer; BUCKLEY, Christina; LOZANO-ALONSO, Angélica (Org.). *Reframing Latin America: a cultural theory reading of the nineteenth and twentieth centuries*. Texas: University of Texas Press, 2007. p. 167-180.
- MORAWA, Alexander H. E. Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law. *Journal of International Relations and Development* (2003) 6(2), 139-155.
- QUIJANO, Aníbal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. *Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate*. Durham, USA: Duke University Press, 2008.
- RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- ROSEN, Stanley. *The Ancients and the Moderns*. Rethinking Modernity. New Haven/London: Yale University Press, 1989.
- UNITED NATIONS. *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*. New York and Geneva, 2010.
- UNITED NATIONS. *Report on the World Social Situation: Social Vulnerability: Sources and Challenges*. New York: United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2003.
- VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Trad. Isis Borges B. da Fonseca. 13ª ed. Rio de Janeiro, 2003.
- WATERS, Malcolm. Human Rights and the Universalisation of Interests: Towards a Social Constructionist Approach. *Sociology*, 1996, 30: 593-600. Disponível em <<http://soc.sagepub.com>>. Acesso em 03/04/2012.

ESTADO, TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Gabriel Wedy*

Introdução

Uma questão muitas vezes negligenciada, quando se aborda o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, é justamente o seu financiamento. A concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável possui elevado custo e não pode prescindir da análise do orçamento que, em última instância, é o instrumento jurídico previsto pelo direito constitucional para o financiamento do Estado e de suas políticas públicas.

A tributação é um mecanismo para a promoção do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável nas suas dimensões econômica, ambiental e humana (promoção da inclusão social) e no aspecto da governança¹. Faz-se imperiosa, portanto, a análise do Estado Fiscal e da sua evolução histórica, sem negligenciar a sua função arrecadatória de recursos.

A arrecadação tributária é relevante para a promoção de direitos fundamentais individuais, sociais e fraternais. Entretanto, a tributação com objetivo extrafiscal precisa ser analisada, sob uma perspectiva crítica, como instrumento de promoção do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Mister é avaliar a tributação e a sua relação com a di-

* O autor é Juiz Federal. Doutor e Mestre com estágio doutoral na Columbia Law School. Visiting Scholar pela Columbia Law School (Sabin Center for Climate Change Law). Professor no PPGDireito da Unisinos. Coordenador da Disciplina de Direito Ambiental da Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe). Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) e da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul (Ajufers- Esmafe).

¹ Sobre soluções fiscais tendo como base um plano fiscal para a estabilidade e o crescimento econômico sustentável, ver Peterson Foundation & American (2011).

mensão ambiental do desenvolvimento sustentável. Algumas questões, como a imposição de tributos sobre as emissões de gases de efeito estufa, por exemplo, estão no cerne da promoção do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas e, logicamente, não podem ser ignoradas nessa perspectiva.

Estado Fiscal: orçamento e desenvolvimento sustentável

Para uma boa avaliação do Estado Fiscal, da sua relação direta com o orçamento como instituto jurídico e da conseqüente promoção do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, devem ser mencionadas suas etapas evolutivas. O Estado Fiscal possui, de fato, três fases nitidamente distintas: Estado Fiscal Minimalista, Estado Social Fiscal e Estado Democrático e Social Fiscal (TORRES, 2013, p. 8-10). O Estado Fiscal Minimalista, que vigorou do final do século XVIII até o início do século XX, ficava limitado ao uso do poder de polícia, da prestação jurisdicional e de limitadíssimos e escassos serviços públicos. Remonta à época do Estado Liberal Burguês e à política econômica do *laissez-passer* e do *laissez-faire*. As tutelas da propriedade privada e da liberdade contratual assumiam o protagonismo no arcabouço jurídico. Exigências de tributação eram ínfimas em face da inexpressividade do Estado no atendimento às demandas sociais.

O Estado Social Fiscal, ou do Bem-Estar Social, por sua vez, seguiu as veredas do *keynesianismo*² e pode ser identificado dos anos 1910 até a queda do Muro de Berlim e o concomitante colapso político e econômico da extinta União Soviética, em 1989. O Estado abandonou a sua função de simples garantidor das liberdades individuais e assumiu um compromisso social e redistributivo. A engrenagem estatal passou a exercer, nas economias capitalistas, uma ativa intervenção na ordem econômica e social.

A partir de 1989, ganhou corpo o Estado Democrático e Social Fiscal, inserido em uma sociedade de risco (inclusive ambiental), caracterizado pela diminuição de suas atribuições e com o seu intervencio-

² Apesar de incompreendida pelos liberais, a obra de Keynes não é anticapitalista. Ao contrário, possui a manifesta intenção de salvar o capitalismo de suas próprias imperfeições e crises cíclicas por intermédio da regulação dos mercados e da necessária e pontual intervenção estatal na economia (KEYNES, 1964).

nismo permanecendo focado apenas em setores específicos das áreas econômica e social. Nessa época, ocorreram privatizações e o Estado retirou-se de atividades empresariais, como uma tentativa de aumento da eficiência econômica e da diminuição das crises fiscais e orçamentárias. Tais medidas foram tomadas para a recuperação da capacidade de investimento do Estado, ao menos em teoria, nas áreas sociais e de infraestrutura. A receita passou a ser preponderantemente tributária, e as privatizações e desregulações sociais diminuíram as receitas estatais patrimoniais e parafiscais. A responsabilidade fiscal passou a ser considerada ante o reconhecimento da escassez e da finitude dos recursos – não apenas financeiros, mas também ambientais.

Esse modelo estatal sofreu tremendo abalo com a crise mundial de 2008³, a qual, além de pessoas físicas e jurídicas, quebrou nações⁴, em face da ausência de regulamentação dos mercados e de transparência⁵ nos atos de governança.

Orçamento e Custo do Direito Fundamental ao Desenvolvimento Sustentável

A elaboração e a aprovação do orçamento no Congresso Nacional são os primeiros passos para a promoção do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável nas suas dimensões humana, econômica, ambiental e de boa governança. É importante, contudo, avançar em sede doutrinária e jurisprudencial no sentido de se levar a sério o fato de que o

³ No tocante à crise de 2008, Krugman (2008) refere: “I believe not only that we’re living in a new era of depression economics, but also that John Maynard Keynes – the economist who made sense of the Great Depression – is now more relevant than ever”. Sobre a crise da democracia capitalista e as falhas de regulação do mercado como causas da crise de 2008, ver, respectivamente: Richard Posner (2009 e 2010).

⁴ Segundo Taryn Parry (2007), a causa da crise financeira global do final dos anos 1990 foi a falta de transparência sobre as políticas governamentais, detectadas principalmente nos países da América Latina.

⁵ Como afirmado por Siqueira (2011): “A transparência fiscal representa uma das medidas mais convenientes à política de globalização, pois sua implementação proporciona um sistema jurídico cujas regras são claras e previsíveis, reduzindo, assim, os riscos das perdas financeiras dos investidores. Esperamos que os efeitos das práticas de transparência possam beneficiar não só os mercados, mas também o restante da sociedade, ainda que de forma indireta”.

direito ao desenvolvimento sustentável, analisado de modo multidimensional, possui um imenso custo a ser coberto por recursos pecuniários limitados. Relevante afastar o argumento de que apenas os direitos sociais possuem custos, e não os direitos fundamentais de primeira dimensão. Não se pode aceitar a assertiva de que direitos fundamentais, como a propriedade privada, a liberdade de imprensa, a liberdade de discurso, o direito de contratar, o direito à incolumidade física, à vida, enfim, direitos fundamentais individuais e liberdades civis, não possuem qualquer ônus pecuniário para o Estado.

Para garantir a proteção aos direitos fundamentais de primeira dimensão, o Estado precisa contar com recursos suficientes para sustentar a polícia, o exército, os três Poderes e toda a estrutura republicana. Ainda que de monetarização mais difícil, para fins de demonstração, tais direitos fundamentais possuem custos que podem ser identificados tais quais os direitos fundamentais sociais ou prestacionais. A dicotomia entre direitos sociais e individuais do cidadão em face do Estado não existe em relação aos seus custos, uma vez que ambas as categorias de direitos fundamentais possuem valor pecuniário a ser financiado com o orçamento público a ser administrado por atos necessariamente transparentes e democráticos de governança.

A respeito do tema, é clássica a obra de Sunstein e Holmes, intitulada *O custo dos direitos*. O argumento de que os direitos, inclusive os de liberdade, possuem custos, os quais são cobertos pelos impostos, é irrefutável. Deve existir uma aplicação racional e justa desses recursos orçamentários arrecadados com a tributação. Afirmam, acertadamente, os autores, sem tergiversar, que mesmo “as liberdades privadas têm custos públicos”. Citam que essa verdade não é apenas para os direitos de seguridade social, os planos de saúde, os selos-alimentação (similar ao programa bolsa família brasileiro), mas também para os direitos “à propriedade privada, à liberdade de discurso, à imunidade contra abusos da polícia, à liberdade contratual, ao livre exercício da religião e a todo o conjunto de direitos característicos da sociedade americana” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 221).

Desenvolvimento Sustentável e a Extrafiscalidade

No Direito, são utilizados os termos fiscalidade, extrafiscalidade e parafiscalidade⁶ para a construção do discurso jurídico em matéria tributária no que se refere aos objetivos e às finalidades da tributação. É uma criação doutrinária e jurisprudencial, não havendo menção expressa no direito positivo.

No caso da instituição de um tributo visar, precipuamente, “abastecer de recursos os cofres públicos (ou seja, se a finalidade é arrecadar), ele se identifica como tributo de finalidade arrecadatória”. De outro lado, o tributo é extrafiscal ou regulatório se “com a imposição não se deseja arrecadar, mas desestimular certos comportamentos, por razões econômicas, sociais, de saúde” (AMARO, 1999, p. 29) ou ambientais.

Pode-se considerar extrafiscalidade a utilização do tributo com a finalidade de valorizar situações sociais, políticas, econômicas e ambientais. Essa valorização dá-se com o tratamento menos gravoso ao contribuinte em face de objetivos que vão além dos meramente arrecadatórios, como nos casos do Imposto Territorial Rural (ITR), do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)⁷ e do Imposto de Renda (IR), esse último quando permite o abatimento de verbas de interesse econômico, social e ambiental, como aquelas que incentivam a preservação do meio ambiente e a formação de reservas florestais no país. O caso do Imposto Territorial Rural é um clássico exemplo em que o tributo incide de modo mais oneroso sobre os imóveis que não cumprem adequadamente com a sua função social, notadamente no aspecto ligado à produtividade e à preservação ambiental.

⁶ Em conformidade com Machado (2001, p. 23), “o tributo é parafiscal quando o seu objetivo principal é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas”.

⁷ O STF reiteradamente tem reconhecido a constitucionalidade e o caráter extrafiscal de lei que visa isentar o IPI sobre o açúcar de cana: “A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei nº 8.393/91, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, incisos II e III, da Constituição da República. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extrafiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 16 dez. 2005).

No mesmo sentido, as alíquotas progressivas incidentes sobre o Imposto Territorial Urbano é prevista pela Constituição, que visa fazer com que os imóveis urbanos cumpram com a sua função social, como já decidido, inclusive, pelo STF (BRASIL, 22 out. 2013). Importante distinguir, contudo, a progressividade extrafiscal, para o cumprimento da função social da propriedade prevista pelo poder constituinte originário que, nos dias atuais, deve ser procedida nos termos do Estatuto das Cidades⁸. De outro lado, de modo diverso, a progressividade fiscal, arrecadatória, para essa exação, só foi viabilizada, e é admitida, após a Emenda Constitucional 29/2000.

No caso do Imposto sobre Produtos Industrializados, as suas alíquotas serão seletivas, levando em consideração a essencialidade dos produtos (art. 153, § 3º, inc. I, da CF/88). Produtos não essenciais e considerados supérfluos são tributados com uma alíquota mais elevada.

Impostos de importação e exportação, os chamados tributos aduaneiros, são utilizados como mecanismos de política econômica para estimular ou desestimular a atividade industrial nacional, com constitucionalidade já reconhecida pelo STF (BRASIL, 10 set. 2014). Exemplo dessa tributação com finalidade extrafiscal é a exação sobre automóveis importados que, como afirma Carvalho, é desestimulante ao extremo para os importadores e serve “para impulsionar a indústria automobilística nacional” (CARVALHO, 2013. p. 234).

Importante frisar, de outro lado, que não existe tributo que possa ser considerado apenas com função fiscal ou extrafiscal: o que existe é a predominância de uma dessas funções. O legislador infraconstitucional deverá obedecer aos limites constitucionais para criar e alterar alíquotas de tributos com finalidade extrafiscal, tal qual tributos com finalidade notadamente fiscal. Não existe discriminação nesse ponto; as limitações ao poder de tributar devem prevalecer em ambas as situações indistintamente.

Oportuno frisar que não são a destinação dos recursos ou a técnica de sua arrecadação que determinarão a exação como extrafiscal, mas o previsto no próprio texto constitucional. Para se atingir os objetivos e as

⁸ A Lei 10.257/2001 instituiu o Estatuto das Cidades.

finalidades da ordem econômica, social e, por que não dizer, ambiental, o Estado poderá implantar a respectiva extrafiscalidade (art. 170 da CF/88). A extrafiscalidade ambiental será determinada pela exação que adota como objetivo a promoção do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88).

É importante, em que pesem a doutrina e a jurisprudência aparentemente consolidadas, que o Estado brasileiro avance no sentido de aprofundar a função extrafiscal dos tributos para estimular, com uma visão de longo prazo: uma cesta básica com produtos mais baratos, saudáveis e acessíveis; uma saúde verdadeiramente universal (em especial no que tange aos caros medicamentos que poderiam ser abatidos no Imposto de Renda); o aumento das alíquotas de tributação sobre o tabaco, as bebidas alcoólicas e os alimentos com gorduras trans (que causam milhares de mortes todos os anos e imensos prejuízos financeiros ao Estado); uma produtividade ambientalmente responsável, livre de carbono, em tempos de aquecimento global e de saturação de recursos ambientais não renováveis⁹; uma indústria brasileira forte no âmbito interno, geradora de empregos e competitiva no cenário internacional; e, por fim, o estímulo à adesão a planos de previdência confiáveis e sólidos. A tributação com objetivos extrafiscais, inegavelmente, como se nota, possui um papel relevante para a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, mas, lamentavelmente, tem sido pouco ou mal utilizada pelo Estado brasileiro, em especial quanto ao estímulo à produção de energia renovável¹⁰, na elaboração de políticas públicas de longo prazo.

⁹ Sobre incentivos fiscais existentes em programas federais, estaduais e locais nos Estados Unidos para o consumo de energia renovável e para a prática de conservação energética na construção civil, nas residências e na utilização dos veículos, ver Roberta Mann e Margaret Rowe (2011. p. 145-160).

¹⁰ Fundamental observar que o Fundo Monetário Internacional passa por um processo de esverdeamento no seu receituário e aconselha e estimula os países a incrementarem a produção de energia renovável em detrimento da produção da energia oriunda de combustíveis fósseis, o que faz, aliás, em boa hora. Nesse sentido, ver: INTERNATIONAL MONETARY FUND (2016).

Tributação e Desenvolvimento Sustentável na Dimensão Ambiental

Tributos, em especial com finalidade extrafiscal, são importantes instrumentos para promover o desenvolvimento sustentável na sua dimensão ambiental e, em especial, evitar a poluição. Relevante função possuem, em emblemático exemplo, na taxação do carbono para se diminuir a emissão de gases de efeito estufa e o consequente aquecimento global. Na consolidação de políticas públicas sustentáveis, o sistema tributário também deve estar estruturado em pilares de sustentabilidade para a promoção do desenvolvimento¹¹.

Numa economia de mercado, sem intervenção governamental, aqueles que se beneficiam da poluição decidem acerca da sua quantidade e “não têm incentivo para levar em conta os custos de poluição que impõem aos outros, como os que exploram usinas termelétricas” (KRUGMAN; WELLS, 2009, p. 393), por exemplo. Incidem altos custos da poluição sobre as pessoas que não têm influência nos processos decisórios causadores de degradação ambiental¹².

Pode-se incluir a tributação de desestímulo à poluição no leque de tributos *pigouvianos*. Com efeito, Pigou, em seu clássico *A Economia do Bem-Estar*, defende a tributação para a redução de externalidades negativas (PIGOU, 1962). Krugman, por sua vez, entende que existem três maneiras fundamentais de induzir as pessoas que usam recursos comuns a internalizar os custos que impõem aos outros: a) tributar ou então regulamentar o uso do recurso comum; b) criar um sistema de licenças comercializáveis para o direito de usar o recurso comum; c) tornar o recurso comum exclusivo e atribuir direitos de propriedade a alguns indivíduos (KRUGMAN; WELLS, 2009, p. 421).

¹¹ Assevera Silva (2005, p. 770), acerca da importância da tributação ambiental, que “(...) é imprescindível propugnar pela adoção de critérios ambientais na tributação (...) como mecanismo de promoção, de preservação e de conservação do meio ambiente, contribuindo para o desenvolvimento econômico do país e, em particular, para o desenvolvimento e [a] utilização de novas tecnologias, bem como para a criação de novos empregos”.

¹² Exemplo relevante citado por Krugman e Wells (2009, p. 393) é o caso dos “pescadores nos lagos do nordeste dos Estados Unidos que não controlam as decisões das usinas hidrelétricas prejudiciais à pesca”.

Existem, como enfatiza Caliendo, dois grandes grupos de soluções tributárias utilizadas com o intuito de auxiliar na busca de um meio ambiente equilibrado: a imposição de tributos ambientais e a criação de incentivos à produção sustentável (CALIENDO, 2013, p. 165-194). Complementa afirmando que a imposição de tributos ambientais constitui-se em “solução do tipo comando e controle, ou seja, soluções que se estabelecem um padrão de conduta e a exigência da internalização do custo das externalidades, tornando obviamente algumas atividades mais caras do que outras”. Cita, como exemplos, que a seletividade do IPI ou do ICMS pode diferenciar-se na incidência sobre garrafas PET (poluentes) e sobre garrafas de vidro (ecologicamente mais aceitáveis) (CALIENDO, 2013, p. 165-194). Tributos elevados podem estimular um maior consumo de refrigerantes comercializados em garrafas de vidro retornáveis e um desestímulo ao consumo daqueles vendidos em garrafas PET, que demoram longo período para serem decompostas no ambiente¹³.

Assevera Krugman, por seu turno, que os impostos sobre emissões e licenças comercializáveis fazem mais do que induzir indústrias poluidoras a reduzir as emissões. Elas proporcionam também um incentivo para criar e usar a tecnologia menos poluente. O principal efeito dos sistemas de licença para o dióxido de enxofre é mudar o modo de produzir eletricidade, e não o de reduzir a sua produção. Cita como exemplo dessa nova postura as usinas elétricas americanas que passaram a usar combustíveis alternativos, como carvão de baixo teor de enxofre e gás natural, e também instalaram filtros que retiram das emissões das usinas elétricas boa parte do dióxido de enxofre (KRUGMAN; WELLS, 2009, p. 403)¹⁴.

Tributação sobre emissões, todavia, assim como as licenças de comercialização, apresentam o problema de não conseguirem determinar a quantidade tolerável de poluição. Governos podem emitir licenças em excesso e não reduzir suficientemente a poluição; ou, ainda, emitir pou-

¹³ A implantação do ICMS ecológico, por sua vez, é defendido por Silva (2005, p. 770) como uma “medida estratégica, de alcance sócio-ambiental, estimulando a solução de problemas sócio-ambientais, como resíduos e esgotamento sanitário, além de ampliar as áreas protegidas”, sendo um importante mecanismo para a proteção e a tutela da biodiversidade.

¹⁴ Sobre o tema ver também: Ted Gayer e Adele Morris (2010).

cas licenças (KRUGMAN; WELLS, 2009, p. 403) e também não diminuir as emissões. É preciso equilíbrio na quantidade de emissões de licenças, sua eficiente fiscalização e boa regulação de seus preços no mercado¹⁵. Dificuldades de medição dos padrões de poluição não podem ser motivo para afastar a tributação de finalidade extrafiscal como instrumento para que o poluidor absorva as externalidades negativas de sua atividade.

Não é diferente o entendimento da doutrina canadense no que tange à tributação ambiental, isto é, os impostos são popularmente conhecidos como mecanismos de geração de renda para os governos; entretanto, eles também podem servir para promover mudanças no comportamento da sociedade, especialmente novas posturas que visem reduzir os danos ambientais (OLEWILER, 1990; ONTARIO Fair Tax Commission, 1993, p. 559-563).

Benidickson afirma que “usos específicos de regimes de impostos para promover a qualidade ambiental são uma matéria sujeita a crescente atenção”. Ainda argumenta que os impostos podem ser aplicados “sobre insumos industriais poluentes; sobre recursos consumidos durante a produção; sobre as emissões de poluição liberadas no meio ambiente; ou sobre o lixo”. Na tributação com finalidade extrafiscal, “os impostos podem ser aplicados sobre o consumo de compradores individuais” (BENIDICKSON, 2009, p. 365). A contenção do consumo intensivo e desenfreado pode ser realizada, em parte, via tributação na tutela do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável.

Tributação incidente sobre atividades poluentes e nocivas ao meio ambiente possui função nitidamente extrafiscal, porquanto visa proteger o bem ambiental e toda a biodiversidade. Objetiva tutelar o meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão e possui grande importância na promoção do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Estado Democrático e Socioambiental de Direito, nesse diapasão, é um Estado em evolução, com objetivos positivamente utópicos. Na evolução histórica do Estado de Direito, pode-se identificar primariamen-

¹⁵ Acerca da taxação sobre o carbono, ver: Ted Gayer (2009); Gilbert Metcalf e David Weisbach (2009, p. 499-556); Donald Marron, Erik Toder e Lydia Austin (2015); Kevin Kennedy, Michael Obeiter e Noah Kaufman (2015).

te a luta do homem pelos seus direitos individuais, posteriormente as suas reivindicações sociais e, hodiernamente a luta pela preservação das conquistas passadas e pela garantia de novos direitos, como os direitos de fraternidade, entre os quais se inclui a preservação ambiental para as presentes e as futuras gerações. Luta-se hoje, igualmente, pelo direito fundamental à vida na sua dimensão mais ampla, que abarca todos os seres vivos, neles incluídos os não humanos¹⁶.

Na busca pela consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, o Estado é financiado por tributos de cunho arrecadatório, mas também deve implementar a tributação com finalidade extrafiscal. Essa exação extrafiscal precisa “respeitar os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da isonomia tributária e da segurança jurídica” (CALIENDO, 2013, p. 165-194). São manifestamente inconstitucionais tributos ambientais que violam os princípios constitucionais de direito tributário e direitos fundamentais. A tributação ambiental deve observar o princípio da proporcionalidade, sob pena de converter-se em confisco, que é instituto manifestamente vedado pela Constituição Federal. Um sistema tributário ambiental claro, simples e com regras confiáveis é um desafio a ser alcançado.

Refere Nabais, por sua vez, que os tributos ambientais são definidos pelas seguintes características:

- 1- têm função extrafiscal;
 - 2- tributam actividade mais poluente, atendendo ao princípio do poluidor-pagador;
 - 3- presumem a existência de produto alternativo para qual possa ser dirigida a procura antes orientada para o produto tributado;
 - 4- as receitas encontram-se, por via de regra, consignadas à realização da função ambiental;
 - 5- devem ser estabelecidos no início da cadeia produtiva (*upstream*).
- (NABAIS, 2011, p. 47)

Assiste razão ao jurista luso quando afirma que o que caracteriza a natureza ambiental dos tributos “é o objetivo ou [a] finalidade extrafiscal ecológica primordial, traduzida na preservação e melhoria do meio am-

¹⁶ Ver sobre o direito dos animais em: Peter Singer (1980), Cass R. Sunstein e Martha Nussbaum (2004).

biente assumida pelo legislador ao criá-los e discipliná-los” e, bem assim, “a efetiva possibilidade de prossecução desse objetivo ou finalidade, e não o destino ecológico das receitas proporcionadas pelos mesmos” (NABAIS, 2011, p. 47).

Portugal tem utilizado, no exercício da tributação de cunho extrafiscal, isenções¹⁷ e benefícios fiscais para estimular comportamentos ambientalmente responsáveis. Podem ser citados alguns exemplos, como: a isenção parcial do imposto sobre produtos petrolíferos e energéticos dos biocombustíveis¹⁸ (art. 90 do Código dos Impostos Especiais sobre o Consumo) (NABAIS, 2011., p. 53s); a isenção do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) das entidades gestoras de sistemas de embalagens e resíduos de embalagens (art. 53º do Estatuto dos Benefícios Fiscais EBF); a isenção desse mesmo imposto dos fundos de investimento imobiliário em recursos florestais e a redução da taxa ou da alíquota a 10% dos rendimentos das correspondentes unidades de participação (art. 24º do EBF); a aceitação de provisões para a recuperação paisagística de terrenos (art. 40º do Código do IRC); a dedução à coleta de encargos com equipamentos novos de energias renováveis (art. 85-A do Código do IRS); o incentivo para aquisição de veículos movidos a eletricidade traduzida na exclusão da incidência do imposto sobre veículos, entre outros.

Grandes temas no momento acerca da extrafiscalidade de tributos na sua dimensão ambiental certamente são, como referido por Benidickson, “a discussão a respeito da tributação sobre o carbono e a potencial diminuição na taxa de produção de dióxido de carbono, que é o gás de efeito estufa que mais contribui para o aquecimento global” (BENIDICKSON, 2009, p. 365). Entende Giddens que “os impostos sobre o carbono podem ser de dois tipos: aqueles cuja receita parcial ou integral é gasta para fins ambientais e aqueles cujo propósito é influenciar o comportamento de maneira compatível com os objetivos ligados à mudança climática”.

¹⁷ Sobre programas federais de isenções fiscais para a energia renovável nos Estados Unidos, ver: John Herrick (2011, p. 169-198).

¹⁸ Sobre os biocombustíveis, sua regulação e incentivos fiscais nos Estados Unidos, ver: James Van Nostrand e Anne Marie Hirschberger (2011, p. 445-447).

No primeiro exemplo, é possível incluir “os impostos em que a receita é investida em tecnologias renováveis” (GIDDENS, 2009, p. 188); já os tributos que visam compelir as pessoas ao uso de combustível mais eficiente, ou movidos por energia limpa, como os carros movidos com eletricidade, enquadram-se na segunda possibilidade. O propósito da tributação sobre o carbono, como alternativa de combate às mudanças climáticas e ao aquecimento global, é auxiliar “na eliminação das externalidades negativas no que concerne ao meio ambiente e garantir que elas tenham seu custo inteiramente estimado, inclusive os custos para as futuras gerações” (GIDDENS, 2009, p. 188).

Não basta tributar atividades poluidoras aleatoriamente: todo o sistema tributário nacional precisa ser sustentável, inserido em uma economia verde, com novas tecnologias baseadas na energia limpa e livre – ou de baixa emissão – de carbono. É preciso que exista “consistência de políticas públicas que induzam o modelo produtivo para um nível de sustentabilidade, orientando a política fiscal nacional, estadual e municipal” (CALIENDO, 2013, p. 165-194).

Quando o Estado impõe um tributo ambiental, de cunho extrafiscal predominantemente, e se elaboram políticas públicas que lhe possam dar amparo, é essencial adotar índices de sustentabilidade para a sua implementação segura. Os índices de sustentabilidade mais conhecidos são: o *Ecological footprint method*¹⁹, o *Dashboard of sustainability*²⁰ e o *Barometer of sustainability*²¹.

¹⁹ Para Bellen (2007, p. 189-191), o método ecological footprint, embora utilize o menor número de enfoques entre as ferramentas, apresenta o maior campo de aplicação até o momento. O fato de utilizar apenas uma dimensão – a ecológica – representa um limite. Ao mesmo tempo, pelo fato de superestimar esse enfoque, representa também uma vantagem, que é a de reforçar a importância que essa dimensão encerra em qualquer definição de sustentabilidade. A ferramenta trabalha com dados essencialmente quantitativos e altamente agregados. Mesmo trabalhando com a dimensão ecológica isoladamente, esse método é altamente complexo, pois envolve cálculos refinados sobre fluxos de matéria e energia.

²⁰ O dashboard of sustainability, segundo Bellen (2007, p. 191), supera a desvantagem de trabalhar com apenas um escopo e utiliza quatro dimensões sugeridas pela Comissão de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas: ecológica, social, econômica e institucional. Isso confere maior legitimidade à ferramenta junto aos tomadores de decisão, mas, por outro lado, pode mascarar a sustentabilidade efetiva do desenvolvimento. A sua abordagem é mista porque permite a participação do público-alvo.

Grande desafio para a mensuração da sustentabilidade, seja para a criação de um tributo ambiental, seja para a elaboração de uma política pública sustentável, “está relacionado à utilização de uma ferramenta que capture toda a complexidade do desenvolvimento sem reduzir a significância de cada um dos escopos utilizados no sistema” (BELLEN, 2007, p. 193). A solução está “na interface das ferramentas como um importante elemento dentro de um sistema de avaliação” (BELLEN, 2007, p. 193). Parece evidente que, na instituição de uma tributação extrafiscal ambiental, deve-se avaliar a questão da sustentabilidade com a utilização de várias ferramentas que levem em consideração escopos ambientais, sociais, econômicos e de boa governança.

Conclusão

Na busca pela concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, não se pode hiperdimensionar qualquer um dos seus pilares básicos. O que se deve é buscar o equilíbrio com os demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Veiga refere que “a sustentabilidade ambiental deve estar baseada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras” e que ela demanda a busca de “soluções triplamente vencedoras (isto é, em termos sociais, econômicos e ecológicos), eliminando o crescimento selvagem obtido ao custo de externalidades negativas, tanto sociais quanto ambientais”. Políticas ambientais fiscais devem ser de longo prazo, pois, do contrário, “levam ao crescimento ambientalmente destrutivo, mas socialmente benéfico, ou ao crescimento ambientalmente benéfico, mas socialmente destrutivo” (VEIGA, 2008, p. 171s). O desenvolvimento sustentável, nessa perspectiva, deve ser alcançado com governança exemplar e harmonia com os seus pilares econômico, humano e ambiental.

²¹ O barometer of sustainability tem os escopos ecológico e social, sendo uma ferramenta intermediária entre as duas outras. Como referido por Bellen (2007, p. 191), ele “considera a dimensão do bem-estar social juntamente com a dimensão ecológica, mas o grau de sustentabilidade não pode ser mascarado à custa de nenhuma das dimensões”.

Tributação ambiental, em suma, deve ser elaborada com a utilização combinada de ferramentas que possam medir adequadamente a sustentabilidade. A criação de um tributo ambiental deve ser acompanhada de políticas públicas de longo prazo, consistentes e compatíveis com a tributação de finalidade extrafiscal. A participação efetiva da sociedade na elaboração e na discussão da viabilidade da tributação ambiental é fundamental dentro de um debate público bem informado, que possa levar à transparência necessária aos processos de tomada de decisão. Não há dúvida de que, nessa perspectiva, a tributação ambiental com finalidade extrafiscal é um importante mecanismo de funcionalização e concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

Referências

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BATOR, Francis M. The anatomy of market failure. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 72, n. 3, p. 351-379, 1958.
- BELLEN, Hans Michael van Bellen. *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- BENIDICKSON, Jamie. *Environmental law*. 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 360461. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 16 dez. 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 02 nov. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE-AgR 639632/MS. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 out. 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 02 nov. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 628848 ED/RS. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 10 set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

- CALIENDO, Paulo. Direito tributário e análise econômica do direito. São Paulo: Elsevier, 2009.
- CALIENDO, Paulo. Extrafiscalidade ambiental: instrumento de proteção ao meio ambiente equilibrado. In: BASSO, Ana Paula et al. (Org.). *Direito e desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 165-194.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 181-182, p. 21-37, 1990.
- FORBES. Washington, 2016. Disponível em: <<http://www.forbes.com>>. Acesso em: 05 out. 2014.
- GAYER, Ted. *On the merits of a carbon tax*. [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://www.brookings.edu>>. Acesso em: 05 maio 2016.
- GAYER, Ted; MORRIS, Adele. *How climate policy could address fiscal shortfalls*. [S.l.], 2010. Disponível em: <<http://www.brookings.edu>>. Acesso em: 10 maio 2016.
- GERRARD, Michael. *The law of clean energy: efficiency and renewables*. New York: American Bar Association, 2011.
- GIDDENS, Anthony. *The political of climate change*. Cambridge: Polity Press, 2009.
- HERRICK, John. Government non tax incentive for clean energy. In: GERRARD, Michael. *The law of clean energy: efficiency and renewables*. New York: American Bar Association, 2011. p. 169-198.
- HERRICK, John. Government nontax incentive for clean energy. In: GERRARD, Michael. *The law of clean energy: efficiency and renewables*. New York: American Bar Association, 2011. p. 169-198.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Energy subsidy reform: lessons and implications*. Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.imf.org>>. Acesso em: 12 maio 2016.

- KENNEDY, Kevin; OBEITER, Michael; KAUFMAN, Noah. *Putting a price on carbon: a handbook for U.S. policymakers*. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.wri.org>>. Acesso em: 04 maio 2016.
- KEYNES, John Maynard. *The general theory of employment, interest and money*. New York: Harcourt, 1964.
- KRUGMAN, Paul. *The return of depression economics*. London: Penguin Books, 2008.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Economics*. New York: New Publishers, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MANN, Roberta; ROWE, Margaret. Taxation. In: GERRARD, Michael. *The law of clean energy: efficiency and renewables*. New York: American Bar Association, 2011. p. 145-160.
- MARRON, Donald; TODER, Erik; AUSTIN, Lydia. *Taxing carbon: what, why, and how*. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.taxpolicycenter.org>>. Acesso em: 01 maio 2016.
- MARX, Karl. *O capital: edição condensada*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2011. p. 139. (Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 13).
- McALLISTER, Breck. Public purpose in taxation. *California Law Review*, Berkeley, v. 18, n. 2, p. 138, 1930.
- METCALF, Gilbert; WEISBACH, David. The design of a carbon tax. *Harvard Environmental Law Review*, Cambridge, v. 33, p. 499-556, 2009. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu>>. Acesso em: 05 maio 2016.
- NABAIS, José Casalta. *Sustentabilidade do estado fiscal*. In: NABAIS, José Casalta (Org.). *Sustentabilidade ambiental em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- NOSTRAND, James Van; HIRSCHBERGER, Anne Marie. Biofuels. In: GERRARD, Michael. *The law of clean energy: efficiency and renewables*. New York: American Bar Association, 2011. p. 445-447.

- OLEWILER, Nancy. The case for pollutions taxes. In: DOERN, G. B. (Ed.). *Getting it green: case studies in Canadian Environmental Regulation*. Toronto: C. D. Howe Institute, 1990.
- ONTARIO Fair Tax Commission. *Fair taxation in a changing world: report of the Ontario Fair Tax Commission* Toronto: University of Toronto Press, 1993. p. 559-563.
- PARRY, Taryn. The tole of fiscal transparency in sustaining growt and stability in Latin America. *IMF Working Paper*, Washington, Sept. 2007. Disponível em: <<http://www.imf.org>>. Acesso em: 10 nov. 2013.
- PETERSON FOUNDATION & AMERICAN. *Fiscal solutions: a balanced plan for fiscal stability and economic growt*. New York, 2011. Disponível em: <<http://www.pgpf.org>>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: MacMillan, 1962.
- PIKETTY, Thomas. *Le capital au XXI siècle*. Paris: Éditions du Seuil, 2013.
- POSNER, Richard A. *A failure of capitalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- POSNER, Richard. *The crisis of capitalist democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- PRADO LEAL, Gabriel. Exceção económica e governo de crise nas democracias. In: NABAIS, José Casalta (Org.). *Sustentabilidade ambiental em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 93-128.
- SILVA, Solange Teles. Reflexões sobre o ICMS ecológico. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta (Org.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- SINGER, Peter. *Animal and the value of life in matters of life and death: new introductory essays and moral philosophy*. New York: Randon House, 1980.

- SIQUEIRA, Marcelo Rodrigues de. Os desafios do estado fiscal contemporâneo e a transparência fiscal. In: NABAIS, José Casalta (Org.). *Sustentabilidade ambiental em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 129-159.
- STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality*. London: Penguin Books, 2013.
- STRAUSS, David. *The living constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.
- SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha. *Animal rights: current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

FUNDAMENTOS EPISTÊMICOS DA ADPF 54

Gerson Neves Pinto*

Introdução

Segundo Ronald Dworkin, quase todos nós – liberais ou conservadores – somos incapazes de explicar nossas convicções da maneira que políticos, moralistas e filósofos, acreditam que somos capazes de explicá-las. As opiniões sobre quando o aborto é moralmente condenável, ou como caberia ao direito normatizá-lo, enfim, todos os posicionamentos divergentes possuem uma convicção fundamental, qual seja o feto ser ou não uma pessoa com direitos e interesses próprios.

Nesse sentido, questiona-se se o direito do embrião deve se sobrepor, ou não, sobre os direitos e interesses da mulher. Entretanto, Dworkin (2016, p. 95) frisa que ao analisarmos os tipos de convicções pessoais de cada indivíduo, verificamos não sermos capazes de explicá-las simplesmente a partir da ótica de ser o feto pessoa ou não.

Enfatiza novamente Dworkin a sua ideia principal:

Acreditamos ser intrinsecamente lamentável que a vida, uma vez iniciada, tenha um fim prematuro. Em outras palavras, acreditamos que uma morte prematura é intrinsecamente má, mesmo quando não represente nada de mau para uma determinada pessoa. Muitos pensam desse modo sobre o suicídio e a eutanásia- que uma coisa horrível acontece quando uma pessoa tira a própria vida, ou quando pede a seu médico que a mate, ainda que a morte venha a satis-

* Possui Doutorado em Philosophie, Textes Et Savoir, mention très honorable na École Pratique Des Hautes Etudes - Sorbonne, Paris (2011), Mestrado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998) e Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1985). Atualmente é professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado).

fazer um interesse fundamental da pessoa em questão. Pensamos o mesmo sobre o aborto: que às vezes é condenável não por violar os direitos do feto ou prejudicar seus interesses, mas apesar de o feto não ter nenhum direito ou interesse em serem violados. (DWORKIN, 2016, p. 96)

Neste ponto, Habermas, citando Dworkin, concorda com este último, ao afirmar que:

Apesar dessas diferenças, podemos tirar uma lição dos debates sobre o aborto, conduzidos ao longo de décadas com grande seriedade. **Nessa controvérsia, fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra** e, portanto, sem prejulgamentos, do *status* moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular. (...) Ninguém dúvida do valor intrínseco da vida humana antes do nascimento – quer chamemos simplesmente de “sagrada”, quer recusemos tal “sacralização” daquilo que constitui um fim em si mesmo. No entanto, a substância normativa da necessidade de proteger uma vida humana pré-pessoal não encontra uma expressão racionalmente aceitável para todos os cidadãos nem na linguagem objetivante do empirismo, nem na da religião. (HABERMAS, 2002, p. 49; Grifo nosso)

O que emerge da análise deste embate entre liberais e conservadores, da falta de consenso que encontramos entre os chamados “pró-vida” e aqueles que defendem o aborto, é uma ideia fundamental que todos compartilham em alguma medida: a sacralidade da vida humana. Como bem mostra Habermas na passagem acima, o termo “sagrado” não pode ser resumido a uma abordagem empírica ou religiosa. E para Dworkin essa ideia não deve ser concebida da forma como tradicionalmente vem sendo, mas sim através do resgate de um debate racional e, portanto, deve ser compreendido no sentido filosófico. Como ele afirma, “a ideia do valor intrínseco da vida pode parecer misteriosa, e devo tentar fazer com que pareça menos” (DWORKIN, 2016, p. 96). Afirmar que a vida humana é sagrada não significa, necessariamente, que ela seja fruto da criação divina, mas pode resultar do puro acaso no processo evolutivo natural. Para os adeptos da primeira concepção, a vida é sagrada, pois se constitui num dom divino e suprimi-la, em alguma medida, significaria um peca-

do ou ofensa ao Criador. Para os seguidores da segunda concepção, a vida deve ser respeitada em nome do processo evolutivo da natureza.

Dworkin propõe uma distinção entre duas formas de investimento que conferem à vida humana o caráter de sacralidade, além dos argumentos acerca do caráter sagrado ou inviolável atribuído à vida humana. Além da concepção da criação divina ou pelo mero acaso evolutivo natural, temos também uma segunda forma de investimento, através da criação ou investimento humano. Nas palavras do autor:

O papel da outra tradição do sagrado na defesa da santidade da vida é menos evidente, mas igualmente crucial: cada ser humano desenvolvido é produto não só da criação natural, mas também do tipo de força humana criadora e deliberativa que reverenciamos ao reverenciar a arte. (DWORKIN, 2016, p. 114)

Cada ser humano desenvolvido constitui um produto não só de um investimento ou criação natural, como também de um investimento ou processo humano criativo e consciente. Uma pessoa adulta tem seu caráter, características, desejos, ambições, e formação, como resultado de um processo humano criador iniciado na família e, posteriormente, continuado por ela própria, construindo, assim, sua própria história de vida.

Diante de tal contexto – e especialmente a partir desta ideia compartilhada por Dworkin e Habermas sobre o que podemos encontrar de comum entre os que são contra e pró aborto, – seria possível um diálogo e uma disputa argumentativa sobre estes dois campos interpretativos: os pró-vida e os pró-aborto.

No que se segue, este estudo passa a reexaminar o tema do aborto por anencefalia, discutido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que ficou conhecida como ADPF-54, do Distrito Federal, (ADPF-54/DF). Buscaremos analisar quais os principais argumentos que justificaram a decisão que interpretou, a partir da Constituição Federal de 1988 e dos dispositivos legais do Código Penal, e desconsiderou a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos como o aborto tipificado nos artigos 124 e 126 caput, e 128, I e II. A partir dessa análise, também pretendemos, de forma provisória, indicar se esses mesmos fundamentos poderiam sustentar decisão semelhante no novo pedido de Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF-442/DF, que aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Fundamentos para (Não) proibição do aborto no Brasil

Primeiramente, mister tratar de um tema muito em evidência quando se fala em ADPF, que é com relação a sua legitimidade. A ADPF é uma ação de caráter subsidiário, que provoca o controle de constitucionalidade na modalidade abstrata e concentrada, e permite o questionamento de atos do Poder Público frente aos preceitos fundamentais. Nos termos do artigo 1º da Lei 9.882 de 1999, o objeto da ADPF é justamente “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (BRASIL, Lei 9.882, 3 de dezembro de 1999).

Um dos problemas trazidos a lume nas discussões sobre o tema, especialmente nos votos desfavoráveis à ADPF 54, é o fato de que o Supremo estaria extrapolando seus poderes, legislando a matéria. Entretanto esse argumento não deve prosperar, uma vez que uma das funções do Supremo Tribunal Federal é controlar a constitucionalidade das normas.

Nos Estados Unidos acontece o mesmo, a decisão que decretou a inconstitucionalidade da lei que criminalizava o aborto, no emblemático caso *Roe versus Wade*, foi decretada pela Suprema Corte (DWORKIN, 2016, p. 06). Ainda, nas revisões mais recentes sobre o tema, as decisões proferidas pela corte daquele país, reconheceram o aborto como um direito reprodutivo das mulheres, bem como consideraram o valor intrínseco do humano no embrião ou feto, porém sem amparo constitucional para imputação de direitos fundamentais (BRASIL, 06 de março de 2017).

O Ministro Ricardo Lewandoski, em seu voto desfavorável ao pedido da ADPF 54, enfatizou o postulado da repartição dos poderes, sendo vedado ao poder judiciário a criação de leis. Entende, portanto, que ao Supremo Tribunal Federal só é permitido exercer o papel de “legislador negativo (...) – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno” (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 411, 412, 413).

O voto do Ministro Cezar Peluso também foi contrário à ADPF 54. Ele defendeu que não cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF) legislar,

uma vez que essa atribuição é inerente ao legislador, ou seja, o Congresso Nacional. Peluso entende ser aceitável o STF atuar como legislador positivo, criando uma hipótese de exclusão de punibilidade do aborto ou alterando sua tipicidade, por compreender que a nossa Suprema Corte não possui legitimidade e competência para tal atuação (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 245).

Com uma visão diversa, o Ministro Gilmar Mendes vê a necessidade de atualização normativa, sendo aceitável que o Supremo Tribunal Federal atue como legislador positivo, quando venha a proferir uma decisão com efeitos aditivos, com a ressalva de obedecer a limites funcionais claros, isto é, a liberdade do legislador em editar lei sobre o tema a qualquer tempo (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 302, 304).

Outra percepção dessa questão é trazida pelo Ministro Luiz Fux, que expõe a necessidade de o Poder Judiciário adotar uma postura minimalista, ou seja, restrita a questão da criminalização do aborto do feto anencéfalo. Para ele, seria prematuro que o STF buscasse resolver todas as premissas do pluralismo que caracteriza a sociedade, atuando como legislador, englobando outras hipóteses. Citou o professor Cass Sustein para reforçar seu entendimento de que o STF difere da Suprema Corte Americana, pois não pode pronunciar o *non liquet*, ainda que haja divergências morais na sociedade (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 158).

Superada essa questão, precisamos discutir os argumentos utilizados nas ações de descumprimento de preceito fundamental colocadas em debate no presente artigo: a ADPF-54 / DF, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS; e a ADPF 442 / DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade- PSOL (BRASIL, 06 de março de 2017).

De acordo com o pedido da ADPF 54, estariam sendo violados os seguintes preceitos fundamentais: dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal – CF); legalidade, liberdade e autonomia da vontade (previstos no art. 5º, II, da CF); e o direito à saúde (presente nos arts. 6º e 196 da CF). E a violação se daria em virtude do conjunto normativo dos arts. 124 e 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal – Decreto-lei 2.848/1940 (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 16).

O equívoco estaria em os referidos dispositivos legais abrangerem a antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de má-formação denominada anencefalia, uma vez que tal malformação inviabiliza a vida extra-uterina. Nesse sentido foi pedida a interpretação conforme a Constituição Federal dos artigos 124, 126, caput, e 128, I e II, do CP, sendo reconhecido à gestante portadora de feto anencefálico o direito de submeter-se ao procedimento médico adequado a partir de ato de escolha pessoal da mulher (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 01).

Já a ADPF 442, indica a existência de violação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º). O pedido é para que seja declarada a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal – Decreto-Lei 2.848/1940 (BRASIL, 06 de março de 2017, p. 01).

Podemos identificar nessa nova ação, uma ampliação do rol de princípios e direitos fundamentais violados. Foram incluídos, o direito à cidadania e da não discriminação, à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar.

A justificativa para o pedido da ADPF 442 é que 1) a proteção da vida do embrião ou do feto não justifica a criminalização do aborto, que configura um abuso do poder coercitivo do Estado; e 2) a solução do aborto deve ser jurídica e não pendente das descobertas científicas (BRASIL, 06 de março de 2017, p. 01).

Com relação a primeira justificativa, a descriminalização do aborto não incorre em uma obrigação de realização do mesmo contra a vontade da mulher, mas sim, apenas a garantia por parte do Estado do direito à liberdade, consagrado na Constituição Federal. Nesse sentido, a peça apresenta a seguinte pergunta? “(...) qual a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto?” (BRASIL, 06 de março de 2017, p. 03).

O segundo ponto, também aparece com força no voto proferido pela Ministra Rosa Weber, que acompanhou o voto do relator na ADPF-54/DF, o ministro Marco Aurélio, que excluiu a interrupção ou antecipação do parto de feto anencefálico do rol dos crimes contra a vida, conforme previsto nos artigos 124 e 126 do Código Penal. A Ministra critica a forma como a ciência é usada para determinar o direito, e entende que a proteção do feto anencefálico deve partir de critérios jurídicos que envolvam o conceito de vida, já que os conceitos científicos variam de acordo com a evolução da ciência, assim como o próprio conceito de vida. Em suas palavras:

(...) não se trata de discutir qual é o caso, o que está correto, o que é a verdade, mas sim de demonstrar que os conceitos em ciência não são decorrentes de definições lógicas ou empiricamente precisas ou inquestionáveis, mas fruto das necessidades procedimentais e descritivas de acordo com o padrão de conhecimento em um determinado momento. (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 96s)

Assim sendo, entende que a ciência, em especial no caso da anencefalia, a medicina, não pode ser a única fonte de conhecimento e fundamento para decidir o Direito.

Para defender esse mesmo argumento, a ADPF 442 traz a lição de Dworkin: “não há nenhum fato biológico à espera de ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema” (DWORKIN, 2009, p. 11s). Para Dworkin, as afirmações jurídicas “combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro: interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 1999, p. 271 *apud* BRASIL, 06 de março de 2017, p. 02).

Já Weber, em seu voto na ADPF 54, defende que o direito e sua linguagem devem amparar os fenômenos do agir humano, sendo aplicado de forma independente e autônoma na conceituação sobre a vida dentro da dogmática jurídica. *In verbis*: “Entendimento diverso que vincule o saber jurídico ao saber médico ou a um conceito único de vida só faz confundir os campos do conhecimento empírico com o campo da ação humana” (BRASIL, 06 de março de 2017, p. 104).

Na sequência, a Ministra entende ser necessário primeiro compreender como o Direito regula a vida dentro do seu ordenamento, notadamente no Código Penal, para depois avaliar o problema interpretativo dessas normas de acordo com a Constituição Federal. De acordo com Weber, nosso ordenamento jurídico gradua a vida, não recebendo status de dever absoluto de proteção. Tanto é verdade que existe a excludente de ilicitude do aborto pelo crime de estupro (BRASIL, 06 de março de 2017, p. 104s).

Ela entende que o Direito Penal tutela o feto, configurando o crime de aborto quando este com vida após as manobras abortivas, sem adentrar no conceito dessa vida. Já no que tange o Direito Civil, Weber aduz que o artigo 2º trata do nascituro, bem como o mesmo é protegido no caso de herança, alimentos e reconhecimento de paternidade. Entretanto, todos esses direitos são garantidos sob condição suspensiva, havendo a necessidade do nascimento com vida. Assim, em suas palavras: (...) há proteção dos direitos materiais futuros do nascituro, mas não há definição clara do que é vida para os fins do Direito Civil (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 107).

Isto posto, a Ministra foi buscar no Biodireito um conceito jurídico de vida. Na Lei de Transplantes de Órgãos (LTO) encontrou como resposta o conceito de que a morte se dá com a morte encefálica. Assim vida, seria a existência de atividade cerebral. Nesse sentido destaca que: “Essa situação indica que, para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica” (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 108).

Assim, a partir de uma interpretação Constitucional das normas de Direito Penal, Weber conclui que existe uma maior reprovabilidade para uns crimes contra a vida que para outros, restando evidente que não existe um só valor único e absoluto para a vida (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 105).

Dialogando com autores como Nelson Hungria, Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, a jurista traz mais uma vez ao texto a questão

do conceito de vida e questiona: “No caso do aborto, fica ainda mais difícil a decisão, pois o que está protegido, o desenvolvimento biológico intrauterino pura e simplesmente ou a vida como perspectiva de desenvolvimento após o parto?” (HUNGRIA, 1958, p. 267-317; PRADO, 2008, p. 119; e BITENCOURT, 2011, p. 157-183 *apud* BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 106).

Para o Ministro Marco Aurélio, o direito à vida não tem caráter absoluto, que não há hierarquia que o coloque acima dos demais, para sustentar isso trata de duas possibilidades: a permissão de pena de morte em caso de guerra e o aborto ético ou humanitário (quando o feto é resultante de estupro) (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 58).

Elencou que no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais afirmaram que a vida não é um valor constitucional absoluto. Como a decisão da Corte Constitucional Italiana, que declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto, argumentando que o interesse do nascituro pode entrar em conflito com outros bens que também são protegidos constitucionalmente, não podendo a lei dar preferência a um direito em detrimento de outro (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 59).

Além disso, lembrou novamente a ADI nº 3.510, que a proteção ao direito à vida comporta diferentes gradações. Ao encontro desse entendimento, observou a pena atribuída ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), nas palavras do Ministro, “a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento” (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 28).

Acrescentou ainda que caso houvesse entendimento do direito à vida dos anencéfalos, ainda assim, haveria a tutela de ser menos intensa que a conferida as pessoas e aos fetos em geral. Pois, para o Ministro, “Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo” (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 60).

Em contraponto a esse entendimento, o Ministro C ezar Peluzo traz trechos de seu voto na ADI n  3.510, no qual expõe acerca do direito   vida, “(...) o eminente grau de dignidade e tutela que a Constitui o da República reserva ao chamado direito   vida, que  , antes, o pressuposto ou condi o transcendental da existência de todos os direitos subjetivos”. Com isso, contrapõe os argumentos do Ministro Marco Aurélio, ao dizer que as diferenças penas   devido a menor ou maior compreensão do agente, não que uma vida valha menos que a outra (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 388s).

Para reforçar sua percep o da importância do direito   vida, compara o caso do anencéfalo com outras situa es de angústia e sofrimento, como um doente em estado terminal, que gera sofrimento aos familiares e amigos, mas mesmo assim não pode ser executado. Com isso, traz que a vida   o valor mais importante do ordenamento jurídico, pouco importando a sua perspectiva de vida, afirmou que o ordenamento constitucional “(...) declara, sobreleva e garante valor supremo   vida humana” (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 391).

Outra percep o do direito   vida adv m do voto do Ministro Gilmar Mendes, que a reconhece como valor essencial e merecedor de tutela pelo Estado, pois a vida humana   pressuposto elementar de todos os direitos e liberdades resguardados na Constitui o. Porém, admite que esse direito pode comportar exce es, nas quais este não terá primazia sobre a escolha da gestante em abortar, em certos casos como a gravidez oriunda de estupro (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 284).

Em rela o a pondera o de direitos, para o Ministro Marco Aurélio, caso houvesse entendimento no sentido de direito   vida do anencéfalo (entendimento do qual não compartilha), num j zo de pondera o, haveria prevalência dos direitos   dignidade da pessoa humana,   liberdade no campo sexual,   autonomia,   privacidade,   integridade física, psicológica e moral e   saúde (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 69).

Nesse sentido, diverge do Ministro Cezar Peluso que entende pelo não cabimento de pondera o de bens desproporcionais, não havendo possibilidade de tornar justa a elimina o-desnecessária- de uma vida

humana em nome de um sentimento (sofrimento da mulher), que para ele é intrínseco da vida humana (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 407).

Para o Ministro Gilmar Mendes há dificuldade em realizar ponderação de princípios em questões tão sensíveis como essa (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 289). Semelhante ao trazido pelo Ministro Luiz Fux, que disse não se sentir confortável para fazer essa ponderação entre a vida da mulher e a do feto (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 157).

A Ministra Rosa Weber também enfrenta a questão da ponderação de valores entre os direitos inerentes à gestante e aqueles pertencentes ao feto. Existem dois entendimentos no presente caso: o primeiro de que a vida do feto anencefálico deve ter mais peso do que os outros direitos da mulher; e em contrapartida o segundo entendimento de que a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde, como parte dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher não podem ser suprimidos em prol de uma vida precária (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 124).

Entretanto, a jurista entende que não se deve admitir valores absolutos, “não sendo possível estabelecer, a priori, qual que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural”. Por isso, entende que como valores relativos, não se pode hierarquizar uns em detrimento de outros, sendo imperativo o respeito “as percepções valorativas de mundo dos demais, inadmissíveis visões de mundo que, sob o argumento de superioridade, pretendam eliminar outras possíveis” (HABERMAS, 1997, *apud* BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 124).

Nessa acepção, o Direito tem a função de promover e garantir a liberdade e a igualdade às pessoas, que devem ser livres para escolher os seus modos de vida, sendo iguais em direitos e deveres. Dessa forma, o Direito promoverá o respeito entre os membros de uma sociedade livre, justa e igualitária. Nesse sentido, discorre que:

Ou seja, liberdade e igualdade são condições para a convivência dos demais valores. Não há, portanto, hierarquia entre eles. Os valores deixam de ser vistos como conteúdos concretos compartilhados por uma comunidade homogênea para se transformarem em vetores da uma vida boa e justa para todos os indivíduos e não a-

penas para aqueles que compartilham dos mesmos pressupostos. (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 125)

Assim, Weber entende que “os valores, que pertencem à ética, adentram no mundo do Direito como princípios” com a função de nortear as decisões, promovendo com isso a estabilidade da vida em sociedade. E ainda discorre que: “São preceitos, portanto, que só ganham concretude diante de casos concretos, pois são incapazes de determinar quais condutas exatamente estão sendo reguladas em abstrato” (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 125).

Entretanto, esses princípios, como valores que realizam as ideias de justiça e vida boa, não se sobrepõem uns aos outros. Deve-se buscar a aplicabilidade de cada um a partir de cada caso concreto, e havendo conflito entre princípios, deve-se buscar a melhor maneira de resolver tal conflito. Assim, busca-se o equilíbrio entre o princípio escolhido e o resultado pretendido (BRASIL, 12 de abril de 2012, p. 129).

Assim, a Ministra entende que não se deve resolver o conflito escolhendo o princípio que deve prevalecer um sobre o outro. Mas sim deve-se ponderar as razões para escolher qual princípio se adequa mais ao caso concreto:

Mais uma vez, **a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores.** Uma ponderação de valores só pode levar a um autoritarismo, pois não se pode justificar que um princípio seja mais importante do que o outro, pena de se tornar vulnerável a proteção da pluralidade, porque, como já demonstrado, uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores. (...). Colocar na balança valores que têm o mesmo peso para dizer que um é mais valioso que o outro, mesmo que apenas para o caso, é criar uma ordem concreta de valores por um ato de autoridade. (DWORKIN, 2016, p. 129; Grifo nosso)

No caso em tela, da interrupção da gestação em caso de anencefalia, os princípios que devem ser considerados em conflito são a vida, que se aplica ao feto, e a dignidade, a liberdade e a saúde da mulher. Se o entendimento for de que a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configura crime de aborto, estará se considerando o princípio da vida do

feto. De outro modo, se entendermos que inexistente crime na interrupção de gestação de feto anencefálico, estar-se-á garantindo a saúde, a integridade física e psíquica e a liberdade da mulher (DWORKIN, 2016, p. 130).

De qualquer sorte, e apesar das divergências entre os ministros, o voto da Ministra Weber resume um pouco a posição central da corte. Neste sentido, como bem afirma Dworkin, para que tenhamos um comparativo entre os votos divergentes, não devemos exagerar nas diferenças entre os diferentes pontos de vista acerca da vida humana. Desta forma, Dworkin vai nos oferecer uma “métrica do desrespeito” como uma forma de esclarecer os pontos divergentes sobre o aborto.

A métrica do desrespeito

Dworkin vai tentar mostrar então porque essa sua compreensão do caráter sagrado da vida humana individual nos permite explicar melhor do que a interpretação tradicional, as duas atitudes opostas diante do aborto. Será pressuposto por Dworkin que tanto os conservadores quanto os liberais aceitam que, em princípio, a vida humana é inviolável no sentido por ele definido, de que qualquer aborto acarreta a perda de vida humana e, portanto, é em si mesmo, vergonhoso e condenável. O autor também irá demonstrar como esse pressuposto explica as concordâncias e divergências existentes entre as duas partes (DWORKIN, 2016, p. 117). Para isso, começará analisando os aspectos consensuais das duas atitudes opostas.

Demonstra o autor que alguns conservadores e liberais, acreditam que existam diferentes graus da valoração da vida humana, tornando a sua perda mais injusta para algumas pessoas do que para outras. Nesse sentido, Dworkin (2016, p. 117) propõe que quase todos concordam com a existência de uma hierarquia de valoração do aborto, sendo pior em algumas ocasiões do que em outras.

A questão que surge dessa análise é desvendar qual o critério de valores utilizado para mensurar a gravidade de cada aborto. Para o autor, existe o que ele nomeou de concepção simples, no qual o desperdício da vida é medido a partir do tempo que essa pessoa disporia de vida, se essa não fosse interrompida. Essa concepção é capaz de explicar porque a morte de uma pessoa jovem é pior do que a morte de uma pessoa mais

velha, pois é mais provável que a jovem continuasse a viver por muitos anos, pressupondo que a pessoa mais velha tivesse menos tempo de vida pela frente (DWORKIN, 2016, p. 120).

Entretanto, essa interpretação simples de como a morte constitui um desperdício de vida não explica por que, do ponto de vista corrente, é pior perder ou abortar um feto em fase avançada de gravidez do que na fase inicial; ou porque é pior que morra uma criança de dez anos do que um recém-nascido. Neste sentido, a resposta simples é incompleta, pois a vida, ou sua falta, pode ser medida de diversas maneiras. Esta interpretação simples, segundo Dworkin, não leva em conta a qualidade de vida que se perdeu ou o seu valor.

Assim, o autor buscou explicar que a simples quantificação da vida por viver é incapaz de responder às questões pertinentes ao aborto. Isso porque, normalmente, quanto maior o feto (ou seja, mais tempo de vida), mais condenável é a prática, contrariando a ideia anterior.

Para Dworkin (2016, p. 173), essa discussão perpassa um problema de interpretação constitucional, onde as pessoas insatisfeitas com a decisão Roe x Wade desconfiam da Constituição baseada em princípios, pois percebem que o argumento em favor do direito constitucional ao aborto é mais forte quando tem por base os princípios constitucionais.

Entretanto, entendemos serem duas questões distintas que não deveriam ser discutidas num mesmo momento. Parece-nos que a utilização da mensuração temporal é um argumento dos mais conservadores, para provocar um certo grau de culpa na realização do aborto. Ao mesmo tempo que não é um argumento robusto que possa fundamentar uma regulamentação mais restritiva do aborto de um modo geral.

Portanto, Dworkin (2016, p. 120) propõe tratarmos a ideia do aborto, em especial do tempo gestacional para a realização do aborto, a partir do binômio investimento/frustração da vida, em detrimento de quantidade/qualidade.

Para embasar seu argumento, Dworkin traz como exemplo o fato de que a morte de uma adolescente é considerada pior do que a morte de um bebê, por diversos motivos, pelos investimentos que tanto ela como os demais tenham realizado em sua vida. Sua morte é considerada mais

trágica e envolve frustrações em todos os planos, principalmente no plano da criação humana, em que as ambições pessoais, as expectativas projetadas em sua vida, os laços de sangue estabelecendo elos pessoais e amorosos, tanto dela para com seus familiares, como deles para com ela (DWORKIN, 2016, p. 121).

O autor afirma que esta estrutura mais complexa, a qual ele denominou de “frustração”, ajusta-se melhor a nossas convicções sobre a perda da vida do que a concepção simples (DWORKIN, 2016, p. 122), levando em consideração os investimentos naturais e humanos, procurando ponderá-los. Como exemplo, Dworkin (2016, p. 122) afirma que a concepção elimina a possibilidade do nascimento de mais bebês, entretanto isto não é lamentado pela maioria das pessoas, inclusive católicos, em virtude de não ter existido qualquer investimento criativo nessas vidas, já que nem sequer existirão.

Para ele, a tese da frustração parece explicar melhor as nossas convicções sobre a tragédia do que a avaliação simples daquilo que constitui a perda da vida. Tanto os conservadores quanto os liberais admitem que, em algumas circunstâncias, o aborto é mais grave, e talvez mais injustificável do que em outras. Do mesmo modo, há consenso quanto ao fato de que o aborto numa fase mais avançada da gravidez é considerado pior do que se ocorrer na fase inicial desta (DWORKIN, 2016, p. 123): “Assim, nosso sentimento de que a frustração, e não só a perda, compromete a inviolabilidade da vida humana, parece útil para explicar o que une a maioria das pessoas na questão do aborto” (DWORKIN, 2016, p. 124).

Charles Camosy (2015, p. 145) vai nos trazer um comparativo entre a Europa e os Estados Unidos. Para o autor, em que pese os países europeus terem fama de mais progressistas em questões sociais como o aborto, os Estados Unidos é muito mais permissivo em comparação com as restrições europeias. Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Holanda, Espanha e Suécia restringem o aborto antes de vinte semanas. Muitos países estabelecem a linha limítrofe em doze semanas, como acontece no Brasil para os casos já descriminalizados. Destaca ainda que a Espanha estuda a possibilidade de restringir suas leis, e passar a permitir o aborto apenas em casos de estupro ou quando a vida ou a saúde da mãe está em perigo.

Na França, a interrupção voluntária da gestação (L'interruption volontaire de grossesse – IVG) só pode ser realizada, assim como no Brasil, até a 12ª semana de gestação. Da mesma forma que nos estados Unidos, nas primeiras semanas é feito de forma medicamentosa, tanto em casa como num estabelecimento de saúde, e a partir da 7ª semana somente na rede hospitalar. O Estado paga 100% do procedimento. O procedimento está previsto no Código de Saúde Pública desde 1975, nos arquivos 2211-1 e seguintes (FRANÇA¹).

Já no Canadá, com o caso “R v Morgentaler”, houve a decisão pela inconstitucionalidade da lei criminal nacional que regia a proibição e criminalização do aborto no país (ERDMAN, 2017, p. 730). Dentre os argumentos utilizados, a principal fundamentação foi no sentido da dignidade humana como um direito do ser humano, e do acesso ao cuidado com a saúde de forma segura e estruturada. Assim, o Estado não teria o direito de intervir nessa decisão de natureza pessoal da mulher que traça o caminho da liberdade reprodutiva do ser humano (ERDMAN, 2017, p. 732). Entretanto, o entendimento nesse país foi que tanto o Estado não pode intervir, como também não custeia o procedimento, ao contrário da França que o faz.

A discussão do status moral do feto tangencia as crenças religiosas. BLANCARTE sustenta, por exemplo, que a despenalização total do aborto seria uma forma de contemplar todas as religiões no que tange o problema. Nesse sentido destaca que:

La discusión es precisamente sobre el estatus moral de la embrión o feto, es decir, el reconocimiento de cuándo se puede empezar a considerar un nuevo individuo como un agente moral. No obstante, hay distintas maneras de definir a un nuevo individuo, tanto biológica como filosófica y religiosamente y es en ese punto preciso en que la laicidad sustenta los argumentos necesarios de que cada quién debe ser facultado para decidir si quiere o no abortar, de acuerdo con sus convicciones. La única manera de hacer que las leyes sobre aborto contemplen a toda la diversidad filosófica, religiosa, cultural, etc., es la despenalización total, y a cada quien cabe de-

¹ Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>

cidir, una vez que el hecho de ser permitido no significa ser obligado. Penalizar el aborto significa obligación a todas las personas, mientras la despenalización no obligaría a nadie. (BLANCARTE, 2014, p. 108)

Em outras palavras, podemos tentar entender melhor toda a diversidade de opiniões sobre o aborto, das mais conservadoras às mais liberais, se colocarmos cada opinião sobre a gravidade relativa das duas formas de frustração em uma escala que vai de uma posição extrema à outra – desde tratar qualquer frustração do investimento natural ou biológico é pior do que qualquer possível frustração do investimento humano até – passando por pontos de vista mais moderados e complexos – a opinião de que frustrar o mero investimento biológico na vida humana praticamente não tem importância alguma, e que frustrar um investimento humano é sempre pior (DWORKIN, 2016, p. 127).

Destaca Dworkin (2016, p. 129), que são poucas pessoas que consideram uma das duas posturas, dando prioridade a uma das concepções de frustração do investimento humano ou natural, pois para a maioria há necessidade de um equilíbrio, havendo concessões mútuas e conciliação de posicionamentos (DWORKIN, 2016, p. 129). Sobre prioridade de posicionamento, destaca o Ronald Dworkin, que as opiniões conservadoras se modificam tornando-se mais liberais à medida que o equilíbrio a que chegam atribui mais peso à importância de não frustrar o investimento humano na vida; em diferentes graus, os pontos de vista mais liberais colocam que a vida humana não é somente criada por uma força criativa divina ou natural, como também está incluída dentro dessa formação, escolhas pessoais, decisões e demais composições compostas a partir destas escolhas.

Conforme Dworkin (2016, p. 129), nessa mudança de ênfase, os liberais passam a também ver o investimento criativo crucial na vida, que, se possível, não deve ser frustrado, tendo em vista de ser algo que vai além da concepção e do desenvolvimento biológico, convergindo para a vida adulta do ser humano. Destaca o filósofo novamente, que na concepção liberal as ambições, a formação, ficam situadas como um risco muito maior de serem perdidos e lamentados, pois eliminam qualquer expectativa de vida, do que a perda de um feto advindo de uma gravidez

indesejada, imprevista em que não se tenha realizado qualquer investimento que tenha o mesmo foco para uma futura formação (DWORKIN, 2016, p. 129).

Como bem afirma o autor, não devemos exagerar nas diferenças entre os dois diferentes pontos de vista; conservadores e liberais, tendo em vista serem mais de ênfase do que qualquer outra coisa. Desta forma, oferece um esclarecimento do ponto de vista denominado liberal, segundo o qual eles não negam que a concepção de uma vida humana e a formação de um feto sejam questões de grande importância moral, sendo investimentos criativos. Dentro deste conceito concordam com os conservadores à medida que o feto vai adquirindo forma e a capacidade de um bebê num curso de investimento natural, o aborto elimina todo esse investimento, pondo – o a perder, devendo o aborto por isso ser tanto evitado como também lamentado.

Por outro lado, muitas pessoas chamadas conservadoras a respeito do aborto, reconhecem a importância do investimento humano, acreditando também, a exemplo da concepção liberal, que a morte prematura é muito pior quando já tiverem sido realizados investimentos criativos pessoais de diversas ordens, esperança, amor, escolhas pessoais, formação, ambição (DWORKIN, 2016, p. 129).

Diante de tal contexto, quanto os pontos de vista entre conservadores e liberais, conclui Dworkin:

Os conservadores e os liberais divergem não porque um dos lados rejeite totalmente um valor que o outro considera fundamental, mas porque adotam posições distintas – quando não drasticamente distintas – quanto à importância relativa desses valores, que ambos admitem ser fundamentais e profundos. (DWORKIN, 2016, p. 130)

Referências

- BLANCARTE, R; Colegio de, M. *Laicidad, religión y biopolítica en el mundo contemporáneo*. México, D.F.: El Colegio de México, 2014.
- BRASIL. *Lei 9.882, 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental,

- nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04/06/2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 Distrito Federal*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 nov. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 Distrito Federal*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 442 Distrito Federal*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de março de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- CAMOSY, Charles C. *Beyond the abortion wars: a way forward for a new generation*. Michigan: Eerdmans, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 1999. *Apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 442 Distrito Federal*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de março de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 jun. 2018. p. 02.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ERDMAN, JN. *A Constitutional future for abortion rights in Canadá*. Alberta Law Review, 54, 3, 727-751, Jan. 2017.
- FRANÇA. *Code de la santé publique*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Barcelona, Buenos Aires, México: PAIDÓS, 2002.

UM NOVO CICLO AUTORITÁRIO: PARA UMA DEMOCRACIA MULTINORMATIVA

José Rodrigo Rodriguez*

Democratização da política constitucional e fuga do direito¹

Uma das tarefas centrais da pesquisa em Direito em uma democracia é vigiar os órgãos de poder e cobrar deles a racionalidade prometida pelo estado de direito que fundamentam sua legitimidade. Afinal, a gramática do direito, quando em funcionamento, é capaz de garantir que todas as decisões do poder sejam justificadas publicamente com fundamento em normas jurídicas. Nesse sentido, democracia e estado de direito são o exato oposto da autocracia.

Em um resumo apertado, estou me referindo às instituições do estado de direito e da cidadania como concebidas no ocidente, ou seja, as instituições criadas para garantir que:

a) o poder político, organizado principalmente na forma de Estados nacionais, justifique-se diante das pessoas que ele pretende dominar, garantindo a elas um mínimo de liberdade, ou seja, que mantenha separados os campos da sociedade civil e do Estado por meio do reconhecimento de direitos civis os quais estabelecem um patamar de igualdade entre todas as pessoas;

b) que este mesmo poder aja sempre com fundamento em normas jurídicas abstratas e universais que tornem o seu comportamento previsível.

* Professor do PPG da UNISINOS, Pesquisador Sênior do CEBRAP.

¹ Este texto, inédito, é o resumo de uma parte da fala que tenho apresentado em diversas instituições, inclusive no LLM em Teoria de Direito da U. Goethe de Frankfurt, com o título de “Perversões: Estratégias de Dominação no Novo Ciclo Autoritário”, o que explica seu caráter ainda inicial, as marcas de oralidade e a ausência de citações.

vel, ou seja, não arbitrário, fundado em padrões claramente identificáveis;

c) produza as normas com base nas quais irá agir com a participação de todas as pessoas afetadas por elas, ou seja, tais normas devem ser formadas por um procedimento democrático que tende a incluir todos os agentes sociais, aos quais são garantidos determinados direitos políticos.

Franz Neumann acrescenta uma “quarta função” ao Estado de direito, a função de ocultar o exercício do poder, ou seja, em certos casos, a mera forma de lei pode esconder a exploração das pessoas trabalhadoras e outras formas de dominação, por exemplo, a gestão unilateral da economia e da política por parte de regimes autoritários, exatamente o que eu passei a chamar de *perversão do direito*.

Em uma síntese ainda mais apertada, estamos falando aqui das ideias e das instituições que garantem a *justificação* do poder político contra a irracionalidade e a hierarquia, a *segurança jurídica* em face do poder político e econômico contra o arbítrio e a *democratização* do poder político contra a autarquia, democracia compreendida como participação de todas as pessoas e seres racionais na criação das normas e não, de forma mais restrita, como sistema eleitoral centrado no voto, que é apenas uma de suas alternativas de institucionalização possíveis. Finalmente, a função de *ocultação do exercício do poder* pela mera forma universal da legalidade, a qual embute a promessa de levar em conta o interesse de todas as pessoas, ou seja, se apresenta como *perversão do direito*.

Para usar, em parte, a terminologia da sociologia jurídica de Max Weber, estamos falando de um poder juridificado, ou seja, de um poder que, por razões históricas, as quais não temos espaço de reconstituir aqui, mas que estão relacionadas à demanda dos agentes econômicos burgueses por mais segurança jurídica, precisa ser formalizado em normas jurídicas. Um regime político que parece razoável chamar de *política constitucional* por ser caracterizado pela presença de um direito escrito racional, justificado por critérios internos ao próprio direito e não por normas éticas, religiosas, científicas ou de qualquer outra natureza; e um direito formal, ou seja, que decide de forma padronizada, não *ad hoc*, caso a caso.

Nesse sentido, chamarei de *política constitucional* a forma de política que se consolidou nos séculos XIX e XX, a qual tem como referência central o estado de direito, as Constituições nacionais e, em uma perspectiva mais abstrata, a gramática da luta por direitos, forma de política que surge com o processo de positivação dos direitos, unificação e consolidação dos estados nacionais. No caso brasileiro, diga-se, esta forma de organizar o exercício do poder passou a funcionar, ao menos como promessa a ser cumprida, apenas com o fim da escravidão e só se mostrou minimamente efetiva, a meu ver, durante os curtos períodos em que o Brasil foi governado democraticamente.

Não há espaço aqui para analisar em todos os detalhes as modalidades brasileiras de fuga do direito, conceito que será explicado logo adiante, desde o regime do favor, caracterizado magistralmente por Roberto Schwarz, até as rupturas institucionais mais recentes, dentre as quais podemos incluir o impeachment de Dilma Rousseff, levado adiante em meio a um mar de controvérsias jurídicas por um Parlamento profundamente envolvido em denúncias de corrupção e apoiado por forças políticas derrotadas nas últimas eleições presidenciais, em uma atuação farsesca que estava claramente mais preocupada em manter os acusados fora da cadeia do que em reatar os laços rompidos entre o sistema político e os desejos da sociedade, ruptura que ficou muito clara desde Junho de 2013, tema que eu mesmo analisei no texto que publiquei na revista *Logos (A Journal for Modern Society & Culture)*, em inglês, “Society Against State: The Brazilian Crises Beneath the Surface”.

Seja como for, a história da política constitucional tem nos mostrando que o poder tende a *fugir do direito* sempre que possível para agir sem o controle da sociedade, muitas vezes longe dos olhos do público. A luta por construir e reproduzir o estado de direito é contemporânea das diversas tentativas de escapar dos limites impostos pelo direito ao poder, seja por meio da criação de regimes autoritários, seja com a instituição de formas autárquicas de gestão da economia, que chegam a abrir mão da lei e do contrato em sentido liberal, ainda, pela prática de diversas outras formas de perversão do direito as quais conferem ao poder as características de dominação, ainda que sob a aparência de legalidade.

Dois ciclos autoritários

O começo do século XX foi marcado por um primeiro ciclo autoritário de fuga do direito que consistiu na emergência dos diversos regimes fascistas ao redor do mundo e dos monopólios, que impuseram uma gestão cada vez mais imperial da economia, processo analisado por Franz Neumann em seus livros *Behemoth, O Império do Direito* e no texto “Mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa”.

Não é fácil generalizar hipóteses para um fenômeno que se estendeu por diversos continentes e atingiu países muito diferentes entre si. No entanto, talvez seja razoável afirmar que estes regimes políticos e econômicos buscaram neutralizar as forças da sociedade civil em conflito com a imposição de uma pacificação unilateral à força, a qual criou obstáculos para que os agentes sociais como um todo, especialmente os trabalhadores organizados, tomassem parte da criação das normas jurídicas. No caso específico da Alemanha, este processo se deu por meio de uma aliança entre interesses econômicos monopolistas e forças abertamente racistas, as quais conquistaram o poder político em determinado momento histórico.

Boa parte das normas que regulam a vida social passou a ser criada e imposta de cima para baixo por um grupo restrito de pessoas em um ambiente institucional marcado por graves restrições aos direitos fundamentais, especialmente a participação democrática, fato que favoreceu claramente a expansão do regime capitalista ao redor do mundo. Uma expansão que ficou relativamente protegida das demandas por direitos sociais nascidas da sociedade civil, sem falar nas demandas por transformações mais radicais no sistema político, no sistema econômico e na vida em sociedade. Nesse sentido, os regimes autoritários e os modelos contratuais de pura dominação se prestaram a imunizar o poder político e o poder econômico da influência subversiva da sociedade civil organizada.

Após a Segunda Guerra Mundial, regimes políticos caracterizados pela presença de um direito democrático se impuseram em todo o ocidente, não, evidentemente, como uma realidade efetivada em todo o seu potencial, mas sim como um horizonte normativo a ser atingido. Até muito recentemente, os grupos que se opunham à democracia eram cla-

ramente minoritários e a perspectiva de expandir direitos era real, ao menos nos países europeus do centro capitalista e em parte da periferia.

Tal expansão de direitos, especialmente após a década de 60, passou a incluir a demanda por direitos sociais, por parte da classe trabalhadora e dos cidadãos em geral – direitos trabalhistas, direito à saúde, educação, previdência social, por exemplo – a par de políticas compensatórias e de reconhecimento em favor de grupos vulneráveis à discriminação e à violência em razão de raça, cor, gênero, etnia, origem social, idade, condição física, entre outras causas de opressão. Podemos incluir aqui a demanda por direitos relacionados à proteção do meio ambiente, ao direito dos animais, entre outras questões relevantes para a sociedade civil.

Como se vê, a democratização do direito e a liberdade da sociedade civil tende a deixar livres os agentes sociais para formular suas demandas sob a forma de direitos, demandas estas que tendem a constrianger cada vez mais a liberdade dos agentes econômicos a utilizarem suas riquezas como bem entenderem e a criar limites para a ação de agentes de poder localizados em todo o tecido social, da família ao estado, passando pela sociedade civil. Em outro nível de análise, a presença da gramática dos direitos fornece à sociedade uma narrativa para os seus problemas que permite a comparação da condição de vida das pessoas umas com as outras, sua organização em movimentos sociais, sindicatos, partidos e outros grupos que passam a formular demandas por igualdade na forma de garantia de direitos que limita, como já dito, o poder dos estados e dos particulares.

A proteção de pessoas negras e de pessoas homossexuais torna ilícita a discriminação na contratação destas pessoas ou a imposição de limites à sua circulação no espaço público. Tais normas tornam mais estreito, por exemplo, o poder dos empregadores para desenvolver sua política de pessoal e o poder de proprietários de estabelecimentos comerciais de todo tipo. Evidentemente, todos estes direitos passam a exercer uma pressão sobre os gastos do Estado e forçar uma significativa redistribuição de renda em favor da sociedade por meio da cobrança de tributos.

Não é por outra razão que a efetivação de diversos destes direitos tende a ser combatida pelos agentes de poder por meio das várias modali-

dades de perversão do direito as quais, sem fazer parte de um projeto de criação de novos regimes autoritários, buscam criar, de maneira furtiva, espaços de decisão autárquicos ou excluir do âmbito de proteção do direito certos grupos de pessoas, ainda que sob a aparência de legalidade. Na falta de apoio político e de força para advogar a recriação de regimes autoritários, resta tentar frustrar a efetivação dos direitos por outros meios.

Em meu trabalho de pesquisa pessoal, tenho chamado de *zona de autarquia* a criação de espaços de decisão livres do controle da sociedade civil, ainda que sob a aparência de legalidade, e *legalidade discriminatória* a normas jurídicas ou políticas que, mesmo que adotando, aparentemente, a forma de normas gerais e abstratas, excluem discriminatoriamente de seu âmbito de proteção determinados grupos sociais. Ademais, parecer ser razoável aduzir a estas duas figuras o processo de *desumanização* de certos grupos sociais, aos quais se nega a proteção do estado de direito, na vigência de Constituições que garantem direitos fundamentais a todas as pessoas em razão da destruição das ideias e instituições que garantem um patamar mínimo de igualdade entre todas as pessoas. Podemos citar como exemplo de grupos desumanizados aos quais se nega, por diversos meios, garantia de direitos fundamentais, por exemplo, as pessoas encarceradas, as pessoas negras, estrangeiros, imigrantes, transexuais, travestis, entre outros grupos vulneráveis.

É importante notar que falo aqui da desumanização do ponto de vista do direito, mas é razoável afirmar que este é um processo mais complexo, que envolve também mecanismos psíquicos, sociais, econômicos e políticos, todos combinados para rebaixar certos indivíduos e grupos a uma condição hierarquicamente inferior e, portanto, vulnerável, passível de dominação e, até mesmo, de eliminação física. Em *A Destruição dos Judeus Europeus*, livro que pode servir de inspiração para uma visão integrada, interdisciplinar da desumanização, Raul Hilberg explicita e documenta o processo que culminou na decisão de aniquilar todas as pessoas judias da Europa, desde as primeiras medidas discriminatórias, que eram destinadas, simplesmente, identifica-las, até a chamada “solução final”. Vale observar que este trabalho que foi concebido sob a orientação de Franz Neumann, já professor em Columbia, que faleceu antes de

sua conclusão: o livro foi reelaborado por Hilberg algumas vezes e hoje tem mais de mil páginas.

Neste momento histórico, estamos experimentando um novo momento de fuga do direito, construído pela interação conflitiva dos diversos agentes sociais a partir dos anos 90. Depois da era dos autoritarismos e da era da perversão do direito estatal, estamos vivendo um novo ciclo autoritário que se vale da privatização da produção de normas jurídicas, que acompanha passo a passo o assim denominado fenômeno da globalização e a ascensão do capitalismo financeiro, como analisei, pela primeira vez, em meu Doutorado, “Fuga do Direito: Um estudo sobre o Direito contemporâneo a partir de Franz Neumann”.

Em uma palavra, estamos assistindo à gradativa perda de poder do Estado nacional em criar e impor suas normas em favor de ordens normativas privadas, cada vez mais descentradas e poderosas, que têm sido capazes de regular, efetivamente, a vida das pessoas, ao largo das demandas da sociedade civil dos diversos estados nacionais. Por exemplo, os diversos agentes financeiros, inclusive as agências de rating, redes sociais como o Facebook e redes de compartilhamento como o Uber e o Airbnb.

É evidente, diga-se, que o aumento da possibilidade de regulação por parte da sociedade, que eu denomino de regulação social, pode abrir a possibilidade de ampliar o espaço de liberdade: nem toda autorregulação pode ser identificada com uma forma de violência. Mas o contrário também é verdadeiro: regulação social não é, necessariamente, sinônimo de liberdade, afinal, sabemos que a sociedade é marcada por hierarquias econômicas, de raça, de gênero, de idade, de origem de etnia, entre outras, as quais a igualdade perante a lei promovida pelo Estado e seu aparato coativo ajudou a combater.

Por isso mesmo, é urgente desenvolver reflexões capazes de diferenciar, por assim dizer, processos sociais constituintes democratizantes de processos sociais constituintes autárquicos; formas democráticas e autárquicas de regulação social. Do contrário, corremos o risco de ocultar processos sociais extremamente violentos com a utilização de termos aparentemente descritivos, mas que podem se mostrar, de fato, indiferen-

tes ao arbítrio, a ideia de fragmentação do direito ou de constitucionalismo social, por exemplo, que não diferenciam democracia de autarquia, dando o mesmo status conceitual para fenômenos jurídicos de natureza claramente diferente, uns violentos e outros não. Uma tarefa central da crítica ao direito e a política, portanto, é construir uma democracia multi-normativa.

Metamorfose do direito e atualidade da crítica

Diante do que foi dito até aqui, não parece ser exagero dizer que estamos vivendo, para falar com Ulrich Beck em seu último livro *A Metamorfose do Mundo*, uma verdadeira metamorfose do direito e da política como a conhecemos, a qual põe em cheque todas as instituições de controle do poder edificadas ao longo do século XX, as quais giram ao redor da interação entre Estado nacional e sociedade civil. Em uma palavra, trata-se de uma metamorfose que desmonta os mecanismos institucionais por meio dos quais o ocidente tem estabelecido uma relação efetiva entre direito e democracia.

Parece ficar cada vez mais claro que o poder financeiro e o poder de agentes da internet, por exemplo, em razão de sua posição que tenda ao monopólio, não precisam mais da suposta farsa do direito liberal para legitimar sua atuação. Estes agentes estão desenvolvendo mecanismos de dominação quase direta, completamente unilaterais que prescindem, até mesmo, da formalização em um contrato nos termos liberais. Vejamos.

A visão liberal do contrato implica, como sabemos, um acordo de vontades em que as duas partes sejam reconhecidas em sua autonomia e estabeleçam trocas mutuamente vantajosas. Parece muito difícil chamar de contrato, sob qualquer perspectiva, uma relação, por exemplo, em que uma das partes pode alterar as regras de forma unilateral, como faz o Uber em sua relação com motoristas e usuários, e cujas consequências de uma eventual insubordinação é o desligamento sumário do trabalhador ou do cliente, que se tornam totalmente descartáveis diante da massa de interessados em exercer a mesma função e utilizar o serviço. Tudo isso em um contexto de variação de preços para o usuário com base em critérios pouco transparentes e de remuneração variável e insegura para os prestadores de serviço.

Tal relação lembra mais uma possível forma de servidão modernizada em que, para ficar neste exemplo, motoristas e usuários são obrigados, de fato, a suportar quaisquer variações caprichosas da vontade do agente monopolista, pois estão destituídos de meios para exigir a justificação pública dos atos do poder e o cumprimento de parâmetros mínimos de direitos. Uma forma de servidão que passa longe de laços recíprocos de lealdade fundados no sangue, na tradição e na honra e que parece estar à serviço, exclusivamente, de uma das partes, a qual detém praticamente todo o poder sobre a relação.

Esta nova manifestação de fuga do direito demanda pesquisas mais detalhadas, capazes de revelar as suas principais estratégias; também a construção de novas categorias críticas, para além do direito estatal, e de utopias institucionais renovadas que projetem um novo horizonte para o controle social sobre o poder. Minha agenda pessoal de pesquisa nos últimos anos tem abordado vários destes problemas, tanto do ponto de vista teórico quanto do ponto de vista empírico, ou seja, tanto no que diz respeito à tentativa de desenvolver um modelo de crítica ao direito adequado para o nosso tempo, quanto no que diz respeito ao desvendamento detalhado da lógica da dominação em suas mais diversas manifestações.

Em meio a um debate público muitas vezes superficial e marcado por slogans e frases de efeito de diversos matizes, acredito ser necessário escolher a via mais difícil e, por isso mesmo, mais potente para refletir sobre o papel do direito contemporâneo, qual seja, a via que procura cobrar do estado de direito as promessas que ele fez e, muitas vezes, não é capaz de cumprir; uma tarefa que exige compreender a lógica de funcionamento interna dos órgãos de poder, a pesquisa detalhada de seus atos ao longo do tempo e a cobrança, a partir de critérios imanentes ao próprio estado de direito, do cumprimento dos padrões de legalidade que ele mesmo promete a todas as pessoas.

Ao invés de bradar em abstrato contra o arbítrio com a utilização de lugares comuns a respeito do estado de direito, é tarefa da crítica desvendar em detalhes os atos arbitrários praticados pelos agentes de poder, explicitando a sua lógica interna para que seja possível refletir, eventualmente, sobre a possibilidade de construir mecanismos de controle mais efica-

zes. Afinal, e esse é um ponto essencial, o século XX nos mostrou que eventuais abusos praticados pelo Estado não é um problema que atinja apenas uma parte dos Estados nacionais ou apenas agentes políticos de um determinado espectro ideológico. Trata-se de desenvolver um modelo de pesquisa engajada na defesa do estado de direito, radicalmente crítica do arbítrio do poder, mas que não recaia no simplismo e no maniqueísmo de certas análises que circulam com liberdade nos meios de esquerda.

Não há espaço para investigar este ponto aqui, mas parece razoável dizer que este processo de transformação do capitalismo, que remonta à crise do petróleo de 1973 e a ascensão do neoliberalismo nos Estados Unidos e na Inglaterra, instaura uma oposição visceral ao estado de direito, cuja solução é difícil de ser pensada em termos éticos ou mesmo em termos jurídicos. Isso porque, se a forma atual de capitalismo implica na inovação rápida e constante, o capitalismo atual se parece com a ideia de “destruição criativa” Schumpeter e o seu *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, a ideia de direito passa a ser um entrave quase intransponível para o seu desenvolvimento.

Afinal, o estado de direito, especialmente a ideia de direito adquirido combinada a democracia eleitoral, tende a manter a mudança em um ritmo mais lento, além de tender a desconcentrar o capital por meio da criação constante de novos direitos sociais. Ora, para haver inovação rápida é preciso concentrar capital, é preciso investir muito em pesquisa e tecnologia, razão pela qual, até hoje, o Estado tem um papel central no desenvolvimento científico e tecnológico, mesmo no centro capitalista, mesmo nos EUA.

Nesta ordem de razões, pode-se dizer que o estado de direito é responsável por estabelecer uma ligação fundamental entre a sociabilidade humana e a velocidade do mercado, impedindo que este funcione de maneira completamente autônoma e, portanto, assuma as feições destrutivas estudadas por Karl Polanyi no clássico *A Grande Transformação* e, em outro sentido, que se realize a utopia neoliberal a qual, para Schumpeter, diga-se, iria resultar no socialismo, afinal, nenhuma sociedade suportaria tal grau de insegurança e exploração.

Retomando o fio da exposição, o fato é que a metamorfose do direito contemporâneo encontrou a Teoria Crítica pobre em instrumentos de análise, o que tem levado autores ligados a esta tradição (a) a apostar de maneira pouco razoável nas estruturas clássicas do estado de direito, (b) a insistir em uma crítica radical ao estado de direito e ao contrato diante do combate aberto a estas formas institucionais levado adiante por agentes de poder político e econômico (c) a propor, também de forma pouco plausível a construção, nesse momento histórico, de instituições totalmente diferentes, baseadas, por exemplo, no amor e na amizade, desviando o foco da pesquisa (c.1) de formas de dominação contemporânea e (c.2) das possibilidades atualmente existentes de democratizar o direito.

Por esta razão, em meus escritos e disciplinas na pós-graduação, tenho procurado revisitar a tradição de crítica ao direito, especialmente de inspiração marxista, identificar suas virtudes e falhas e construir um modelo de crítica ao direito adequado para um contexto multinormativo e policêntrico. Para realizar este objetivo, como já dissemos, é preciso examinar no detalhe as instituições existentes e pensar em alternativas institucionais a partir de seus elementos, ou seja, imaginar utopias institucionais imanentes a nossas instituições. Dar conta desta tarefa exige afinar o olhar a partir de um novo exame, para começar, da crítica de Karl Marx ao direito liberal, o qual evidencia a ligação umbilical entre este modelo de crítica e o capitalismo concorrencial e sua inadequação para compreender o uso do direito pelos monopólios e pelos regimes fascistas.

Em uma palavra, Marx criticou o direito liberal, cuja função era, unicamente, garantir o cumprimento dos contratos e o respeito à propriedade privada, uma crítica que buscava evidenciar que esta forma de direito servia para ocultar, sob a aparência de uma troca de equivalentes, a exploração do trabalho, ou seja, a apropriação da mais-valia pelos capitalistas. Ora, como mostrou Franz Neumann, e daí a importância de reconstruir seu modelo de crítica ao direito, com a formação de monopólios e sua aliança com o racismo nazista para implementar um regime autoritário na Alemanha, por exemplo, mostra que a imaginação e a prática capitalistas e fascistas já haviam se emancipado da forma direito liberal. O Capital e o poder autoritário passavam, desde então, a prescindir das instituições liberais e a desenvolver formas autárquicas de dominação, ainda

que igualmente revestidas pelo verniz da legalidade. Se me for permitido um salto neste ponto, esta ideia permite compreender porque o neoliberalismo é o maior inimigo do direito democrático.

O nazismo se institucionalizou, de fato, não como uma estratégia de regular os conflitos de uma sociedade civil marcada pela presença de indivíduos em dissenso, mas como uma comunidade movida por um interesse comum, definido pela vontade do Führer, ao qual todos deveriam respeitar. Nesse sentido, ele nega a existência de uma sociedade civil em conflito. Não se trata mais de contratar trabalhadores por meio de contratos privados, mas de integrá-los a uma comunidade de trabalho formada por empresários e trabalhadores, sob a regência do Behemoth nazista, marcada por interesses comuns.

Também não se trata mais de garantir, nos termos liberais, individualistas e negativos, a propriedade privada dos capitalistas, mas de integrar todos os esforços de empresários, trabalhadores e das pessoas em geral, homens, mulheres, jovens e crianças, em uma unidade orgânica que se ponha a realizar os objetivos do regime nazista em comunhão de interesses, um processo que, no campo econômico, implicou na criação de grandes monopólios e a destruição da concorrência dos pequenos negócios pelo poder do *Behemoth* nazista. O regime nazista não eliminou o sistema capitalista e a propriedade privada, mas ajudou a eliminar pequenos negócios para consolidar grandes monopólios, que mantiveram independência em relação ao poder político, mas estavam integrados no esforço de realizar os objetivos do regime.

Todo este movimento, em grande medida, mostra Neumann, se deu como resposta ao avanço das demandas sociais sobre o direito, ou seja, em razão de sua democratização no período imediatamente anterior, a qual ameaçava transformar a Alemanha em uma democracia de fato, ou seja, um regime voltado para atender aos interesses de todas as pessoas. A formação desta aliança capitalista-racista se deu, portanto, para barrar o processo de luta por direitos, cujo auge irá se dar na década de 60 do século XX, com a democratização do centro capitalista no pós-guerra, a qual está na raiz do segundo ciclo autoritário, aquele que enfrentamos atualmente.

Mas antes de tratar desse assunto, cabe observar que a luta por direitos modificou completamente as categorias jurídicas criticadas por Marx. Para ficar em apenas um exemplo, o contrato liberal era conceituado como um acordo de vontades que deveria ser simplesmente reconhecido e garantido pelo Estado. Com o passar do tempo, a ideia de contrato se transforma em algo completamente diferente. O avanço da regulação estatal faz com que as leis passem a impor limites significativos à vontade das partes, que deixa de ser a soberana absoluta sobre o conteúdo do contrato. Ao invés de “vontade das partes”, portanto, passa-se a falar da “autonomia privada das partes”, ou seja, a vontade regulada pelo direito, uma vontade que está autorizada apenas a escolher o conteúdo contratual que esteja previsto nas leis ou que não seja proibido por elas.

É justamente em razão destas mudanças, responsáveis por criar o direito sindical e o direito econômico, ramos jurídicos que impuseram limites importantes para a exploração do trabalho e para a livre concorrência, que o primeiro ciclo autoritário se instalou. De maneira análoga, foi em razão do avanço do Estado de Bem-Estar Social no pós-guerra, acusado por críticos neoliberais de criar obstáculos graves para o avanço do mercado e da inovação por tratar os trabalhadores de maneira paternal, diminuindo sua produtividade, concentrar o capital nas mãos do Estado e criar um patamar de gastos sociais que limitava o desenvolvimento de novas tecnologias e produtos, mantendo o crescimento da economia em níveis baixos, que o segundo ciclo autoritário se instalou.

O enfraquecimento do poder do Estado e de seu poder de tributar tem favorecido a concentração do capital e, portanto, de todas as decisões de investimento, nas mãos dos agentes privados. Como mostrou Wolfgang Streek em seu magistral livro *Tempo Comprado: A Crise Adiada do Capitalismo Democrático*, hoje, todos os estados dependem de financiamentos para fechar as suas contas, inclusive os estados do centro capitalista, o que faz com que a política nacional tenha que lidar com uma dupla fidelidade. É preciso governar para os cidadãos, atendendo às suas demandas crescentes por novos direitos, e para pagar as dívidas dos financiamentos, atendendo, assim, às demandas do capital financeiro, que opera cada vez mais livre dos entraves das legislações nacionais e impõe regimes de austeridade a seus devedores.

Um mundo policêntrico e multinormativo

Como foi dito acima, a criação de ordens normativas plurais, descentradas do estado, é marca do direito contemporâneo, um processo que é facilitado pelo avanço da internet, pelo desenvolvimento dos meios de transporte e pela ação política dos agentes interessados neste estado de coisas, por exemplo, os agentes do mercado financeiro que são pródigos em financiar candidaturas e apoiar, por meio de empréstimos, aquelas lideranças políticas que esvaziam, cada vez mais, o poder do estado nacional e que favoreçam a privatização e fragmentação do direito.

Nesse sentido, é importante perceber que as análises de Jürgen Habermas sobre a ligação entre direito e democracia, salvo o conceito de agir comunicativo, conquista da qual a Teoria Crítica não pode abrir mão – pois ele acabou com a ilusão metafísica de uma emancipação protagonizada por um agente social unitário, sujeito-objeto idêntico, na formulação de Lukács – referem-se ao século passado e, por isso mesmo, são incapazes de dar conta do atual estado de coisas. Não é plausível que o direito estatal e as estruturas do direito internacional, igualmente dependentes da força dos estados nacionais, sejam capazes de se impor diante dos fenômenos que já mencionamos, ainda que se admita, como faz Seyla Benhabib em seu esclarecedor *Another Cosmopolitanism*, que estejamos assistindo a uma disputa entre forças pro-fragmentação e forças cosmopolitas.

Habermas desenvolveu, é verdade, uma crítica extremamente útil das patologias do direito paternalista e burocrático dos Estados de Bem-Estar Social, advogando corretamente por sua democratização, mas não tem sido capaz de superar imaginação institucional do século passado para tratar das questões que nos afligem atualmente e mesmo as questões que o afligiam no livro, como mostra William Scheuermann em uma resenha precisa do trabalho, publicada na época de seu lançamento, “Entre o radicalismo e a resignação.”...

Um caminho mais promissor, que Habermas abandonou nos primeiros capítulos de seu datado livro, *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, é estabelecer um diálogo produtivo com autores que pensam o direito atual de forma plural policêntrica, ou seja, caracterizada por vários centros de produção normativa, para imaginar como seria possível

construir uma democracia multinormativa e policêntrica, ou seja, que admita explicitamente a existência de vários centros de produção normativa, sem abdicar do objetivo de garantir que todos os seres racionais afetados pelas normas jurídicas participem ou sejam levados em conta ativamente em sua formação. Reside aqui a importância de debater a obra do precursor deste modo de pensar o direito, Robert Cover, além de autores contemporâneos como Paul Schiff Berman e Gunther Teubner.

Esta linha de análise, que não aposta em uma volta ao século XX, mas que pretende atualizar a ideia de democracia para o mundo atual, também exige revisitar a crítica teológica ao direito e ao poder elaborada por Walter Benjamin e reivindicada por alguns autores contemporâneos. Neste caso, trata-se de evitar o equívoco teórico de concentrar as energias críticas na construção de um direito completamente outro, supostamente construído à imagem e semelhança da amizade ou do amor, em contraposição à suposta violência atávica que caracterizaria o direito como o conhecemos atualmente.

Tal forma de criticar o direito tende a projetar um horizonte utópico idealista para a práxis, o qual parece exigir que saltemos sobre as nossas próprias sombras com a finalidade de inventar uma gramática normativa que não parece ter se manifestado como possibilidade efetiva no mundo de hoje ou, se já se manifestou, é um fenômeno marginal, sem relevância para a gestão dos problemas que enfrentamos. Uma postura como esta, e aqui reside a sua principal contraindicação, tende a ignorar a dificuldade de lidar com as mediações necessárias, postas pela realidade como a vivenciamos, das quais não podemos escapar já que elas constituem as normas que conformam a vida social e a nossa própria subjetividade.

Assim, mesmo que seja razoável, digamos, imaginar um direito totalmente diferente, o qual não padeça dos problemas do direito atual, um direito completamente livre de qualquer forma de violência, resta refletir sobre como edificar este direito a partir das mediações postas no mundo de hoje, a partir dos elementos que constituem nossa realidade e formam nosso modo de pensar o mundo e perceber a nós mesmos. Na falta de um pensamento consequente, responsável, sobre tais mediações, restará apenas para a teoria do direito e da política propor que esperemos uma espécie de Apocalipse redentor.

Ora, este modelo crítico, digamos assim, que espera pelo advento, parece caracterizar boa parte da crítica ao direito contemporâneo e é, salvo engano, nitidamente incompatível com a posição de Walter Benjamin, autor que não aponta para nenhuma espécie de redenção ou transcendência. Ao contrário, fala de uma teologia “pequena e feia”, capaz apenas de divisar uma luz tênue que nos ilumina, não do futuro, *nota bene*, mas do passado, para mencionar, de forma livre, algumas das formulações mais famosas das suas “Teses Sobre o Conceito de História”.

A redenção em Benjamin refere-se a possibilidades de emancipação que ficaram enterradas no passado, mais precisamente, nas ruínas do passado, e que a visão retrospectiva permite divisar por meio de imagens, as quais não projetam um futuro redentor, não fazem parte de um projeto de futuro perfeito, mas nos oferecem a imagem de uma redenção que, evidentemente, não é mais possível. É justamente por isso que Benjamin é, reconhecidamente um crítico da noção de progresso na História. Assim, uma crítica ao direito e da política fundada na redenção futura se parece mais com alguma forma de religião cristã apocalíptica do que com o compromisso radical de Walter Benjamin com a materialidade do mundo *atual*, com os seus objetos mais triviais, inclusive, como brinquedos e os livros infantis antigos, a partir dos quais uma teologia laica, pequena, feia e radicalmente materialista é imaginada, sempre em retrospectiva.

Para uma experiência em comum

A linha de crítica ao direito e à política que me parece mais promissora para compreender o mundo de hoje consiste em:

a) descrever com acuidade das diversas ordens normativas em funcionamento no mundo contemporâneo, suas relações recíprocas, com os Estados e com organismos internacionais,

b) estabelecer a distinção conceitual e prática entre ordens normativas democráticas e ordens normativas autárquicas e

c) discutir novas alternativas para ligar, institucionalmente, direito e democracia, para além do modelo estatal e sem abrir mão das possibilidades emancipatórias abertas pela regulação social dos conflitos, ou seja,

pela possibilidade de devolver à sociedade parte do poder de criar normas jurídicas e resolver conflitos de maneira autônoma, tendo em vista

d) o recrudescimento da violência aberta e de novas polarizações que não parecem projetar um horizonte de entendimento universal possível, colocando em risco a sociabilidade democrática e, principalmente, os agentes sociais mais vulneráveis, em um processo de desumanização crescente.

Este novo horizonte emancipatório, que se encontra hoje obscurecido pela emergência das formas violentas de fragmentação do direito às quais eu me referi aqui, pode vir a ser a grande novidade da segunda metade deste século, desde que deixemos de lado a nostalgia de um estado de direito centralizado e nacional. Imaginar novas formas de pertencimento e novos tipos de comunidade política que não remetam, por exemplo, à nefasta ideia de nação, a seu passado e a seu presente de racismo, xenofobia e exclusão, formas de vida que abram mão da criação imperial e unitária da maior parte das normas que regulam as nossas vidas e da gestão da coisa pública por estruturas burocráticas imensas, caras e opacas, que servem mais para alienar o cidadão da participação política e consumir os recursos sociais escassos, parece ser algo em que vale a pena apostar.

É preciso lembrar que a formação dos estados nacionais e sua competição entre si tem sido marcada por guerras sangrentas e genocídios ao redor de todo o globo, pela destruição de tradições e poderes locais e, muitas vezes, pela extinção da capacidade humana de solucionar seus problemas com autonomia, sem assumir a posição de paciente ou de cliente do estado e de seus serviços públicos. É claro que, como já tivemos a oportunidade de dizer acima, o Estado também foi responsável por combater assimetrias de poder presentes na sociedade, garantindo um mínimo de igualdade para todas as pessoas ao combater privilégios e conter a exploração econômica, a violência em razão de gênero, de raça, de origem, de etnia, de idade, entre outras; e o seu enfraquecimento parece estar permitindo que algumas dessas mazelas ressurgam como toda a força, o que aponta para uma clara desumanização do direito, transformado em mero instrumento do poder.

No entanto, mesmo tendo diante de nós todas estas conquistas emancipatórias dos tempos da política constitucional, diante das metamorfoses atuais, não parece restar outra alternativa: é preciso imaginar uma democracia para além do Estado nacional, uma democracia que pense o Estado como mais uma das ordens normativas presentes no mundo social e que leve em conta o fato de que estamos unidos hoje por uma experiência comum, algo que a crise climática, os escândalos sobre a privacidade e a manipulação da opinião pública na internet e as últimas crises econômicas tem deixado muito claro. Como esta “experiência do comum” – que ainda não é uma “experiência em comum”, pois diz respeito apenas aos efeitos externos, superficiais, que podemos provocar sobre os outros, ainda não diz respeito à afirmação de nossa identidade e à expressão de nossa afetividade – e o atual impulso policêntrico do direito e da política irão se relacionar, ainda não está claro para ninguém.

A narrativa dos direitos humanos, a despeito de sua pretensão universal, é resultado, em grande parte, da experiência estatal e nacional dos pós-guerra, o que ajuda a explicar a sua crise, diante de acusações de etnocentrismo e de incapacidade de incorporar, em seu processo de construção e implementação, a perspectiva dos diversos povos do planeta, a despeito de belas tentativas, como a de Boaventura de Souza Santos em *Se Deus Fosse Ativista dos Direitos Humanos*, de buscar em outras culturas ideias que permitissem unir todas as pessoas em uma experiência em comum e de um conceito efetivamente universal de direitos humanos. É provável que seja necessário criar uma outra narrativa universal, mais inclusiva e desligada das nações e dos Estados nacionais e seus Tribunais internacionais, para que possamos criar instituições que garantam um padrão mínimo para o funcionamento das diversas ordens normativas relativamente autônomas.

Nesse sentido, é muito interessante notar que a Encíclica *Laudatio Si'* do notável Papa Francisco, que tem se mostrado um aliado na luta pela emancipação humana, busca convencer a todas as pessoas da necessidade de pensar nossa interconexão a partir do problema ecológico e não do reconhecimento cru da humanidade do outro em toda a sua diferença, o que me parece uma inteligente, significativa e, provavelmente, eficaz, estratégia de esquivia. Afinal, é mais palatável, talvez, reconhecer o direito moral do

outro a viver de forma digna como parte de uma natureza fustigada pelos excessos capitalistas do que garantir a ele, de forma seca, o direito em sentido jurídico a esta condição, afinal, a natureza, para a fé cristã, é uma manifestação da vontade do Criador e comprometer a sua integridade um pecado. Mas, mesmo sem pensar nos termos da fé, é claro que a destruição da natureza também significará a nossa destruição física.

Teóricas como Judith Butler, em sua obra mais recente, têm se voltado para categorias como a de *vulnerabilidade* para tentar estabelecer um mínimo ético comum capaz de fundar o universal em outros termos. Há tentativas de realizar uma tarefa semelhante com a utilização de um conceito de interseccionalidade, como podemos ver nos escritos mais recentes de Patrícia Hill Collins e outras teóricas. A partir destas tentativas, ao invés da dicotomia nacional e internacional, cidadão e estrangeiro, universal e particular, talvez sejam criadas outras que permitam construir desenhos institucionais que deixem para trás o imaginário estatal e nacional.

Seja como for, deixo aqui algumas ideias finais a serem investigadas adiante, não acredito que a tarefa de construir uma experiência comum seja estritamente teórica, mas sim eminentemente prática: os direitos humanos nasceram do trauma mundial das Grandes Guerras; não da experiência genocida da escravidão, não da violência aberta do colonialismo, não dos genocídio de pessoas negras e indígenas ao redor do mundo, não da violência de gênero contra mulheres, pessoas trans e transsexuais, não da exploração do trabalho – questão que permanece, aliás, objeto de uma organização internacional especializada – ausências que evidenciam, em boa parte, os limites desta narrativa que se pretende universal, ainda que ela permaneça como uma das únicas tentativas construir uma ideia de igualdade e sua respectiva institucionalização em âmbito global.

É fato que Butler procura ancorar a sua reflexão sobre vulnerabilidade no 11 de setembro e em outros acontecimentos como a reunião de corpos em assembleias públicas capazes, talvez, de comover o mundo – ou ao menos as pessoas presentes nestes espaços – e produzir experiências subjetiva disruptivas que nos ponham diante de nossa vulnerabilidade e da vulnerabilidade do outro, integrando eu e outro em um laço reflexivo e afetivo em comum, por exemplo, em seu recente *Corpos em Aliança e*

Política das Ruas. Ou de criar uma espécie de semente para uma prática universal de lutas sociais mais enraizadas, contra a atual crise do universal que temos nas mãos, os direitos humanos.

Mas, eu apenas desconfio, diante da escalada de violência e de agressividade política e econômica em que estamos imersos nesse momento, nesse ponto de nossa história comum, eu desconfio que estes atos de barbárie não sejam, ainda, capazes de produzir uma verdadeira experiência em comum. Ao contrário, eles parecem estar aguçando ainda mais o desejo de agredir ao evidenciar que vidas que pareciam protegidas e invulneráveis, vidas ricas e inacessíveis à agressão física, as vidas de Nova Iorque, de Paris, de Berlim e de Londres, podem agora ser atingidas, podem gritar e sofrer. Afinal, a percepção da vulnerabilidade do outro pode aguçá-lo, em certos casos, a sede necrófila de violar e de matar.

De outro lado, a ideia de que as manifestações públicas em assembleia aumentem o grau de sensibilidade diante da exploração econômica das pessoas não passa de uma aposta. Como diz Butler, de um lado, a ideologia neoliberal da completa autonomia do indivíduo, segundo a qual devemos nos tornar totalmente responsáveis pelo nosso bem-estar, devemos agir como empreendedores de nós mesmos, sem direito a nenhum tipo de suporte social, não parece apresentar sinais de enfraquecimento, ainda que as mencionadas assembleias públicas possam ser interpretadas como tentativas de afirmação de que estas vidas importam.

Mas pode ser que essa suposta ideologia individualista não passe, no final das contas, de uma cortina de fumaça ou de um fenômeno localizado: há evidências de que, ao menos nos EUA, a liberalização dos mercados esteja andando ao lado da revalorização da família e dos valores tradicionais, como mostra o belo livro de Melinda Cooper, *Family Values: Between Neoliberalism and New Social Conservatism*. É provável que o avanço do capitalismo financeiro e a destruição dos estados de bem-estar social não estejam sendo justificados apenas por uma ideologia radicalmente individualista e não solidária, mas sim por uma ideologia conservadora, que defende a solidariedade praticada por meio da família, da comunidade, da benemerência, processo que é totalmente compatível com a ideia de destruir direitos.

Nesse sentido, não se trata de afirmar que as pessoas não devam viver de forma digna, não se trata de negar solidariedade e empatia, mas se trata de afirmar que não é razoável garantir direitos que imponham um patamar de igualdade material à força, pois é preciso manter o capitalismo funcionando de forma eficiente, rápida e inovadora. Deixando-se de lado, é claro, a constatação que estamos vivendo um processo de concentração radical de riqueza, diagnosticado por Thomas Piketty no seu *O Capital no Século XXI*: cada vez menos pessoas são capazes de atingir um patamar materialmente confortável e seguro de existência, o que vai tornando a ideia de proteção social via benemerência algo materialmente impossível ou simplesmente cínico.

Esta indiferença estrutural ao sofrimento humano, típica do capitalismo, como já mostrara Karl Marx, ajuda a justificar a necessidade de privilegiar a proteção econômica de certos grupos em detrimento de outros, por exemplo, a família deve ser protegida em detrimento de estrangeiros, os nacionais devem ser protegidos em detrimento dos estrangeiros, o que o capitalismo compatível, na falta de uma noção forte de estado de direito democrático, a toda forma de violência identitária. Violência da identidade nacional contra pessoas estrangeira, a identidade de uma certa visão religiosa do mundo contra certas manifestações de gênero. Como mostra Achille Mbembe em sua *Crítica da Razão Negra*, o rebaixamento da humanidade das pessoas negras foi uma das justificativas de sua exploração econômica. Mas este processo pode, eu insisto, ocorrer sem a necessidade de rebaixamento, que é uma condição que pode facilitar sua ocorrência, mas não é uma condição necessária.

Eu posso lamentar sinceramente a sua sorte, posso chorar a sua dor e reconhecê-la, posso inclusive manifestar publicamente minha solidariedade e ajudar no que eu posso, mas, se o capitalismo se apresentar como uma guerra econômica de todos contra todos, uma guerra em que a inovação rápida impõe a destruição radical de toda ideia de segurança, não terei meios para evitar que você morra, pois isso estará acima das minhas forças. De novo, para duvidar de soluções do dilema do universal, que também é o dilema do direito democrático, por vias como a da vulnerabilidade ou da mera afirmação ética da humanidade, de um ato sincero e profundo de re-

conhecimento da dor do outro não decorrerá, jamais, o meu dever de ajudá-lo se a minha sobrevivência física também estiver em risco.

Sem um patamar mínimo de segurança, inclusive econômica, não há humanidade possível. Sem direito democrático, a conclusão se impõe, não há humanidade. Nesse sentido, o neoliberalismo, hoje, é um dos principais motores da fuga do direito, é um mecanismo essencial para impulsionar toda forma de perversão do direito.

Seguindo esta ordem de razões, contra apologetas da necrofilia ou, ainda, contra a indiferença estrutural à exploração, ninguém está autorizado a excluir o uso da força: até mesmo Thomas Hobbes considerava legítima a resistência contra quem procura tirar a vida de uma pessoa. A necrofilia, ética ou estrutural, não se combate apenas com argumentos e performances públicas. Muito sangue foi derramado, por exemplo, para que fosse conquistada uma jornada de trabalho de oito horas, batalha hoje que está sendo perdida com a flexibilização das formas de contratação, no centro do capitalismo inclusive.

Pode ser que a reflexão conjunta sobre todas as opressões a partir de um mesmo referencial interseccional ajude a criar, com o passar do tempo, uma percepção mútua da opressão e da vulnerabilidade e produza uma base de onde se possa partir para edificar um novo universal. Mesmo porque, na falta de uma narrativa universal que sirva de medida para as várias formas de sociabilidade, será muito difícil diferenciar as formas emancipatórias das formas regressivas. A mera descrição de arranjos sociais, por assim dizer, das diversas estratégias de convivialidade entre pessoas e suas estratégias de solução de conflitos, todas elas sempre muito ricas e exuberantes, não tem absolutamente nada a dizer sobre seu caráter democrático ou não.

Pode ser que seja necessária uma nova guerra mundial, ainda mais radical, ainda mais sangrenta, para que possamos fundamentar, racional, afetiva e corporalmente, uma nova experiência que almeje ser, realmente, em comum e se imponha, ainda que por algum tempo, sobre o enigma permanente da violência humana, que anda a par, aliás, com o enigma de nosso altruísmo, como mostram as pesquisas reunidas pelo biólogo Franz de Waal em seu importante *A Era da Empatia*. Eu espero que não seja ne-

cessário vivenciar um novo trauma de dimensões épicas para que um novo laço em comum se forme entre as pessoas, nem que pessoas famintas, sem nada a perder, saiam às ruas dispostos a matar e morrer e tirem todo mundo da sua zona de conforto físico e moral, mas eu não sei. Neste momento, tudo me parece excessivamente em risco.

O que só aumenta, a meu ver, a urgência de assumir uma atitude crítica, uma atitude que se recuse a meramente registrar, em tempo real e com impressionante erudição e criatividade categorial, a emergência contínua de novas catástrofes. Uma atitude que defenda claramente a centralidade do direito democrático, mesmo que não seja na forma de um Estado nacional contra e evidente recrudescimento de processos de desumanização.

Fecho: a centralidade do direito democrático

O trabalho da impressionante escultora brasileira contemporânea Monica Piloni nos ensina outra vez, a meu ver, uma lição antiga. Uma lição que nos é acessível ao menos desde a época das tragédias gregas e que eu procurei compreender a meu modo em um texto, escrito faz alguns anos, intitulado “Direito e ódio”, escrito a partir de um painel de Gustav Klimt chamado *Jurisprudenz*, infelizmente destruído pelas chamas na Segunda Guerra Mundial. Algumas imagens da obra chegaram a nós por meio de fotografias.

Não há espaço para repetir a análise que desenvolvi neste escrito, que compara a imagem do painel com a tragédia Oresteia de Ésquilo para interpretar a pintura de Klimt. Mas em suma, o que eu acredito ter no texto é que, ao que tudo indica, a violência, assim como o altruísmo ou o amor, não se prestam a serem objeto de projetos de revolução, ou seja, não se deixam suprimir ou eliminar a golpes de conceito, de lógica ou de machado. A violência, o amor, o altruísmo, o desejo, o ódio, prestam-se apenas à formalização, demandam mediações para que não lancem as pessoas e a sociedade em um estado caótico e desarticulado.

Monica Piloni² desmembra e destrói seu próprio corpo, desligando a sua cabeça e os seus membros do tronco – que normalmente é suprimido na obra final – para depois remonta-los de forma inusitada e fotografá-los em séries de imagens que escondem o gesto lúdico – ou pervertido – de juntar e separar as partes do que, em algum sentido, ainda é ela mesma. Mas não se trata de violência física, isso é evidente, não se trata de uma auto-violação real: as partes do corpo estão protegidas por uma transmutação em material inorgânico, o corpo real servindo de molde.

É quase como um falso assassinato ritual ainda em vida, pois é preciso produzir uma versão morta do corpo real para que seja possível brincar com ele dessa maneira. Afinal, não seria razoável ou mesmo possível imaginar a artista manipulando as partes inertes do seu próprio cadáver para fotografá-las em poses sucessivas. Ou fazer tal coisa com o corpo morto ou vivo de uma outra pessoa. Aliás, muito significativo que a artista não faça a mesma coisa que faz consigo mesma com o corpo mais de ninguém, é significativo que ninguém mais seja objeto desta violência criativa do que ela mesma: o risco de violência do procedimento é sempre zero ou menos do que zero.

É justamente a proteção do inorgânico e do gesto ritual sempre auto-inflingido, é a transmutação da carne em matéria inerte pelo processo de produção de uma cópia, muito próxima do real, cópia feita com a aplicação de resina sobre o corpo da artista, um procedimento que, imagino, leva um pouco mais dela mesma para a obra futura e que, portanto, é um pouco mais do que uma mera cópia, mas que, mesmo assim ainda é uma cópia, formalizada em resina, uma cópia produzida a partir do toque na própria pele da artista, por meio de um procedimento que alcança a maior proximidade do corpo possível.

² Este texto foi escrito a partir da visão das seguintes obras: “And I ask myself: why? (E eu pergunto: por quê?)”, 2014 - edition 1/3 - sculpture and photography, archival pigment print - 27,55 x 39,37 in (66x99cm)”, “Would you want my soul? (Haverias de querer minha alma?)”, 2014 - edition 1/3 - sculpture and photography, archival pigment print - 27,55 x 39,37 in (66x99cm)”; “For what reason would you want my soul on your bed? (E por que haverias de querer minha alma na sua cama?)”, 2014 - edition 1/3 - sculpture and photography, archival pigment print - 27,55 x 39,37 in (66x99cm). Infelizmente os organizadores deste livro consideraram as obras de Piloni fortes demais para este perfil de publicação por isso o leitor não poderá vê-las aqui. Há reproduções no site da artista: <<https://www.monicapiloni.com>>.

Ora, é justamente essa formalização que abre um espaço legítimo para que sejam perpetrados os atos de barbárie e perversão estilizada, pois subtraída de gritos, de dor e de sangue, atos praticados em nome do inusitado, em nome de produzir imagens perturbadoras que mostrem ser possível transformar e criar até mesmo com a manipulação inusitada daquilo que aparece como imutável e proibido, o templo sagrado e inviolável de nosso próprio corpo. Uma dupla desnaturalização, portanto, da carne de um corpo real pela cópia em resina e da imaginação congelada sobre o que existe de mais evidente por sua inusitada manipulação.

É possível expandir a imaginação dessa maneira porque ela foi devidamente mediada e liberada pela forma artística: a arte permite ir além, impunemente, do que seria possível ou aceitável pelo senso comum, talvez, com sorte, para desafiá-lo e desestabilizá-lo, abrindo novas possibilidades de pensamento e de vida. Sem a mediação da arte, estaríamos diante de uma violência real, de um ato bárbaro de verdade, de uma agressão contra a lei.

Na Oresteia de Ésquilo, graças à habilidade da juíza Atena, que negocia com argumentos a transmutação que Ihe é pertinente, contra a violência aberta das Erínias, contra um ódio cego que alimenta uma sede de vingança que parece incontrolável, é transmutado em violência medida. As Erínias se transformam em Eumênides ao abdicar da vingança em troca de ocupar uma posição de extremo poder sobre todos os habitantes da cidade. Sem a benção delas, as Eumênides, diz Atena, nenhum lar prosperará.

No texto que escrevi sobre o quadro de Klimt e aqui, a partir das fotografias de Monica Piloni, gostaria de sugerir que o direito exerce uma função análoga ao procedimento adotado pela artista e por Atena ao negociar a paz com as Erínias. O direito é uma mediação que formaliza a violência cega em outra coisa, sem buscar suprimi-la de uma vez por todas e, talvez, aproveitando seu potencial criativo e canalizando seu impulso emancipatório por meio de formas que não permitem que o tecido social, a normatividade social e as subjetividades, sejam violentamente destruídas.

O direito, portanto, marca a presença da violência no interior da sociedade, mas de forma mediada, ou seja, uma violência transmutada e protegida por procedimentos, dirigida procedimentalmente a um material inorgânico e às vezes puramente ideal, a saber, as palavras e gestos articulados em um tribunal: ser formalmente declarado “culpado”, por si só, é uma forma grave de agressão ritualizada. Pergunte a um condenado.

O direito democrático não deixa de ser, em certa medida, uma modalidade ritualizada de violência em que as pessoas estão autorizadas a afetar umas às outras impunemente, legitimamente, sem comprometer a paz social e a sobrevivência física de todas as pessoas. É por esta razão que, de novo, eu apenas desconfio, a fuga do direito e suas formas de perversão podem terminar por incitar as pessoas a adotarem a violência aberta, a abandonar os procedimentos ritualizados pelas normas jurídicas em nome do desejo e da necessidade de afetar as demais pessoas. Como eu procurei mostrar em meu texto “A desintegração do status quo: direito e lutas sociais”, a democracia só existe de fato em formas de vida em que a riqueza e as posições de poder de todas as pessoas estejam efetivamente, e afetivamente, em risco.

A democracia, o direito democrático, se efetiva contra a imunidade, contra a naturalização das normas sociais e das subjetividades. Afinal, para que novas subjetividades possam se expressar, para que novos sujeitos e novas formas de vida possam ser criadas, valorizadas e, eventualmente, beneficiadas por políticas públicas distributivas, será necessário redirecionar recursos materiais e simbólicos em seu favor, processo que pode desestabilizar a posição de uma série de pessoas e grupos e demandar a transformação de diversas normas sociais postas.

Nesse sentido, o direito democrático também demanda de seus adeptos, é preciso deixar claro, alguma forma de resiliência, de tolerância individual e coletiva à mudança, à agressão ritualizada, à eventual perda individual de valor e de riqueza com a vantagem é claro, deste processo não ter chance de resultar na aniquilação física. Mas, diga-se, as mudanças serão cada vez mais radicais e mais velozes na exata medida do aumento da diversidade e do pluralismo.

A esta altura da análise cabe dizer que talvez a solução do enigma da violência humana, do altruísmo, do amor e do ódio, entre outros impulsos que jamais param de eclodir, passe, ainda que apenas parcialmente, pela nossa capacidade de desenvolver procedimentos que permitam a prática dos atos necessários para que sigamos sobrevivendo fisicamente e mantendo nossa subjetividade relativamente organizada, sem que para isso seja necessário praticar violência aberta algo que se faz, a meu ver, contra o fundamentalismo neoliberal do mercado.

O nome de uma destas formas, aparentada ao procedimento que produz as esculturas de Monica Piloni ou ao procedimento capaz de transmutar Erínias em Eumênides; podemos dar o nome a este procedimento de direito democrático, uma ideia e uma forma institucional pela qual é necessário lutar. Em nome de nossos afetos, da liberdade e da necessidade de afetar as demais pessoas, para que possamos continuar a ser quem somos, mesmo diante da necessária transformação do mundo e de nossa subjetividade que é definida e redefinida pelos conflitos nos quais está envolvida. Para falar com “Angústia e Política” de Franz Neumann, como produzir subjetividades democráticas e construir um direito que esteja à sua altura é a questão que a teoria crítica precisa responder, continuamente.

“EM DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO”, DIZEM ELES MAS O QUE É O POSITIVISMO?

Lenio Luiz Streck*

Considerações iniciais

Em artigo publicado em maio de 2018¹, no jornal *O Estado de São Paulo*, Eros Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, declarou-se “em defesa do positivismo jurídico”. Ao explicitar as razões pelas quais se declara um positivista, Eros Grau diz que não se cansa de repetir que “os juízes interpretam/aplicam a lei, não fazem justiça”; diz que “[o] que caracteriza o Direito moderno é a objetividade da lei, a ética da legalidade”.

Eros Grau, um ex-ministro da Suprema Corte, diz ter medo dos juízes. “Em especial dos juízes dos nossos tribunais”, que, segundo o autor, insistiriam “em substituir o controle de constitucionalidade por controles de outra espécie, quais os da proporcionalidade e razoabilidade das leis e da ponderação entre princípios”.

Ressalvas feitas a algumas questões terminológicas, que se dão em razão de operarmos a partir de paradigmas diferentes, aqueles que são minimamente familiarizados com a Crítica Hermenêutica do Direito – matriz teórica por mim inaugurada – perceberão uma série de similari-

* Doutor em Direito pela UFSC e pós-doutor em Direito pela FDUL. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, da Universidade de Málaga e da Universidade de Lisboa. Professor emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Membro catedrático da Associação Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Presidente de honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Coordenador do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. e-mail: lenio@unisinos.br.

¹ O texto em questão foi reproduzido, na íntegra, pelo portal *Consultor Jurídico* (GRAU, 14 de maio 2018).

dades entre o discurso de Eros Grau e o meu. Isso não é por acaso. Eros Grau tem minha admiração, e, mais do que isso, endosso muitas de suas críticas. Como ele, também sou um defensor da legalidade; como o ex-ministro, também chego, por vezes, a ter medo dos juízes – especialmente dos nossos juízes. Penso que ele acerta sobremaneira ao criticar a (suposta) “ponderação” entre princípios que se vê na práxis brasileira cotidianamente (que, ressalto, da forma como é feita por aqui, é um verdadeiro crime com a teoria alexyana...)². Como Eros Grau, identifico (e venho falando nisso há anos, no que chamo de diferença ontológica)³ que entre texto e norma há uma diferença, e não uma cisão.

Suas críticas – repito, porque se faz necessário: ressaltadas algumas de suas terminologias – são acertadas. O direito brasileiro já de há muito demonstra uma série de problemas muito graves. Em nome de uma “justiça” abstrata, juízes afastam, à própria escolha, a lei democraticamente aprovada no Parlamento. A partir de recepções malfeitas de teorias estrangeiras, confere-se um verniz jurídico a decisões que se baseiam em nada mais que a vontade do julgador. Odes por segurança jurídica, por parte de personalidades como Eros Grau, são, mais do que bem-vindas, *necessárias*.

Há, porém, um problema: caminho ao lado de Eros Grau somente até certo ponto. Acompanho o ex-ministro, mas somente até o momento

² Os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tenciona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são integralmente desconsiderados na maioria dos casos. Ademais – como se não bastasse –, na importação brasileira de Alexy, alguns juristas como Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos propõem que, além da ponderação de princípios, deve existir também uma ponderação entre regras; tese esta repetida, sob outro fundamento, por Humberto Ávila. Sobre o ponto, ver o verbete *ponderação*, de meu *Dicionário de Hermenêutica; Ponderação e Arbitrariedade*, de Fausto de Morais; e *Direitos Fundamentais e Teoria Discursiva*, de Rafael Giorgio Dalla Barba (STRECK, 2017; DALLA BARBA, 2018; DE MORAIS, 2016).

³ Sobre o ponto, ver o verbete *diferença ontológica*, de meu *Dicionário de Hermenêutica* (STRECK, 2017).

em que chegamos a certa altura da estrada. Chega uma hora em que tomamos rumos diferentes. Ao identificarmos os mesmos problemas, Eros Grau diz: “sou um positivista!”. É aí que nos separamos. Uma vez mais, aqueles que são minimamente familiarizados com a Crítica Hermenêutica do Direito já bem sabem que sou um grande crítico do positivismo jurídico.

Mas há, em minhas críticas à conclusão a que chega o ex-ministro, outro ponto fundamental: a “solução” que ele encontra está baseada em uma premissa que, ainda que comece certa, termina fundamentalmente errada. Como vimos, Eros Grau, a partir de seus (mais do que justificadoss) receios com relação ao rumo que tem tomado o direito brasileiro, coloca-se “em defesa do positivismo jurídico”; o problema é que o positivismo que o ex-ministro defende, diz defender, já não existe mais. Desde o século XIX. É o que vou demonstrar aqui. Baseado em critérios.

Da(s) compreensão(ões) equivocada(s) acerca do(s) (diferentes) positivismo(s)

Isto deve ser dito: o artigo assinado por Eros Grau não é o único baseado em uma compreensão equivocada acerca do que é o positivismo jurídico. Na verdade, assim falando, Eros Grau representa o pensamento médio da comunidade jurídica brasileira. Ou seja, é somente (mais) uma manifestação de uma doutrina que falhou epistemicamente ao (tentar) responder *o que é isto – o positivismo?*.

De todo modo, o ensaio publicado no Estadão serve como um bom ponto de partida para que seja possível, uma vez mais, desmi(s)tificar a vasta série de equívocos quando o assunto é esse. No Brasil, nas salas de aula, repete-se o mantra: “*positivismo é aplicar a ‘letra fria’ [sic] da lei!*”. Por confundirem positivismo com legalidade, já fui, muitas vezes, chamado de positivista.

O ponto é que positivismo *não* é “*aplicar a letra ‘fria’ [sic] da lei!*”. Talvez já tenha sido quando, na França, a Escola da Exegese, baseada em Montesquieu dizia que o juiz era a *bouche de la loi* (“a boca da lei”). Lembremos, contudo, que “a lei” ainda era a lei do *Code Napoléon*. Desde então, o juiz mudou, a lei mudou, a França mudou, o Brasil mudou, o mundo mudou. Por óbvio, mudou o positivismo também – mas, ao que pare-

ce, ainda insistem que sou um positivista por dizer que o texto legal importa⁴, e talvez seja pelo mesmo motivo que ainda ressoe, nas salas de aula, que Kelsen – sobre quem falarei com mais vagar no tópico subsequente – era um exegeta. Positivismo é muito mais do que aquilo que foi a sua formulação original: o legalismo (seja ele manifestado através do exegetismo francês, da jurisprudência dos conceitos na Alemanha, ou através da jurisprudência analítica inglesa – inaugurada, em certa medida, por Jeremy Bentham⁵, em sua *expository jurisprudence*, que, somada ao todo, levava à campanha pela codificação do Direito em substituição ao *common law*)⁶.

Eros Grau acerta no início, quando liga ao positivismo uma ideia de separação entre concepções – talvez, para os positivistas, *conceitos* –, sejam elas(es) meramente pessoais, subjetivas(os), ou não, de *justiça* e *direito positivo*. Essa ideia pode ser vista na clássica formulação de John Austin, pai da (já brevemente mencionada) jurisprudência analítica (hoje conhecida como *positivismo clássico inglês*, já que, ainda que, à época, não levasse o nome de positivismo, o reconhecimento do germe do fenômeno nessa escola é unânime na doutrina)⁷. Para Austin, muito diretamente,

a existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo a um determinado padrão é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que even-

⁴ Vejam: De “o texto legal importa” não se segue que eu acredite nas falácias já superadas pelo próprio positivismo de que a aplicação do Direito como deve ser implica em um textualismo raso, ingênuo, segundo o qual basta “aplicar o que está escrito” (como se isso (i) fosse possível e (ii) significasse alguma coisa).

⁵ Para uma desmi(s)tificação da obra de Jeremy Bentham, ver artigo que publiquei na *Revista Brasileira de Direito Processual*, em coautoria com Igor Raatz e Gilberto Morbach (2017, p. 221-242).

⁶ Falei sobre isso nas notas introdutórias que acrescentei à última edição de meu *Verdade e Consenso* (STRECK, 2017).

⁷ Apenas para um esclarecimento terminológico – sou um hermeneuta; *palavras importam*: disso não se segue, necessariamente, que *unanimidade, consenso, signifiquem verdade*.

tualmente desgostemos dela, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos.⁸

Aqui, fica muito clara a origem das grandes teses positivistas: (i) a tese da *separabilidade* entre Direito e moral e (ii) a tese das *fontes sociais*⁹, que são as únicas fontes responsáveis pelo Direito. Veja que Hart – provavelmente, o maior nome do positivismo jurídico anglo-saxão, de quem também falarei com um pouco mais de vagar a seguir – dá uma definição muito parecida: diz que o positivismo “designa a afirmação simples de que não é necessariamente verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou a satisfaçam” (HART, 2012, p. 240).

O problema é que, daí em diante, Eros Grau esquece a grande pretensão que dominou as teorias positivistas a partir de Austin. Ela é nada mais que a tentativa de desenvolver teorias capazes de, tão somente, *descrever o Direito*, de forma *moralmente neutra*.

A tradição dominante do positivismo jurídico nunca disse que o juiz tem um dever de aplicar o texto legal. Mais: a tradição positivista dominante jamais disse nada sobre a atuação do juiz *per se*. Característica típica do juspositivismo é, justamente, *não se preocupar com a decisão judicial*. É *essa* minha divergência com o positivismo, e é *esse* o equívoco de Eros Grau. Como defender que os juízes respeitem a lei invocando uma teoria cuja tradição dominante *nada tem a dizer* sobre a forma como os juízes devem se comportar?

Veja-se, ainda, que é *muito pelo contrário*. Explica-se: retomando, depois de Austin, no século XIX, o grande nome do positivismo é H. L. A.

⁸ Tradução livre para “[t]he existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation” (AUSTIN, 2001 [1832], p. 157).

⁹ Naquilo que Ronald Dworkin (bem) chama – e eu acompanho – de tese do *pedigree*. Para essa e outras belas críticas do positivismo, ver *O Modelo de Regras I* (DWORKIN, 2002, p. 23-72).

Hart. Já na década de 1960, de forma muito sofisticada¹⁰, Hart vai modernizar, em sua obra *O Conceito de Direito* – a partir de paradigmas inaugurados por Ludwig Wittgenstein, em *Investigações Filosóficas* – o conceito que Austin havia formulado: aquele segundo o qual o Direito era, simplesmente, *o comando de um soberano*¹¹. Para Hart, o Direito era, em verdade, uma união entre *regras primárias* (i.e. regras diretas, que regulam as condutas) e *regras secundárias* (regras acerca da modificação e funcionamento das regras primárias), constituindo uma *prática social* originada a partir daquilo que o autor denominou de *regra de reconhecimento* – uma *convenção* entre os funcionários do sistema, responsáveis pela aplicação do Direito, a partir da qual estes aceitam e aplicam os padrões e critérios que pautam o funcionamento do sistema jurídico¹².

Não é o propósito deste texto pormenorizar a teoria *hartiana*. Contudo, é importante que se tenha em mente ao menos essas brevíssimas noções para que se entenda por que o positivismo como ele é efetivamente *o exato oposto* do que dá a entender o artigo de Eros Grau. Hart – que deixa muito claro não se preocupar em dizer como o Direito deve ser, ao mencionar, ao início de sua já mencionada *magnum opus*, que pretende¹³ fazer uma espécie de “sociologia descritiva” do Direito –

¹⁰ Isto tem de ser dito: minhas divergências e ressalvas ao fenômeno não significam que eu não respeite os teóricos positivistas, suas complexidades e, sobretudo, seu importantíssimo legado; muito pelo contrário. Tenho profundo respeito por autores como Kelsen, Hart, e até mesmo os mais contemporâneos, como Raz, Marmor e Shapiro.

¹¹ Era assim que, desde Hobbes e Bentham, Austin conceituava o Direito – e, conseqüentemente, diferenciava o comando jurídico de outras espécies, como pressões exercidas pela moralidade pública, comandos divinos (Austin, diga-se, era um cristão), etc.: era direito válido aquilo que fosse um comando do soberano e implicasse em uma sanção na hipótese de descumprimento.

¹² O positivismo de Austin e Hart, além de uma série de outras versões, são explicitadas com mais vagar no verbete *positivismo jurídico*, de meu *Dicionário de Hermenêutica* (STRECK, 2017).

¹³ E digo “pretende” porque, para mim – e para quem opera a partir de um paradigma hermenêutico –, descrições *moralmente neutras* são *impossíveis*. Não subscrevo à tese *humeniana* de que há uma dicotomia entre *fato* e *valor*. Para explicar, peço licença para tomar emprestado o belo argumento de Alasdair MacIntyre (filósofo moral que defende um retorno a Aristóteles e à ética das virtudes). Vejamos: das premissas aparentemente descritivas que dispõem, por exemplo, que (i) “o relógio não marca as horas corretamente” e (ii) “o fazendeiro teve um índice de produção maior do que todos os outros” seguem-se, logicamente,

baseia sua (tentativa de) descrição acerca do que é o Direito em (i) *convenções* e, desde sua herança na filosofia da linguagem ordinária, (ii) na ideia de que os textos jurídicos denotam, em algum momento, um grau de *textura aberta*. As conclusões são óbvias: convenções esgotam-se, e *texturas abertas* podem gerar dúvidas quando da aplicação. Hart e os positivistas não são ingênuos; longe disso. São teóricos sérios, e, por isso, não negam aquilo que é inegável. Contudo, apostam em uma solução que não me parece adequada: a *discricionariedade*. As considerações de Hart (2012, p. 164) sobre a *textura aberta* são elucidativas: “[n]ão apenas no terreno das normas, mas em todos os caminhos da existência, há um limite inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer”.

Para Hart (2012, p. 166), qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento – leis, precedentes, *etc.* – jamais será completa, porque “esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de *textura aberta*”.

Em outras palavras, o positivismo, ao reconhecer que é impossível – quando se fala em *Direito* – conceber um código, uma legislação, um sistema completo, infinito, aceita que, quando a convenção termina, o juiz decida com base em seu juízo discricionário. Dworkin (2002, p. 55), em suas críticas, resumiu bem: para o positivista, “quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário pra julgar”. Ora, esse resultado nem poderia ser diferente: o positivista não tem pretensões de dizer como o Direito deve ser aplicado. A discricionariedade torna-se, pois, nada mais que um resultado natural.

Por que essa digressão? Para que fique muito evidente o quanto está equivocado o artigo de Eros Grau – que, como disse, é apenas *uma* manifestação de um senso comum teórico – ao defender a legalidade, a aplicação e o respeito à lei, com base em uma teoria que (i) não está preocu-

as premissas “o relógio é ruim” e “o fazendeiro é bom”. Porque, nas palavras de MacIntyre, “o conceito de relógio não pode ser definido independentemente do conceito de um bom relógio e o conceito de fazendeiro independentemente do bom fazendeiro” (MACINTYRE, 2007, p. 57s).

pada em dizer como deve funcionar a aplicação do Direito e, mais, (ii) aceita a tese da discricionariedade. É o exato oposto do que parece defender o artigo do ex-ministro.

(Ainda) Kelsen (de novo)

Há, ainda, outro trecho do texto de Eros Grau que salta aos olhos: diz que “[a] justiça absoluta – aprendi esta lição em Kelsen – é um ideal irracional; a justiça absoluta só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus”. Pois bem, não compartilho do relativismo de Eros Grau (e de Kelsen). Penso que, além de equivocado, o não-cognitivismo ético representa um grande risco de que se aceite que tudo é relativo (para não mencionar o paradoxo: quem diz que não há verdades tem, ao mesmo tempo, por óbvio, a pretensão de estar dizendo a verdade). De todo modo, ao menos nisto o ex-ministro acerta: Kelsen era mesmo um relativista no âmbito da metaética¹⁴.

Contudo, não deixa de ser curioso perceber que uma das inspirações de Eros Grau, em texto (supostamente) em defesa do “positivismo”, para *defender uma aplicação adequada do Direito* seja logo Kelsen. Porque a ideia de que Kelsen defendia que os juízes deviam aplicar a lei é tão difundida quanto equivocada. Kelsen *não separou* Direito e moral; Kelsen *jamais preconizou* aplicação legalista do Direito.

Dizer o contrário é mal compreender o *título* da obra mais lida de Kelsen quando o assunto é este: *Teoria Pura do Direito*. É a *teoria* que é pura, não o Direito¹⁵; como (muito) bem dizia o saudoso Luis Alberto Warat, que compreendeu Kelsen como poucos, a pureza está no olhar, e não no objeto olhado. Como bem ressalta Leonel Severo Rocha (2003, p. 72), que, com Warat, sabe dizer que, em Kelsen, “[o] *Direito é a linguagem-objeto, a ciência do Direito é a metalinguagem: dois planos distintos e incomunicáveis*”.

¹⁴ Sobre o ponto – tanto em Kelsen quanto no Direito *lato sensu* –, ver o belíssimo *Metaética e a Fundamentação do Direito*, de Arthur Ferreira Neto (FERREIRA NETO, 2015).

¹⁵ Ver o verbete *a pureza do Direito kelseniano*, em meu *Dicionário de Hermenêutica* (STRECK, 2017).

Ou seja: em Kelsen, há uma cisão *não* entre Direito e Moral; pelo contrário. Há, sim, uma cisão entre *Direito* e *Ciência do Direito*. Para Kelsen, o Direito, linguagem objeto, deve ser descrito pela Ciência do Direito, metalinguagem. No primeiro, as normas, que exurgem de um ato de vontade (do legislador na elaboração das leis, do juiz na interpretação e na sentença), carregam, em si, um espaço de mobilidade sob o qual se movimenta o intérprete, em razão dos problemas semânticos que se verificam na aplicação de um signo linguístico. Agora, no segundo, a interpretação é ato de conhecimento: na descrição do Direito, em metalinguagem, a Ciência do Direito produz proposições inter-relacionáveis, de maneira lógico-formal. Daí fica muito claro que Kelsen não só nunca separou Direito e moral como, inclusive, entendia completamente o contrário; em Kelsen, o Direito é política jurídica, envolve moral, subjetivismos. Isso é muito claro.

Kelsen teve seu célebre debate constitucional com Carl Schmitt no ano de 1933; em 1934 escreve *Teoria Pura do Direito*. No conhecido Capítulo VIII, Kelsen desenvolve pela primeira vez a questão da interpretação, onde prevê que a norma – que é sempre o sentido objetivo imputado a um ato de vontade – opera sempre de uma determinada “moldura”, metáfora esta que representa bem a ideia de limites semânticos do texto. Na segunda versão de *Teoria Pura do Direito*, porém, lançada em 1960, Kelsen (2009, p. 394) abandona a ideia de moldura, determinando que a norma pode ser produzida ainda que “se situe completamente fora da moldura”. Com isso, fica claro que até mesmo Kelsen abandona a ideia de que os limites semânticos do texto servem para impor uma limitação nos tribunais.

Considerações finais: ou de como Eros Grau acerta ao errar, e erra ao acertar

É justamente por subscrever ao relativismo moral que Eros Grau não é capaz de exigir uma correta aplicação a partir de uma interpretação autêntica do Direito. Veja como o ex-ministro é, de fato, em muitas medidas, *kelseniano*:

Eis, pois, a regra: a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que

deve (não que pode) tomar. O grave está em que cada caso comporta mais de uma solução correta, nenhuma exata.

Eros Grau diz que há *mais de uma* resposta correta, e que o julgador deve optar por uma delas recorrendo à *sua consciência*. Relativismo moral; rejeição à tese de que há, em Direito, *uma* resposta correta¹⁶; juízes decidindo discricionariamente, de acordo com suas próprias consciências. O ex-ministro acerta: nada mais positivista que isso. Mas, ao acertar, *erra*: porque pretende, baseado nessas premissas, defender uma tese *não-positivista*, que *não se sustenta a partir de teses positivistas*: a de que os juízes devem aplicar corretamente a Constituição e as leis.

Esse é o paradoxo. O texto *acerta ao errar* – erra ao apostar no relativismo moral, mas, com isso, *acerta ao expor*, sem querer, a *causa* e o *problema* da discricionariedade positivista – e *erra ao acertar* – acerta em pedir o fim da “*ponderação*” (à brasileira) e da sobreposição de concepções pessoais de justiça à lei democraticamente aprovada, mas erra ao ver, nisso, a necessidade de uma defesa do positivismo jurídico. Eis, pois, o *fator Eros Grau*.

Referências

- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832].
- DALLA BARBA, Rafael Giorgio. *Direitos Fundamentais e Teoria Discursiva: dos pressupostos teóricos às limitações práticas*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DE MORAIS, Fausto Santos. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 1. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶ Eu, ao contrário, defendo – como Dworkin – a ideia de que há, em Direito, *uma* resposta correta. Àquilo que o jusfilósofo norte-americano chama de *one right answer* dei, no contexto brasileiro, o nome de RAC (“Resposta Adequada à Constituição”). No ponto, ver o verbete *Resposta Adequada à Constituição*, em meu *Dicionário de Hermenêutica* (STRECK, 2017).

- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 1. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a Fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- GRAU, Eros. Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 14 de maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 24 de maio 2018.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 57-58.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, ano 25, n. 99, jul./set. 2017, pp. 221-242.

AS OPINIÕES CONSULTIVAS NO MERCOSUL: ACERTOS E DESACERTOS

Luciane Klein Vieira*

Introdução

Um processo de integração regional, sobretudo aquele que possui uma faceta econômica, necessita de uma estrutura institucional sólida e de uma coesão interpretativa no direito gerado pelos órgãos criados em seu âmago, como condição elementar para colocar em marcha o seu funcionamento e assim consolidar os objetivos erigidos pelos tratados constitutivos.

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), constituído em 26 de março de 1991, pelo Tratado de Assunção, não foge à premissa *supra* referida. Desta feita, almejando ser um mercado comum – modelo profundo de integração econômica que implica nas denominadas quatro liberdades de circulação (mercadorias, serviços, investimentos estrangeiros e fatores de produção) –, possui uma estrutura orgânica determinada, de base intergovernamental, que conta com órgãos com capacidade decisória, dotados da faculdade de legislar, com o intuito de harmonizar as legislações dos Estados que o integram, a saber: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (membros originários desde 1991) e Venezuela (membro desde 2012,

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutora e Mestre em Direito Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires - UBA. Mestre em Direito da Integração Econômica, Universidad del Salvador – USAL e Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Membro da Diretoria da ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado). Diretora para o MERCOSUL do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor) – Gestão 2018-2020. Consultora internacional do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. E-mail: lucianekleinvieira@yahoo.com.br.

suspensão na atualidade, por aplicação do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático).

Como é sabido, estes órgãos com capacidade decisória são o Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo do Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), que, respectivamente, manifestam-se através de Decisões, Resoluções e Diretrizes, normas que integram o chamado direito derivado ou secundário do MERCOSUL. Por sua vez, este direito, via de regra, deve ser internalizado ao ordenamento de cada Estado Parte, podendo, a partir de então, ser aplicado às relações jurídicas que clamam pela incidência das disposições normativas do bloco, das quais não se pode afastar a possibilidade de aplicação nas relações entre particulares, destinatários finais do direito.

Não obstante, além das decisões, resoluções e diretrizes, existem tratados que integram o chamado direito originário ou primário do MERCOSUL, já que dão base ou sustento ao funcionamento do bloco, como é o caso do próprio Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto que complementa a estrutura institucional do MERCOSUL, do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático, do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias, do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL e do Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela.

Desta forma, tanto o direito originário, quanto o direito derivado, conformam o denominado “Direito do MERCOSUL”, que será finalmente aplicado nos Estados Partes do bloco, nas relações entre particulares, e nas relações entre os próprios Estados, conforme o caso. Sendo assim, como alcançar e manter a uniformidade na aplicação deste Direito, considerando que o mesmo será interpretado e aplicado por distintos juízes nacionais, que integram diferentes países, com culturas, valores, sistemas jurídicos e idiossincrasias próprias? Existe algum mecanismo previsto no Direito Mercosureño, que permita o cumprimento deste objetivo? Este mecanismo é efetivo? A partir deste cenário e do problema de pesquisa *supra* referido, abordaremos, a seguir, a estrutura criada pelo MERCOSUL para (tentar) alcançar a uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito gerado em seu âmbito.

O Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL

Em 2002, através do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL, foi criado o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), formalmente constituído e inaugurado no dia 13 de agosto de 2004, na cidade de Assunção, no Paraguai¹.

Este Tribunal, de natureza arbitral, está composto por cinco membros². Cada um dos quatro Estados Partes originários designa um árbitro e um suplente – que cumprirão um mandato de dois anos, renovável por não mais de dois períodos consecutivos – sendo que o quinto árbitro é eleito por unanimidade pelos países mencionados, a partir de uma lista de oito candidatos que os Estados Partes devem elevar à Secretaria do MERCOSUL, na proporção de dois por país, para cumprir um mandato de três anos, não renovável, exceto acordo em contrário³. Até o presente momento, a Venezuela não conta com um árbitro por ela designado, uma vez que ainda não entrou em vigência o chamado Protocolo de Olivos 2 (Protocolo Modificativo do Protocolo de Olivos), tratado aprovado e assinado em 2007, no Rio de Janeiro, que permite a ampliação do número de árbitros no TPR, conforme se dê o ingresso de novos Estados Partes, no MERCOSUL⁴.

Para poder funcionar, o TPR conta com uma Secretaria e com uma dotação orçamentária própria, proveniente de contribuição anual paga, de forma igualitária, por cada Estado Parte (com exceção da Venezuela, pelo motivo antes referido). Na atualidade, o valor da contribuição referida é de U\$S 202.840,00, totalizando U\$S 811.360,00, nos termos da Reso-

¹ Ver o Acordo de Sede entre a República do Paraguai e o MERCOSUL para o Funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão (Decisão nº 01/2005).

² É interessante mencionar que a Decisão nº 30/2005 aprovou as Regras de Procedimento do TPR.

³ O Protocolo de Olivos, no seu art. 18, contempla a composição do TPR. A conformação atual pode ser consultada em: <<http://www.tprmercosur.org>>. Acesso: 29 maio 2018.

⁴ O Protocolo de Olivos 2 ainda está pendente da ratificação do Paraguai, para poder entrar em vigência. Para maiores informações sobre o estado de assinaturas e ratificações, consultar: <<http://www.mre.gov.py>>. Acesso em: 25 maio 2018.

lução nº 43/2017, que aprovou o orçamento da Secretaria do TPR para o exercício de 2018.

A fim de cumprir com o mandamento constante no Protocolo de Olivos, o TPR foi concebido para garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento do Direito originário e derivado do MERCOSUL, de um modo consistente e sistematizado⁵, sendo, portanto, o órgão competente para declarar, com autoridade de coisa julgada, a interpretação autêntica e verdadeira da normativa do bloco (PEROTTI, 2008a, p. 11).

O mecanismo da opinião consultiva

A fim de se evitar que a pluralidade de interpretações dadas, pelos juízes nacionais, ao Direito do MERCOSUL, conduza à uma falta de unidade interpretativa, que pode, por sua vez, fracionar o ordenamento jurídico do bloco, o Protocolo de Olivos, em seu art. 3º, autorizou o CMC a estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opinião consultiva ao TPR, definindo o seu alcance e o respectivo procedimento. Logo, por meio deste mandamento, deu-se origem ao mecanismo referido, inédito até então, no espaço integrado. Não obstante, a ideia do “legislador mercosureño” não foi original, já que esta ferramenta, sob distintas denominações, já existe em outros blocos de integração econômica – a exemplo da União Europeia e da Comunidade Andina, nos quais é chamada de “questão prejudicial” – e, nestes espaços, tem servido para construir os princípios basilares do Direito Europeu e Andino, respectivamente, tais como o da primazia do Direito comunitário sobre o direito interno dos Estados, importante paradigma que pauta a solução de qualquer conflito de fontes, nestes âmbitos.

Em que pese o exposto, claro está que o objetivo buscado foi o de conseguir a uniformização da interpretação do Direito do MERCOSUL, descobrindo o alcance e o sentido das normas regionais, para unificar critérios hermenêuticos e assim gerar um clima de maior previsibilidade e certeza jurídica (KLOR; HARRINGTON, 2007, p. 573). Isso permite que o Direito do bloco obtenha uma aplicação idêntica em todas as jurisdições

⁵ Considerando nº 3 do Protocolo de Olivos.

nacionais onde produza os seus efeitos (ZALDUENDO, 2003, p. 213), evitando, assim, que causas semelhantes, decididas a partir da aplicação do mesmo direito, sejam objeto de soluções contraditórias, que coloquem em risco a estabilidade e a efetividade do Direito referido. Ademais, por meio da opinião consultiva, o TPR poderá fazer uma espécie de controle de convencionalidade⁶ no MERCOSUL, garantindo a aplicação das normas do bloco e afastando a incompatibilidade entre elas e o direito interno dos Estados.

Para poder atingir o objetivo hermenêutico aludido, o TPR, ao se expedir sobre um pedido consultivo, deverá estar conformado por todos os seus árbitros, em reunião plenária, para que assim estejam representados todos os Estados no momento da interpretação da normativa regional (KLOR, 2007, p. 447), o que permite, igualmente, estabilidade na formação do convencimento. Deste modo, observa-se que o TPR detém a competência exclusiva para interpretar o Direito do MERCOSUL, através da emissão de opinião consultiva. Tal determinação advém do art. 3º do Protocolo de Olivos e do art. 2º do Regulamento deste Protocolo (Decisão nº 37/2003).

Legitimidade ativa para a propositura do pedido consultivo e âmbito material da consulta

Por determinação constante das normas que regulamentam o art. 3º do Protocolo de Olivos, antes referido, (Decisão nº 37/2003 e Decisão nº 02/2007) o pedido consultivo pode ser formulado: a) pelos Estados Partes, atuando em conjunto; b) pelos órgãos do MERCOSUL com capacidade decisória, a saber: CMC, GMC e CCM; c) pelo Parlamento do MERCOSUL (disposição incluída pelo art. 13 do Protocolo Constitutivo do PARLASUL, de 2005); e d) pelos tribunais superiores dos Estados Partes.

No que nos interessa, abordaremos, neste artigo, somente o pedido consultivo solicitado pelo Poder Judiciário dos Estados referidos, pois mantém relação direta com o objeto da pesquisa levada a cabo na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Deste modo, para cumprir com o man-

⁶ Sobre o tema, ver: Cristiano Vilhalba Flores (2018).

damento constante do art. 2º da Decisão nº 02/2007, que contempla o Regulamento de Procedimento para o Pedido de Opinião Consultiva ao TPR pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes, são legitimados para solicitar a interpretação do Direito do MERCOSUL ao TPR os seguintes tribunais: a) pela Argentina – *Corte Suprema de Justicia de la Nación*; b) pelo Brasil – *Supremo Tribunal Federal*; c) pelo Paraguai – *Corte Suprema de Justicia*; d) pelo Uruguai – *Suprema Corte de Justicia e Tribunal de lo Contencioso Administrativo*. Com relação à Venezuela, ainda não há norma vigente disciplinando qual seria o tribunal legitimado para solicitar opinião consultiva. Não obstante, apesar desta falta legislativa, tudo nos leva a crer que seria competente a *Corte Suprema de Justicia*, seguindo a linha de raciocínio que designou os tribunais constitucionais dos demais Estados como sendo os legitimados para a propositura do pedido (com exceção do *Tribunal de lo Contencioso Administrativo*) e a autorização constante do art. 3º do Regulamento do Protocolo de Olivos (Decisão nº 37/2003)⁷.

Sendo assim, os tribunais referidos poderão solicitar opinião consultiva, quando tiverem diante de si um caso concreto, que reclame a aplicação do Direito do MERCOSUL, seja ele o direito originário ou o derivado. Todavia, é necessário destacar que a norma não exclui a possibilidade de que a consulta seja dirigida pelos tribunais mencionados a pedido de órgãos judiciais de inferior instância, o que acabou sendo adotado pelos Estados, quando regulamentaram, internamente, o procedimento para o envio da consulta ao TPR, o que veremos mais adiante. Desta forma, qualquer juiz ou tribunal poderá, a partir do tribunal superior do seu Estado de origem, enviar o pedido consultivo ao TPR. Teria sido mais prolixo e efetivo se fosse assegurado, pela norma MERCOSUL, o acesso direto do juiz da causa ao TPR, a fim de evitar dilações desnecessárias.

⁷ Tal como já adiantei em outro trabalho, “o artigo 3º do Regulamento (...) ainda estabelece que os tribunais nacionais indicados poderão delegar competência a um órgão judicial que também cumpra com a condição de Tribunal Superior com jurisdição nacional. Nesta hipótese, a recepção do pedido, conforme o dispositivo mencionado, pressupõe uma comunicação prévia formal do termo de delegação à Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão” (VIEIRA, 2013. p. 127).

Por outro lado, a fim de esclarecer o que pode ser objeto de pedido consultivo, o art. 4.1 da Decisão nº 37/2003 (Regulamento do Protocolo de Olivos) determina que o mesmo deverá se referir exclusivamente à *interpretação jurídica* do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretivas da CCM (KLOR, 2007, p. 445). Apesar do artigo referido fazer expressa menção ao termo “interpretação jurídica”, entende-se que, igualmente, se o juiz nacional tiver dúvidas acerca da validade de uma norma do MERCOSUL, poderá, igualmente, valer-se do mecanismo para consultar o TPR sobre a legalidade de tal disposição (PEROTTI, 2008a, p. 71; LABRANO, 2006)⁸.

Não obstante, o TPR, quando analisa o pedido consultivo, não poderá se pronunciar sobre os fatos do processo principal e também lhe é vedado resolver o caso, uma vez que o processo originário deverá ser solucionado pelo juiz nacional, quem deve finalmente aplicar o Direito do MERCOSUL, levando em consideração a interpretação brindada pelo TPR (PEROTTI, 2008a, p. 17)⁹. Tampouco o TPR poderá interpretar o direito interno do Estado Parte ou qualificá-lo¹⁰, o que é competência exclu-

⁸ No mesmo sentido, o Projeto de Protocolo Constitutivo de uma Corte de Justiça do MERCOSUL, de autoria do PARLASUL, estabelece, no seu art. 35, que o órgão jurisdicional nacional deverá elevar o pedido prejudicial quando tiver dúvidas sobre a validade de uma norma do MERCOSUL.

⁹ No mesmo sentido: “resultaría absurdo no considerar los hechos, cuando menos *prima facie*, al sólo efecto de comprender el contexto en el cual se plantea el pedido de OC. (...) Pero queda claro que el límite del marco de la OC está representado por no sustituir al órgano juzgador, a quien en definitiva corresponderá decidir” (TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL, 24/04/2009). Para mais detalhes a respeito da opinião consultiva mencionada ver: José L. López Cerviño (2012, p. 341-359).

¹⁰ A respeito da qualificação do Direito interno, convém mencionar que as opiniões consultivas nº 01/2008 e 01/2009 claramente destacaram que o TPR deve se limitar a analisar a norma interna exclusivamente com relação à sua possível colisão com o Direito do MERCOSUL, reiterando que este tem primazia sobre o direito nacional. Não obstante, a qualificação do direito nacional corresponde ao órgão judicial que solicitou a opinião consultiva. Em as ambas respostas interpretativas, discutiu-se a qualificação do ato adotado pelo governo do Uruguai que, por meio da Lei nº 17.926, reinstalou o tributo denominado “taxa consular”. A qualificação, que correspondia ao juiz nacional uruguaio, era importante para determinar se tratava-se de uma “taxa” ou de um “imposto” a ser pago pelos importadores. Se a natureza jurídica fosse a de um imposto, este ato do governo uruguaio seria violador do princípio da livre circulação de mercadorias, previsto no Tratado de Assunção e

siva do juiz nacional, podendo, somente, declarar a incompatibilidade do direito interno com a norma MERCOSUL que estiver em apreço¹¹.

A ausência de obrigatoriedade na formulação da consulta e na adoção da interpretação conferida pelo TPR

Os juízes nacionais, no âmbito do MERCOSUL, não estão obrigados a propor a consulta ao TPR, quando necessitam aplicar, ao caso concreto, o Direito do bloco, nem mesmo em caso de dúvidas sobre a interpretação a ser dada ou sobre a legalidade da norma¹². Imaginemos, por exemplo, uma situação envolvendo a aplicação do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, tratado contido na Decisão nº 01/1994, que estabelece quem é o juiz competente para analisar um contrato internacional estabelecido entre partes (empresas) com sede em Estados que integram o MERCOSUL, circunstância bastante comum na nossa região, dada a existência de inúmeros contratos de compra e venda internacional de mercadorias (ou negócios internacionais de importação e exportação, usando a linguagem do comércio exterior). Neste caso, o juiz nacional interpreta a norma a ser aplicada, conforme o seu próprio critério de convencimento, não sendo obrigado a consultar o órgão que detém a última palavra em matéria de interpretação do Direito do MERCOSUL – o TPR¹³.

atentaria contra a liberdade de trânsito dos produtos importados por um país membro do bloco. (Sobre o tema ver: Eduardo Biacchi Gomes (2010. p. 289s). Nas suas sentenças posteriores, os juízes uruguaios sequer qualificaram o que lhes foi pedido pelo TPR e tampouco fizeram menção à existência de opinião consultiva a este respeito, revelando um descaso que resulta na ineficácia do sistema.

¹¹ Na Opinião Consultiva nº 01/2009, ficou claro que o TPR ou os Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* “carecen de competencia para declarar de forma directa la nulidad o la inaplicabilidad de la norma interna aun cuando, como resultado del análisis y consideraciones jurídicas, pueden declarar la incompatibilidad de la norma interna con el derecho del MERCOSUR. Son los órganos estatales competentes los que deben derogar o modificar la norma interna incompatible”. (TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL, 15/06/2009, Item nº 16).

¹² Distinto é o caso, por exemplo, da União Europeia e da Comunidade Andina. Sobre o tema, ver: Luciane Klein Vieira (2013, p. 34-42; 77-83).

¹³ Para a doutrina: “frente a este panorama, resulta necesario, en una futura reforma del régimen vigente en el MERCOSUR, establecer la obligatoriedad de la elevación de la con-

Ademais do desacerto referido, que resulta em que, na prática, existam pouquíssimas consultas que hajam chegado até o TPR (três, até o momento), o Regulamento do Protocolo de Olivos (Decisão nº 37/2003) também peca ao determinar, no seu art. 11, que “as opiniões consultivas emitidas pelo TPR não serão vinculantes nem obrigatórias”¹⁴. Em outras palavras, a interpretação dada ao Direito do MERCOSUL, pelo órgão que detém a máxima legitimidade para o fazê-lo, pode não ser seguida pelo juiz nacional que formulou a consulta, o qual, ainda, pode simplesmente apartar-se da interpretação que lhe foi brindada pelo TPR, ignorando por completo a consulta realizada.

Diante do cenário relatado, pergunta-se: é possível que o mecanismo da opinião consultiva – desenhado pelo “legislador mercosureño” como uma ferramenta apta a brindar efetividade em termos de coesão e uniformidade na interpretação do Direito produzido pelo MERCOSUL – possa realmente funcionar? Ou, dito de outro modo, será que esse mecanismo foi realmente construído para dar resultado ou foi erigido para ser mais um instrumento natimorto, previsto pela normativa MERCOSUL?

sulta al TPR, por parte de los jueces que sean, en el marco del litigio principal, última instancia ordinaria y también para aquellos jueces, cualquiera sea su instancia, que se inclinen por declarar la invalidez de una norma del MERCOSUR. Estos cambios se imponen, si verdaderamente se tiene interés en garantizar el preámbulo y el espíritu del PO y el citado mandato de la Decisión CMC núm. 25/00, relativos a la necesidad de garantizar la correcta y uniforme interpretación y aplicación del Derecho del bloque” (PEROTTI, 2008, p. 75-76). No mesmo sentido, o Projeto de Protocolo Constitutivo da Corte de Justiça do MERCOSUL, elaborado pelo PARLASUL, no seu art. 34, aborda a consulta obrigatória e facultativa, nos seguintes termos: “1. El órgano jurisdiccional nacional que conozca de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna norma del MERCOSUR, podrá solicitar a la Corte de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos ordinarios según el derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la respuesta de la Corte de Justicia, el órgano jurisdiccional nacional podrá decidir el proceso. 2. En todo proceso en el que la sentencia no fuere susceptible de recursos ordinarios según el derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional deberá suspender el procedimiento y solicitar la cuestión prejudicial sobre la interpretación a la Corte de Justicia”.

¹⁴ Para os laudos arbitrais dos Tribunais *Ad Hoc* e do próprio TPR, o Regulamento do Protocolo de Olivos lhes atribuiu efeito vinculante e os tornou obrigatórios para os Estados (arts. 23, inciso 2 e 26, inciso 2).

Ademais, considerando que o art. 38 do Protocolo de Ouro Preto estabelece que os Estados Partes têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL nos seus respectivos territórios, parece que a forma com que foi estabelecido o mecanismo consultivo contraria o próprio espírito do tratado referido. Em termos concretos, a falta de caráter vinculante agrava os riscos de uma interpretação divergente e contraditória da norma mercosurenha, afetando a segurança jurídica, já que um juiz brasileiro pode interpretar de forma diferente de um juiz argentino, a mesma norma do MERCOSUL, objeto da controvérsia¹⁵.

O procedimento para solicitação de opinião consultiva ao TPR, previsto pela normativa MERCOSUL

Para elevar o pedido de opinião consultiva ao TPR, o requerente deverá observar algumas regras estabelecidas nas Decisões CMC nº 37/2003 e 02/2007, conforme se trate de um Estado Parte, órgão decisório ou Tribunal Superior de Justiça. Neste artigo, como já mencionado, abordaremos somente o procedimento para o pedido consultivo proveniente do Poder Judiciário de um Estado Parte.

Deste modo, o juiz nacional, de ofício ou a pedido de parte¹⁶, quando decide elevar uma consulta interpretativa ao TPR, deverá dirigir o pedido imediatamente ao Tribunal Superior de Justiça de sua jurisdição, já que este é o legitimado ativo para apresentar o pedido ao TPR. Feito isso, o Tribunal Superior enviará diretamente ao TPR o pedido consultivo, com cópia à Secretaria do MERCOSUL e aos demais Tribunais Superiores dos Estados Partes, antes enunciados.

Tal como já adiantei em outra oportunidade, “não está regulamentado na normativa comum do bloco qual seria o momento processual o-

¹⁵ O PARLASUL, no Projeto de Protocolo Constitutivo da Corte de Justiça para o MERCOSUL, trata o tema do efeito vinculante das opiniões consultivas no art. 36, detalhando que o órgão jurisdicional nacional requerente deverá adotar na sua sentença a resposta da Corte de Justiça.

¹⁶ O pedido a requerimento de parte não é obrigatório para o juiz da causa.

oportuno¹⁷ para o oferecimento do pedido ou se a elevação da consulta suspenderia ou não a causa que está em tramitação na justiça nacional” (VIEIRA, 2013b, p. 137).

O fato é que, uma vez recebido o pedido, a Secretaria do TPR deverá enviá-lo imediatamente aos árbitros que conformam o Tribunal, informando se existem opiniões consultivas anteriores sobre temas relacionados (art. 6º da Decisão nº 02/2007), a fim de brindar informações sobre elas, permitindo, assim, que o TPR não se afaste da resposta já concedida em outra oportunidade, o que poderia servir de base para a criação de um sistema de “precedentes” no MERCOSUL. Ainda, nos termos do art. 6º, inciso 3 da Decisão nº 37/2003, os membros do TPR decidirão, de comum acordo, qual deles coordenará a redação da resposta à consulta realizada, sendo-lhes concedido o prazo de 65 dias¹⁸ para a emissão da opinião consultiva, contados a partir do recebimento do pedido, conforme determina a Decisão nº 15/2010 (Prazos para a Emissão de Opinião Consultiva). Esta Decisão igualmente permite que haja o intercâmbio de comunicações à distância entre os membros do TPR, a fim de evitar o deslocamento daqueles que não residem no Paraguai.

De posse do pedido consultivo, caberá ao TPR fazer um exame de admissibilidade, levando em consideração o disposto no art. 7º do Regulamento (Decisão nº 02/2007), segundo o qual o TPR somente entenderá do pedido quando: a) o mesmo proceda de um dos Tribunais Superiores designados pelos Estados Partes; b) for formulado de acordo com o disposto no art. 4º deste Regulamento¹⁹; c) a questão em causa não for objeto

¹⁷ As opiniões consultivas nº 01/2008 e 01/2009 estabeleceram que o momento processual oportuno para a formulação do pedido consultivo é quando a autoridade nacional competente já proporcionou as definições ou qualificações dos institutos jurídicos envolvidos, conforme o direito nacional em discussão. Nos dois casos em destaque, o TPR teve que se abster de decidir sobre o fundo da questão, uma vez que não tinha sido proporcionado pelos requerentes a qualificação de “taxa consular”.

¹⁸ O TPR também poderá solicitar esclarecimentos e pedir aos requerentes a documentação pertinente, podendo, neste caso, suspender o prazo de 65 dias, quando considere necessário.

¹⁹ Com relação a este requisito, se a opinião consultiva não for emitida por carência dos elementos necessários ao pronunciamento do TPR, ou seja, por não conter a exposição dos fatos e do objeto do pedido, a descrição das razões que o motivaram, bem como a indicação

de procedimento de solução de controvérsias que esteja em curso sobre a mesma questão.

Além dos pressupostos de admissibilidade enumerados anteriormente, a formulação da consulta deverá dar-se de forma simples, coerente e pontual, tendo como base o caso concreto que o juiz nacional tem diante de si, não sendo admitidos pedidos hipotéticos ou abstratos. Em outras palavras, deverá ser apresentado ao TPR um resumo dos fatos e dos fundamentos jurídicos da causa, destacando-se, especificamente, qual a norma mercosurenha que é objeto da consulta formulada. Claro está (parece que não tanto assim para o Brasil, como se verá mais adiante) que o exame de admissibilidade é competência reservada unicamente ao TPR e não aos Tribunais Superiores, órgãos que, quando lhes é proposta a elevação de um pedido consultivo, devem se limitar a dar traslado da solicitação ao TPR, sem entrar em “nenhum tipo de controle sobre a relevância ou pertinência da opinião solicitada” (PEROTTI, 2008b, p. 115).

Finalmente, uma vez realizado o exame mencionado, conforme prevê o art. 10 do Regulamento do Protocolo de Olivos (Decisão nº 37/2003), o procedimento finalizará com a emissão da opinião consultiva ou com a comunicação ao requerente de que esta não será emitida, por alguma causa fundada, tal como a carência dos elementos necessários ao pronunciamento do TPR. Em quaisquer das hipóteses, as decisões serão notificadas aos Estados Partes, por meio da Secretaria do TPR, com cópia à Secretaria do MERCOSUL e aos demais Tribunais Superiores indicados pelos respectivos Estados, publicando-se o parecer consultivo no Boletim Oficial do MERCOSUL, para fins de publicidade.

O procedimento para solicitação de opinião consultiva ao TPR, previsto pelo direito interno dos Estados Partes

O art. 1º da Decisão nº 02/2007 determina que cada Tribunal Superior dos Estados Partes deverá estabelecer as regras internas de procedimento para a elevação do pedido de opinião consultiva ao TPR.

precisa da norma MERCOSUL sob discussão, isso não impedirá que a solicitação seja reformulada e novamente apresentada.

O Uruguai foi o primeiro país a regulamentar o procedimento, por meio da “Acordada” nº 7.604²⁰, de 24 de agosto de 2007, da *Suprema Corte de Justicia*, que incluiu a possibilidade de a consulta também ser gerada quando houver dúvidas a respeito da validade da norma do MERCOSUL. Ademais, o país ampliou os casos de inadmissibilidade do pedido, utilizando, para tanto, as teorias do ato claro e do ato aclarado – vigentes no Direito da União Europeia – segundo as quais, respectivamente, se a norma do MERCOSUL for manifestamente clara ou já tiver sido objeto de consulta anterior, ficará prejudicada a apresentação do pedido consultivo. Outra inovação uruguaia, contida no art. 6º da Acordada, diz respeito aos efeitos da opinião consultiva (ou a falta deles!), já que o dispositivo determina que os pareceres consultivos não podem afetar em absoluto o direito interno, nem as faculdades do Poder Judiciário do país.

Por sua vez, em 18 de junho de 2008, a Argentina, por meio da “Acordada” nº 13²¹, da *Corte Suprema de Justicia*, regulamentou a tramitação interna prévia à remissão do pedido consultivo. Diferentemente do Uruguai, não previu a possibilidade de elevação da consulta no caso de dúvidas a respeito da validade das normas do MERCOSUL e tampouco fez menção às teorias do ato claro e do ato aclarado. Não obstante, agregou que a transmissão do pedido do juiz do litígio principal até a Corte deverá ser canalizada através do tribunal superior da causa (art. 4º), ao invés de se ter permitido o acesso direto do juiz consultante. Ademais, a regulamentação também permite que a própria *Corte Suprema de Justicia* solicite opiniões consultivas, diretamente ao TPR (art. 8º).

Aplicando a Acordada referida, a Argentina teve dois pedidos de opinião consultiva, que nem sequer foram enviados ao TPR, porque a parte requerente desistiu do recurso interposto, antes mesmo da concretização do envio. Trata-se dos casos Sancor²² e BioSidus²³, que tiveram como base a

²⁰ O inteiro teor da Acordada nº 7.604/2007 pode ser consultado em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso: 26 maio 2018.

²¹ O inteiro teor da Acordada nº 13/2008 pode ser consultado em: <<https://view.officeapps.live.com>>. Acesso: 26 maio 2018.

²² O caso Sancor referia-se à aplicabilidade da Resolução nº 11/2002, do Ministério de Economia da Argentina, que fixava direitos de exportação de 5% a determinados produtos lácteos, sem discriminar o destino das exportações, ou seja, sem mencionar se os Estados

incompatibilidade entre as disposições da Resolução nº 11/2002 do Ministério de Economia da Argentina e o Tratado de Assunção.

Em 11 de novembro de 2008, por meio da “Acordada” nº 549²⁴, da *Corte Suprema de Justicia* (CSJ), foi a vez do Paraguai regulamentar o procedimento interno para o pedido consultivo. Para elaborar o seu regulamento, percebe-se que o país se valeu da Acordada uruguaia, uma vez que adotou as teorias do ato claro e do ato aclarado (art. 4º, alíneas “c” e “d”), bem como a consulta sobre a validade da norma mercosurena (art. 1º). Não obstante, o país, em atitude visionária e assertiva, no art. 9º, determinou que a causa em tramitação ficará suspensa até que seja expedida a opinião consultiva e comunicada ao juiz nacional a resposta pertinente. Tal como previu a Acordada paraguaia, de nada adiantaria solicitar a opinião consultiva, se a interpretação brindada pelo TPR não fosse levada em consideração no momento da expedição da sentença que soluciona o caso concreto, devendo o juiz, portanto, aguardar até estar de posse do parecer consultivo para continuar com a tramitação do processo.

Partes do MERCOSUL seriam atingidos ou não pela regra referida. A empresa Sancor, atuante no mercado de lácteos, questionava a Resolução referida, sustentando que a mesma não poderia ser aplicada às exportações para o Paraguai e o Brasil, por ser contrária à livre circulação de mercadorias, estabelecida no Tratado de Assunção. Em 06/10/2009, a CSJ ordenou o traslado do pedido consultivo ao TPR, que tinha como base o envio da seguinte pergunta: “¿El Tratado de Asunción impone a los Estados Miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados Miembros?”. Para mais detalhes sobre o caso, ver: Luciano Donado e Carlos Expósito (2010).

²³ A empresa Bio Sidus S.A., especializada no ramo farmacêutico, nos anos de 2002 e 2003, realizou diversas exportações ao Brasil, com relação às quais pagou 5% de direito de exportação, em virtude de determinação constante da Resolução nº 11/2002 do Ministério de Economia da Argentina. Por considerar que a alíquota deveria ser inaplicável às exportações aos países do MERCOSUL, por afronta direta ao Tratado de Assunção, a empresa se opôs ao pagamento e ingressou com demanda judicial. Estando a causa ante à CSJ, a parte autora solicitou o envio de opinião consultiva ao TPR, para que o tribunal se expedisse sobre como interpretar o Tratado de Assunção e a livre circulação de mercadorias. Em 21/05/2013, a CSJ decidiu remeter a consulta ao TPR, reiterando o precedente Sancor. Para maiores detalhes, ver: Luciane Klein Vieira (2013a, p. 129ss).

²⁴ O interior teor da Acordada nº 549/2008 pode ser consultado em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso: 26 maio 2018.

Finalmente, em 03 de abril de 2012, através da Emenda Regimental nº 48²⁵, do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, inseriu os arts. 354-H a 354-M ao Regimento Interno do órgão referido, o Brasil regulamentou o procedimento para a solicitação de opinião consultiva. O país não trouxe as inovações inseridas pelos direitos uruguaio e paraguaio, mantendo-se fiel aos limites estabelecidos pela normativa MERCOSUL. Mas, positivamente, atribuiu de forma expressa legitimidade às partes no processo em tramitação para que possam solicitar a consulta interpretativa ao TPR, por meio da apresentação direta do requerimento consultivo ao Supremo Tribunal Federal (art. 354-I do seu Regimento Interno). Não obstante, a maior crítica que pode ser tecida à regulamentação brasileira consiste no estabelecimento de um verdadeiro filtro²⁶ aos requerimentos de encaminhamento de opinião consultiva, personalizado através da análise da pertinência processual do pedido e dos requisitos de admissibilidade da consulta (art. 354-K), o que seria competência exclusiva do TPR, como já referido.

De fato, ilustrando a problemática inserida pela regulamentação brasileira, em 2008, foi protocolada pela *Renault do Brasil S.A.* a Petição nº 4.383, solicitando a emissão de opinião consultiva ao TPR. Este pedido jamais chegou a ser enviado ao TPR, uma vez que, cinco anos mais tarde, já não havia interesse por parte da solicitante na interpretação requerida²⁷. Neste caso – único pedido consultivo havido até então, no Brasil – destaca-se o problema do decurso de tempo entre o pedido de envio da consulta, formulado em 13 de agosto de 2008 e a decisão do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de consultar a parte requerente da manutenção do interesse no envio desta, que se deu somente em 21 de outubro de 2013. Assim,

se o que se quer é efetividade processual, e ao mesmo tempo se necessita da interpretação do Direito para a solução do caso concreto,

²⁵ O inteiro teor da Emenda Regimental nº 48/2012 pode ser consultado em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso: 26 maio 2018.

²⁶ Ver nossas críticas sobre o tema, em: As opiniões consultivas do MERCOSUL solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro (VIEIRA; MARTINS FILHO, 2013).

²⁷ Sobre o tema, ver: Elisa Arruda (2017).

não há sentido, em um trâmite estritamente administrativo, aguardar 5 anos para a remessa do pedido ao TPR, o que deveria se dar quase que instantaneamente. (VIEIRA; ARRUDA, 2018)

Os pedidos de opinião consultiva formulados ao TPR

Tal como noticiamos mais acima, foram pouquíssimos os pedidos de opinião consultiva que chegaram até o TPR, o que revela uma situação que nos traz, pelo menos, duas linhas distintas de abordagem: a) a primeira, diz respeito à ignorância dos operadores do direito, no sentido de desconhecerem a existência desta ferramenta essencial para a interpretação do Direito produzido pelo MERCOSUL e que auxiliaria na resolução dos casos concretos; e b) a segunda, se relaciona ao descaso com que foi erigida a opinião consultiva, parecendo que foi pensada para não funcionar, já que a normativa MERCOSUL não atribuiu nem sequer o efeito vinculante à resposta interpretativa concedida pelo TPR.

Em que pese o acima exposto, é interessante trazer à colação os três pedidos consultivos que foram decididos pelo TPR.

Sendo assim, a primeira opinião consultiva, emitida em 2007, originou-se de questão formulada por juíza paraguaia, de “Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno” (TPR, 03/04/2007). No caso concreto, uma empresa paraguaia (*Norte S/A Imp. Exp.*) demandou, em Assunção, a uma empresa argentina (*Laboratórios Northia*), pedindo indenização por perdas e danos e lucros cessantes, em razão do descumprimento de contrato internacional de distribuição. A empresa argentina, por sua vez, apresentou exceção de incompetência, alegando a prevalência do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual sobre a Lei paraguaia nº 194/1993 e a necessidade de respeito à eleição de foro efetuada no contrato celebrado entre as partes, onde se optou pela jurisdição dos tribunais ordinários da Cidade Autônoma de Buenos Aires. Na defesa, a empresa paraguaia sustentou que era competente a jurisdição do Paraguai, em virtude do seu caráter irrenunciável e que resultaria aplicável, ademais, o Protocolo de Santa Maria so-

bre Relações de Consumo²⁸, por considerar que o contrato de distribuição era matéria que envolvia direito do consumidor. Diante dos fatos narrados, discutiu-se o conflito de fontes, para determinar qual delas seria aplicável – se a norma do MERCOSUL ou a nacional –, uma vez que a fonte a ser utilizada determinaria se o acordo de eleição de foro, celebrado entre as partes, era válido ou não e, por consequência, qual seria o juiz competente. Para conceder o parecer interpretativo, os árbitros do TPR votaram no sentido de que “as normas do MERCOSUL internalizadas prevalecem sobre as normas do direito interno dos Estados Partes. O Protocolo de Buenos Aires se aplica nos países que o internalizaram (...)” (TPR, 03/04/2007). Dessa maneira, ao mencionar a necessidade de internalização das normas do MERCOSUL – e a não aplicação do Protocolo de Santa Maria, por não se tratar de uma relação internacional de consumo e pelo fato de este não estar vigente –, o TPR reconheceu que os direitos e deveres nelas contidos não são, afinal, diretamente aplicáveis aos particulares, pelo fato do MERCOSUL valer-se do sistema clássico de internalização do Direito Internacional Público, sobretudo da Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados, por se tratar de um processo de integração intergovernamental. Porém, por outro lado, e o que é mais interessante para esta análise, ficou clara a prelação da norma MERCOSUL sobre o direito interno, inaugurando o Princípio da Primazia da Norma Mercosurena sobre o direito nacional, ferramenta apta para a solução do conflito entre a fonte interna e a internacional.

A segunda opinião consultiva, expedida em 2008 (TPR, 24/04/2009), surgiu a partir do caso das empresas uruguaias *Sucesión Schneck S.A.*, *Galisur S.A.* e *CESIM Ltda*, que demandaram o Estado uruguaio pela cobrança de “taxas consulares” previstas em lei interna que violava o Tratado de Assunção, no que tange à eliminação de barreiras alfandegárias para a livre circulação das mercadorias. Mais uma vez, o TPR afirmou a primazia do direito do MERCOSUL por sobre as disposições internas, desde que o tratado tenha sido devidamente ratificado e internali-

²⁸ Sobre a opinião consultiva referida, que contribuiu para a formação da qualificação de “consumidor”, no MERCOSUL, posteriormente incorporada à Resolução nº 34/2011, do GMC, sobre “Defesa do Consumidor – Conceitos Básicos”, ver: Luciane Klein Vieira (2017. p. 17-19).

zado pelos Estados Partes, reiterando o que já havia sido determinado na primeira opinião consultiva. Neste ponto, o TPR ainda destacou que não lhe corresponde pronunciar-se sobre a aplicabilidade de normas internas em contradição com a norma MERCOSUL, ficando tal julgamento a critério do juiz nacional.

A terceira e última opinião consultiva emitida pelo TPR, em 2009 (TPR, 15/06/2009), teve sua origem numa controvérsia semelhante àquela de 2008, entre o *Frigorífico Centenario S.A.* e o *Ministerio de Economía y Finanzas* do Uruguai, envolvendo a mesma lei interna contrária à normativa do MERCOSUL, de modo que o TPR se pronunciou em igual sentido²⁹.

Como se pôde observar, por meio do mecanismo da opinião consultiva, ainda que pouco utilizado, erigiu-se o princípio da primazia do Direito do MERCOSUL, reiterado nos três pareceres consultivos havidos até então, o que nos indica que:

o sistema das opiniões consultivas, estabelecido pelo Protocolo de Olivos de 2002, é uma realidade e permite um mecanismo de cooperação entre as instâncias jurisdicionais locais e a do MERCOSUL. Ainda que a sua decisão não seja vinculante, tendo em vista a própria natureza jurídica do MERCOSUL, que é intergovernamental, isto é, regido pelo direito internacional público, referidas opiniões consultivas servem de parâmetro aos juízes nacionais, no sentido de melhor aplicar a normativa do bloco. (GOMES; ALMEIDA, 2015, p. 131)

Considerações finais: acertos e desacertos

Como restou comprovado, o fato de o Protocolo de Olivos ter criado o TPR e, na mesma ocasião, ter-lhe assignado a importante tarefa de ser o órgão detentor da última palavra em matéria de interpretação do Direito do MERCOSUL – seja direito originário ou derivado – já é *de per se* louvável. O mecanismo da opinião consultiva, que tem como escopo servir de ferramenta para assegurar a interpretação e aplicação uniforme do Direito do bloco, no território de todos os Estados Partes, surgiu para

²⁹ Sobre o tema, ver: Jorge Chediak González e Pablo Benítez Rodríguez (2014, p. 83-91)

brindar mais segurança e previsibilidade jurídica às normas do MERCOSUL.

Não obstante, em que pese a importância do instrumento referido, o mesmo carece de uma reforma, a fim de atribuir-lhe maior divulgação e aplicabilidade. Neste sentido, deve-se, urgentemente, assegurar-se o acesso direto, ao TPR, aos juízes e tribunais nacionais de inferior instância, aproximando-se, assim, o julgador dos árbitros deste Tribunal, sem a necessidade de se canalizar a consulta por meio dos tribunais superiores dos Estados Partes, como tentativa de se uniformizar o procedimento interno de solicitação de opinião consultiva, que, como se viu, é bastante díspar entre os Estados.

Ademais, é necessário estabelecer o momento processual oportuno para a solicitação da opinião consultiva, bem como a necessidade de suspensão do processo, enquanto não se obtiver a resposta do TPR. Aqui, não há que se falar de um instrumento que poderia inaugurar uma nova fonte de dilação processual, já que a resposta do TPR, uma vez acionado, se dá, via de regra, em 65 dias, conforme a Decisão nº 15/2010. O que há que se agilizar, aqui, é o procedimento interno, para não cairmos no absurdo de um pedido consultivo levar quase 5 anos para ser elevado ao TPR, tal como ocorreu com o caso *Renault*, antes referido, único requerimento desta espécie havido no direito brasileiro.

Outra questão importante que precisa ser revisitada, em que pese estarmos diante de um processo de integração intergovernamental, se refere à atribuição de efeito vinculante à resposta interpretativa do TPR. Em outras palavras, a fim de se garantir que a interpretação dada pelo Tribunal referido será realmente empregada pelo juiz nacional na solução do caso concreto, é importante que este fique obrigado a seguir a orientação emanada do TPR, tal como se fosse um precedente judicial vinculante. De outro modo, seguiremos na ineficácia do sistema consultivo. É claro que o ideal seria que esta resposta vinculasse a todos os juízes dos Estados Partes, tal como ocorre na União Europeia com a questão prejudicial.

Por fim, outro ponto que merece ser discutido diz respeito à necessidade de formular-se a consulta ao TPR, antes da aplicação do Direito do MERCOSUL, ao caso concreto. Isto porque, mesmo que se atribua o efeito

vinculante à resposta, como referido anteriormente, se não há a obrigatoriedade de se consultar o TPR, pode-se igualmente cair na impotência do sistema.

Como se percebe, o acerto na criação do mecanismo é destacável, mas muito ainda precisa ser feito, por todos os Estados Partes, para serem suprimidos os desacertos e obstáculos, de modo a se colocar em marcha a opinião consultiva, a fim de que cumpra efetivamente com a missão para a qual foi erigida: servir como um instrumento de aprofundamento da integração regional e de concessão de coesão e uniformidade à interpretação e aplicação do Direito do MERCOSUL.

Referências

- ARRUDA, Elisa. As opiniões consultivas do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e o caso Renault do Brasil S.A. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, Buenos Aires, n. 7, dic. 2017. Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar>>. Acesso: 25 fev. 2018.
- CERVIÑO, José L. López. Opiniones consultivas en el MERCOSUR y el “requisito” de claridad de la norma interna en cuestión. Comentario a la OC nº 1/2008. In: NEGRO, Sandra C. (Coord.) *Lecturas sobre Integración Regional y Comercio Internacional. Homenaje a Susana Czar de Zalduendo*. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- CHEDIAK GONZÁLEZ, Jorge; BENÍTEZ RODRÍGUEZ, Pablo. Acerca de la competencia consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y de la experiencia del poder judicial del Uruguay en la tramitación de opiniones consultivas. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Asunción, n. 4, p. 83-91, ago 2014.
- DONADO, Luciano; EXPÓSITO, Carlos. Cooperación interjurisdiccional en el MERCOSUR: la primera solicitud de opinión consultiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: el caso Sancor. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales – REEI*, nº 19, jun. 2010. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es>>. Acesso: 26 maio 2018.

- FLORES, Cristiano Vilhalba. Controle de Convencionalidade – Integração Jurídica e legitimidade do particular – MERCOSUL – Pacto de San José da Costa Rica – União Europeia. Curitiba: Juruá, 2018.
- GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos. Solução de Controvérsias. Uma análise comparativa a partir da União Europeia e MERCOSUL.* 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Direito intergovernamental do MERCOSUL e o diálogo entre jurisdições: o sistema das opiniões consultivas. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi (Orgs.) *Direito da Integração Regional: diálogo entre jurisdições na América Latina.* São Paulo: Saraiva, 2015.
- KLOR, Adriana Dreyzin de. La Primera Opinión Consultiva en MERCOSUR ¿germen de cuestión prejudicial? *Revista Española de Derecho Europeo.* Rioja, n. 23, p. 437-461, 2007.
- KLOR, Adriana Dreyzin de; HARRINGTON, Carolina. Las Opiniones Consultivas en el MERCOSUR: el debut del mecanismo jurídico. *Revista de Derecho Privado y Comunitario.* Buenos Aires, n. 2, 2007.
- LABRANO, Roberto Ruiz Díaz. Las Opiniones Consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los Tribunales Superiores de los Estados Partes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* Montevideo, t. I, p. 629-652, 2006.
- PEROTTI, Alejandro Daniel. Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: situación institucional y opiniones consultivas. *Temas del Cono Sur: dossier de integración.* Buenos Aires, n. 49, p. 05-17, jun. 2008a.
- PEROTTI, Alejandro Daniel. *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR.* Buenos Aires: Marcial Pons de Argentina, 2008b.
- TPR – TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL. “Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto” (OC nº 01/2009). Emitida em 15/06/2009. Disponível em: <<http://www.tprmercosul.org>>. Acesso: 22 maio 2018. Item nº 16.

- TPR – TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL. “Nor-te S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Antónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemniza-ción de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”. (OC nº 01/2007). Emitida em 03/04/2007. Disponível em: <<http://www.tprmercosur.org>>. Aces-so: 27 maio 2018.
- TPR – TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL. “Su-cesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos” (OC nº 01/2008). Emitida em 24/04/2009. Disponível em: <<http://www.tprmercosur.org>>. Acesso: 22 maio 2018. Item nº 40.
- VIEIRA, Luciane Klein. El resurgimiento del mecanismo de la opinión consultiva en el MERCOSUR: el caso “Bio Sidus”. *El Derecho Tributa-rio*. Buenos Aires, t. 253, 2013a.
- VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração: União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e MERCOSUL*. Curitiba: Juruá, 2013b.
- VIEIRA, Luciane Klein. *La Hipervulnerabilidad del Consumidor Transfron-terizo y la Función Material del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017.
- VIEIRA, Luciane Klein; ARRUDA, Elisa. A relação entre o grau de integração econômica e o sistema de solução de controvérsias: um estudo comparativo entre a União Europeia e o MERCOSUL. *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law*. Brasília, 2018. (in prelo)
- VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As opiniões consultivas do MERCOSUL solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 931, p. 217-236, maio/2013.
- ZALDUENDO, Susana Czar de. El Protocolo de Olivos y la Interpreta-ción Uniforme de la Normativa MERCOSUR. In: KLOR, Adriana Dreyzin de; et all. *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.

TRIBUTAÇÃO E GASTO PÚBLICO: A INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DOS INVESTIMENTOS EM SAÚDE E EDUCAÇÃO

Marciano Buffon*

Considerações iniciais

Pretende-se com este trabalho dar continuidade aos estudos anteriormente desenvolvidos, os quais estavam direcionados a desvelar a incompatibilidade do modelo de tributação adotado pelo Brasil com a Constituição vigente desde 1988, especificamente para demonstrar de que forma a obtenção de receitas públicas derivadas (tributos) contribui para manutenção das históricas desigualdades sociais e econômicas verificáveis no cenário nacional.

Ultrapassada esta etapa, fez-se necessário compreender as efetivas causas de verdadeira crise de legitimidade enfrentada pela tributação no Brasil, em que a ideia de cidadania fiscal, no âmbito dos deveres, permanece amplamente rejeitada, colaborando, de um lado, pela aceitação tácita da evasão fiscal e, de outro lado, permanecendo como um eficaz meio de reprodução da desigualdade social historicamente vigente.

Uma vez compreendidas as causas, será possível examinar as condições de superação da referida crise, bem como traçar os caminhos a serem percorridos para tanto, partindo-se, pois, da hipótese de que a percepção da realização de um gasto público inclusivo, possa ser o elemento central na construção de um modelo que não só leve em conta a capacidade contributiva, mas cuja destinação dos recursos arrecadados

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) e da graduação na UNISINOS. Advogado na área tributária.

esteja comprometida com os objetivos fundamentais da existência do Estado Brasileiro, preconizados no preâmbulo da Carta de 1988.

O trabalho tem como objetivo geral verificar quais as condições de possibilidades de que a tributação seja um eficaz meio redução das desigualdades, mediante a utilização dos recursos arrecadados para fins de financiamento de políticas públicas eficazes na concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, consiste em demonstrar que a realização de um gasto social inclusivo tem potencial êxito na tarefa de legitimar a tributação como um efetivo instrumento para alcançar os objetivos fundamentais da República Brasileira, notadamente à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos preconizados no artigo 3º da própria Constituição.

Para tanto, este trabalho pretende examinar – em continuidade a ao que vem sendo desenvolvido até aqui – o efetivo destino do gasto público, dando-se ênfase a dois direitos que ocupam espaço privilegiado entre os fundamentais sociais: saúde e educação. Se os referidos direitos conseguirem ultrapassar a mera condição de objetos de discursos demagógicos eleitorais, tendencialmente recuperam os contornos constitucionalmente traçados, no sentido de tornarem-se efetivos mecanismos de inclusão social.

Tributação e gasto público: as duas faces de uma mesma moeda desvalorizada na América Latina e no Brasil

A tributação e o gasto público podem adquirir grande potencial redistributivo, a depender do modo pelo qual ambos são empregados. Se uma tributação progressiva, atenta à capacidade contributiva e ao mínimo existencial, pode corrigir as disparidades sociais, o gasto público, quando concentrado em áreas prioritárias como a saúde e a educação, também assume a feição de política facilitadora de acesso universal aos bens.

Não obstante, é necessário reconhecer que, entre a forma como o Estado arrecada (tributação) ou como destina tais recursos (gasto público), esta tende a cumprir uma finalidade bem mais redistributiva do que aquela. Nesse sentido, fala-se que *“unos de los principales determinan-*

tes del potencial redistributivo de la política fiscal son el tamaño y composición del gasto, especialmente del gasto social, y cómo se financia dicho gasto” (LUSTIG, 2017).

A América Latina, apesar dos avanços ocorridos nos primeiros anos do novo milênio, ainda possui um dos indicadores de maior desigualdade social do mundo. O índice de Gini na região em 2010 foi de 0.502, enquanto que, em economias desenvolvidas foi de 0.304, sendo 0.328 no sul da Ásia, 0.389 no leste asiático e 0.440 na África ao sul do Saara. Segundo apontam pesquisas, uma das razões para essa diferença se deve à deficiência das políticas de redistribuição fiscal na América Latina, que ainda onera os mais pobres em detrimento dos mais ricos. Conforme Nora Lustig, *“si bien el resto del mundo tiende a ser mucho menos desigual que Latinoamérica, en los países avanzados esto se debe – en gran parte – a la magnitud de la redistribución fiscal” (LUSTIG, 2017).*

Esse quadro se agrava ainda mais na medida em que se percebe que o financiamento do gasto público está vinculado principalmente a impostos indiretos, cuja incidência, em países da América Latina, tem revelado uma carga tributária regressiva, incompatível com políticas de combate à desigualdade social. Nesse sentido, *“a excepción de Ecuador, México y Venezuela, donde los ingresos no tributarios representan cerca de la mitad de los ingresos totales, los impuestos indirectos y otros impuestos son la fuente más grande de ingresos” (LUSTIG, 2017).*

A partir desses dados, institutos como a OXFAM afirmam que tanto a tributação como o gasto público não têm sido eficientes para a redução das desigualdades também no caso do Brasil (OXFAM, 2017). Pesquisas internacionais indicam que a capacidade redistributiva brasileira é inferior à de muitos países da OCDE e da América Latina, o que, segundo a OXFAM, só tende a piorar com o teto de gastos e com a possível reforma do sistema de previdência.

Por um lado, os mais pobres são onerados mediante uma tributação fortemente regressiva e, por outro, tem-se um gasto social defasado e mal gestado, motivo pelo qual se constata uma redistribuição dos recursos que ainda privilegia os mais ricos. Nessa linha, conforme estudo do IPEA, *“o padrão brasileiro de determinação dos gastos no orçamento continua a*

privilegiar os direitos individuais” sem que seja dada a devida importância e se privilegie “gastos envolvendo direitos coletivos, exceto por aqueles que encontram proteção sob a forma de vinculação de recursos”.

Esse quadro é reforçado pela análise realizada pelo Banco Mundial (2017), segundo a qual “alguns programas governamentais beneficiam os ricos mais do que os pobres, além de não atingir de forma eficaz seus objetivos”, considerando que “desenhar e implementar um ‘ajuste justo’ que coloque as contas fiscais do Brasil de volta em uma trajetória sustentável, ao mesmo tempo em que protege os pobres, é um grande desafio”.

Ocorre que, como sustentam estudiosos da área, não há dúvidas de que o gasto público pode contribuir para um aumento ou diminuição na desigualdade de renda de um país. Nesse sentido, Medeiros e Souza (2013) apontam que o Estado é um dos maiores responsáveis pela desigualdade existente, destacando que, enquanto as transferências referentes aos salários do funcionalismo público e a sua previdência são muito concentrados e regressivos, as transferências referentes à assistência social são fortemente progressivas, próprias para a redução da desigualdade. Na esteira desse entendimento, Moura e Ribeiro (2017, p. 225-241) qualificam o gasto público como regressivo quando este implica em um retorno social deficiente dos recursos arrecadados, ou seja, quando a apropriação dos recursos se concentra na camada de maior capacidade contributiva da população.

Para reverter esse quadro, Misabel Derzi (2014, p. 50) entende seja necessária a adoção de programas sociais que devolvam aos mais pobres o que a tributação regressiva lhes onerou em excesso. Por essa razão, defende a pesquisadora que políticas públicas, como o denominado “Bolsa Família”, deveriam abertamente se fundamentar na devolução de tributos injustamente arrecadados dos mais carentes, pautando-se pelo princípio da vedação ao confisco e pelo respeito ao mínimo existencial.

Em vista disso, faz-se necessário examinar os fundamentos constitucionais da garantia do mínimo existencial, como corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana e, via de consequência, condição de reconhecimento de um Estado como Democrático de Direito.

O mínimo existencial em saúde e educação

Num Estado que existe em razão do homem, é imperiosa a necessidade de que as condições de sobrevivência da pessoa não estejam aquém de um patamar mínimo. Para que transcenda o formato de promessa, impõe-se ao Estado o dever de assegurar um conjunto de direitos, absolutamente indispensáveis para uma vida digna. Ou seja, não se pode falar em dignidade da pessoa humana, se não for garantido o denominado “mínimo existencial”. Para que isso se concretize, por um lado, o Estado deverá dar a máxima eficácia aos direitos sociais de cunho prestacional, que estejam aptos a assegurar condições minimamente necessárias a uma existência digna. Além disso, é defeso ao Estado exigir tributos que possam atingir aquele mínimo essencial a uma existência digna.

O denominado mínimo existencial se traduz naquele conjunto de circunstâncias materiais mínimas às quais todos os homens têm direito, condição de observância da própria dignidade. Assim, o mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Trata-se, portanto, de direito de dupla face, uma vez que se apresenta de uma forma negativa e positiva, sempre buscando preservar as condições mínimas de existência e a própria liberdade.

Na forma positiva, o mínimo existencial se revela através de prestações gerais e igualitárias do Estado, que tenham como norte assegurar ao cidadão condições básicas de sobrevivência, pois sem isso restaria prejudicada a possibilidade de existir dignamente. Por sua vez, na forma negativa, o mínimo existencial se revela, no campo tributário, através das imunidades fiscais, na medida em que o poder de imposição fiscal do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão, representada pelo direito à subsistência (DERZI, 2014, p. 165).

Enfim, um Estado que queira merecer o rótulo de Democrático de Direito não pode se desincumbir do dever de garantir o mínimo existencial, mantê-lo e oferecer oportunidades a todos os indivíduos, para que eles possam potencializar suas liberdades (SIQUEIRA, 2009, p. 111-133) e isso implica não exigir tributo quando capacidade econômica não houver e garantir direitos fundamentais que estejam aptos a assegurar uma vida

minimamente digna. Neste contexto, não que os demais não tenham importância, mas despontam com inescapável centralidade os direitos fundamentais à saúde e à educação.

No que tange o direito à saúde, este passou a ocupar um espaço de indiscutível proeminência com a Carta de 1988. Não que os textos anteriores deixassem de mencioná-lo, todavia se limitavam a atribuir competência à União para planejar o sistema nacional de saúde, conferindo exclusividade no que se referia a legislação de normas gerais de proteção e defesa da saúde (DALLARI, 2006, p. 253).

A Constituição de 1988 garantiu o direito à saúde, sendo um direito social de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, conforme o art. 6º c/c art. 196, ambos da Constituição Federal. Assim, cabe ao Estado promover políticas públicas visando à saúde do cidadão, definindo obrigações a todos os níveis da Federação.

Para tanto, criou-se também o Sistema Único de Saúde (SUS), com o objetivo de oferecer atendimento integral, contar com a participação da comunidade, devendo ser descentralizado e ter direção única em cada esfera do governo, nos termos do art. 198 da própria Constituição, sendo que o seu financiamento dá-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Esses recursos, geralmente, proveem da arrecadação de tributos (art. 198, § 2º).

Em relação à União, o governo federal deverá investir o “montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual” (DALLARI, 2006, p. 253). Aliás, não poderá ser reduzido de um exercício financeiro para outro.

Já os Estados e o Distrito Federal possuem o compromisso de aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos de competência estadual, descritos no art. 155 da CF e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, ambos da Constitui-

ção Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios, nos termos do artigo 6º da Lei Complementar 141/2012.

Os Municípios e o Distrito Federal ficaram incumbidos de aplicar anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos municipais, dispostos no art. 156 da Carta Magna e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, ambos da Constituição Federal, nos termos do artigo 7º da Lei Complementar 141/2012.

Além das normas constitucionais sobre as ações e serviços na área da saúde, há um conjunto de leis federais, como as Leis números 8.080/1990 e 8.142/1990, que compõem a Lei Orgânica da Saúde, que colabora na definição do direito à saúde, bem como na definição da estrutura do SUS, seus recursos, gestão financeira, planejamento e orçamento. Portanto, essa Lei Orgânica contém as diretrizes e os limites que devem ser respeitados pela União, Estados, Distrito Federal e Município, a fim de garantir a todos o direito à saúde (DALLARI, 2006, p. 256s).

Por sua vez, o direito à educação também está previsto na Constituição Federal como direito social e, portanto, dever do Estado de garantir uma educação de qualidade a todos os cidadãos. A Carta disciplinou os princípios norteadores para o ensino, a autonomia universitária, as obrigações estatais em relação à oferta de serviços educacionais, a participação de entidades privadas na oferta de serviços educacionais, a competência dos entes federados, as fontes de financiamento da educação, a possibilidade de transferência de recursos públicos para as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas e o estabelecimento do plano e do sistema nacional de educação (SUZART, 2015, p. 876).

Ainda, ela estabelece as competências dos entes públicos quanto ao direito à educação, sendo os Municípios responsáveis, prioritariamente, pelo acesso à educação infantil e ensino fundamental, aos Estados e Distrito Federal cabe à responsabilidade pelo ensino fundamental e médio. Já a União é responsável pelo ensino técnico-profissionalizante e ao ensino superior (SUZART, 2015, p. 876).

Na Carta Brasileira foram estabelecidas vinculações orçamentárias como meio de garantir o financiamento dos gastos necessários à e-

fetivação de alguns dos direitos sociais, como foi o caso da saúde e da educação. Dessa forma, os legisladores estabeleceram limites mínimos de gastos a serem observados pelos entes federados, em relação a esses direitos sociais, visando atender algumas finalidades específicas (SUZART, 2015, p. 876).

Em relação à educação, a União deve aplicar, no mínimo, 18% de sua receita arrecadada com tributos. Já os estados, o Distrito Federal e os municípios, devem aplicar 25% “da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Além dessa vinculação, a “educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação” (BRASIL, 1988).

Posto isto, percebe-se que dada à força normativa da Constituição, o Estado deve garantir o mínimo existencial aos seus cidadãos, compreendido no respeito à dignidade da pessoa humana e direitos sociais fundamentais, mediante a aplicação dos tributos arrecadados em prol de políticas públicas que estejam aptas a dar concretude às promessas do Texto Maior, notadamente no que tange os direitos fundamentais à saúde e à educação.

O efetivo gasto público brasileiro em saúde e educação e suas distorções

Da análise precedente constatou-se que uma condição de possibilidade de reconhecimento de um Estado Democrático de Direito reside na garantia do mínimo existencial, sendo que este encontra nos direitos fundamentais um leito de acomodação, em especial no que tange a garantia de direitos como saúde e educação.

Porém, não bastam boas intenções normativas. Faz-se necessário que a destinação de recursos tenha como norte a garantia de saúde e educação, notadamente para assegurar o mínimo necessário ao reconhecimento de uma vida digna. Estas, pois, são as questões que se colocam em pauta.

É certo, pois que as respostas, em relação ao gasto público, não são simples, pois dependem de variáveis e das condições do contexto assimétrico que existe no Brasil. Em termos de educação, por exemplo,

pesquisas mostram que o gasto público nos níveis fundamental e médio são progressivos, ou seja, beneficiam os mais pobres em detrimento dos mais ricos. Ocorre que, conforme pesquisa realizada pela OXFAM (2016, p. 135), “cerca de 16% do gasto social brasileiro é destinado ao ensino superior, que beneficia principalmente a população das classes média-alta e rica”¹.

Em relação à saúde, o Banco Mundial afirma que ainda existem diversas questões relativas à alta ineficiência da aplicação dos recursos arrecadados no Brasil. Há uma carência de profissionais da saúde qualificados, em sua maioria médicos, os quais, embora bem remunerados, possuem uma produtividade muito baixa, além de haver uma má distribuição dos centros de saúde, que prejudicam o atendimento de baixa, média e alta complexidade.

Paralelamente a isto, a renúncia fiscal com vistas à promoção do direito encontra ecos de substancial contestação, uma vez que representa 30,5% dos gastos federais em saúde, sendo R\$ 9,6 bilhões em isenções no Imposto de Renda (despesas dedutíveis com saúde) e R\$ 7,4 bilhões em desonerações para hospitais filantrópicos. Segundo o que apura o relatório do Banco Mundial (2017, p. 119), os gastos tributários em saúde são muito regressivos, dado que “não há nenhuma justificativa aparente para a obrigatoriedade de o governo pagar pelo atendimento privado de saúde aos grupos mais ricos da população”.

A partir disso, percebe-se que o problema do gasto público no Brasil não se reduz à questão de investimento – embora seja indiscutível a escassez existente – mas refere-se também a uma equivocada gestão dos recursos, notadamente por ter um perfil ainda muito regressivo.

Em relação ao gasto social total, segundo dados divulgados pelo Senado Federal, este ocupa 75% do montante das despesas da União, sendo que mais de sessenta por cento corresponde a gasto com a Previ-

¹ Colaborando com esse entendimento, encontra-se a fala de Lustig (2013), que assim afirma: “Brasil mejoraría significativamente su efectividad redistributiva si las transferencias en efectivo fueran más focalizadas en la población pobre y la educación terciaria a los ricos no se subsidiara extensamente”.

dência Social (aposentaria e pensões em especial), seguida pela Educação e pela Saúde, conforme se depreende da tabela abaixo:

Gasto Social da União (2016)		
Área	% do gasto	em R\$ milhões
Assistência Social	8,3%	83.832
Cultura	0,2%	2.130
Desporto e Lazer	0,2%	1.948
Educação	11,1%	112.149
Organização agrária	0,3%	3.368
Previdência	61,5%	623.255
Trabalho	7,3%	74.346
Outras	0,7%	7.446

Fonte: Senado Federal, adaptado (INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE, 2017, disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>)

Não se ignora, pois, tampouco há de se desconsiderar que na última década houve um crescimento no gasto social no Brasil, especialmente em matéria de educação, que passou de R\$ 39,5 bilhões, em 2007, para R\$ 112,1 bilhões, em 2016. Em relação à saúde, houve um aumento de R\$ 78,5 bilhões para R\$ 111,8 bilhões nos últimos dez anos (INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE, 2017).

Como consequência disso, e considerando também um outro conjunto de fatores econômicos e sociais, a ampliação desses investimentos pode ser entendida como elemento de substancial importância na melhoria nos indicadores sociais no Brasil, especialmente no que se refere ao índice de Gini, conforme pode se verificar dos dados abaixo:

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2011	2012	2013	2014	2015
0,555	0,548	0,544	0,531	0,526	0,521	0,506	0,505	0,501	0,497	0,491

Fonte: IBGE, adaptado²

Ocorre que, como se constata, especialmente nos últimos três anos, as medidas de corte nos gastos sociais tendem a reverter a progressão da tabela e produzir mais desigualdade, o que já se verifica com o crescimento do índice de Gini de 2017, que chegou ao patamar de 0,549, afetado pela política de austeridade e por uma queda nos investimentos soci-

² Não há dados sobre 2010 apontados pelo IBGE, conforme levantamento consultado (IBGE, 2015, disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br>>).

ais (IBGE, 2018). Esse quadro tende a tornar-se mais dramático, especialmente mediante a aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 95/2016, que contingenciou o gasto público primário para os próximos vinte anos, nos mesmos patamares de 2016, acrescidos dos valores correspondentes à inflação (IPCA).

No sentido oposto da contração de investimentos no campo social, verifica-se uma progressiva e incontrolável ampliação do gasto público com o “serviço da dívida”, consubstanciado no pagamento de juros e encargos, bem como na sua amortização, nestes termos:

Exercício	Juros e encargos da dívida	Amortização da dívida	Total
2017	203.109.395	462.632.657	665.742.052
2016	204.891.738	653.821.695	858.713.433
2015	208.362.694	571.898.174	780.260.868
2014	170.350.506	616.818.085	787.168.591
2013	141.691.425	459.032.941	600.724.366
2012	134.079.856	298.989.692	433.069.548
2011	131.036.556	479.367.849	610.404.405
2010	122.018.856	373.424.902	495.443.758

Fonte: Tesouro Nacional, adaptado (Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>>)

Conforme se pode perceber, somados os juros com a amortização da dívida, tem-se, então, uma ideia clara de qual é o efetivo destino da arrecadação tributária brasileira, pelo menos quais são as rubricas privilegiadas em detrimento daquelas que, em face previsões constitucionais expressas, deveriam ocupar um papel prioritário. Vale lembrar ainda que o denominado “teto dos gastos” não se aplica ao serviço da dívida, uma vez que as rubricas respectivas não compõem o gasto primário.

Enfim, não obstante haja substancial arcabouço jurídico, o Estado Brasileiro não consegue assegurar o mínimo necessário à garantia de uma existência digna, mediante a realização de direitos fundamentais sociais, especialmente com relação à saúde ou educação. Isso visivelmente ocorre em face um subfinanciamento de políticas públicas, as quais poderiam dar concretude a tais promessas e serem eficazes na redução das históricas iniquidades “à brasileira”.

Considerações finais

Este trabalho teve o singelo propósito de apresentar alguns resultados parciais acerca do projeto de pesquisa em andamento, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, o qual tem por objeto central o estudo acerca do gasto público brasileiro, no sentido de obter uma resposta a uma das perguntas mais recorrentes: qual é o destino dos tributos arrecadados no Brasil?

O que já se constatou nesta trajetória é que um modo de tributar consegue a incrível façanha de corresponder a uma forma de redistribuição de renda às avessas, como se os níveis de desigualdades, tão fortemente presente ao longo da história brasileira, tivessem espaço para o recrudescimento. A opção pela tributação sobre o consumo – com sua inexorável regressividade – aliada a um tratamento privilegiado, em relação à renda e ao patrimônio, para aqueles que ocupam o topo do que já foi denominado de “pirâmide econômica”, constitui um contexto dificilmente compressível para aqueles que estejam imbuídos de um olhar desinteressado e equidistante.

Se isso não fosse suficiente, está a se perceber que o Estado, a mercê de um notável arcabouço jurídico constitucional, adota políticas públicas justamente em prol daqueles já que são fortemente beneficiados pelo referido modo de tributar, além de realizar uma alocação insuficiente de recursos ao financiamento dos direitos fundamentais, mais estritamente vinculados à ideia de dignidade humana, como saúde e educação. Não há, pois, nenhum sistema de saúde e educação, que possa ser entendido como funcional, cujos recursos destinados a cada qual mal ultrapassem a cinco por cento do Produto Interno Bruto, como ocorre por aqui.

O que torna o quadro dramático é a constatação que este cenário tende a torna-se visivelmente mais degradado, uma vez que políticas de austeridade fiscal que têm sido implementadas, como, por exemplo, o “teto de gastos”, tendem a, obviamente, ampliar o severo quadro de desigualdades, uma vez que há inescapável relação entre o gasto público e inclusão social, em especial com relação a gastos com saúde e educação.

Enfim, vive-se um tempo cujas escolhas resultarão o amanhã de uma forma muito mais decisiva do que sempre foi. É indissociável ao fu-

turo sua imprevisibilidade. Porém, a constatação da realidade exposta neste trabalho, permite dizer que outros caminhos haverão ser percorridos, sob pena de esta geração, deixar um legado iníquo e inóspito para aqueles que não de existir, na inexorável marcha da existência humana. Não fossem por outras razões, é desalentador imaginar que os filhos desta geração sejam constrangidos a fazer um julgamento dos dias atuais e sintam uma espécie de “vergonha histórica” do que seus pais fizeram ao tempo que lhes foi dado existir.

Referências

- BANCO MUNDIAL. *Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil*. 2017. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2018.
- BRASIL. TESOURO NACIONAL. *Despesa da União por grupo*. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2018.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DERZI, Misabel. Guerra Fiscal, Bolsa Família e Silêncio (relações, efeitos e regressividade). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF: Presidência da República. vol. 16, n.108, fev/mai 2014.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Índice de Gini da distribuição do rendimento mensal das pessoas de 15 anos ou mais de idade, com rendimento*. Publicado em: 2015. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Contínua: 10% da população concentravam quase metade da massa de rendimentos do país em 2017*. Publicado em: 11/04/2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

- INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE. *Relatório de acompanhamento fiscal*. 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 28 abr 2018.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Regime fiscal: regras para o crescimento sustentado. In: *Desafios da nação*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- LUSTIG, Nora. *¿Qué tan comprometidos están los gobiernos de América Latina con la equidad?* Foco Económico. 28 abril, 2013. Disponível em: <<http://focoeconomico.org>>. Acesso em: 28 abr 2018.
- LUSTIG, Nora. El impacto del sistema tributario y el gasto social en la distribución del ingreso y la pobreza en América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Una aplicación del marco metodológico del proyecto Compromiso con la Equidad (CEQ). *El trimestre económico*, Cidade do México, v. 84, n.335, jul./set. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx>>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro H. G. F. *Gasto Público, Tributos e Desigualdade de Renda no Brasil*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Texto para Discussão n. 1844. jun, 2013.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 16, n. 7, p. 225-241, abr. 2017. Disponível em: <<http://indexlaw.org>>. Acesso em: 01 maio 2018.
- OXFAM. *Brasil: direitos humanos em tempos de austeridade*. 2017. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br>>. Acesso em 30 abr. 2018.
- OXFAM. *Privilégios que negam direitos: desigualdade extrema e captura política na América Latina e no Caribe*. 2016. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Mínimo Existencial e o Dever de pagar Tributos, ou Financiando os Direitos Fundamentais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1, n. 1, p.

111-133, Ago-Dez. 2009. Disponível em: <<http://abdconst.com.br>>. Acesso em: 01 maio 2018.

SUZART, Janilson Antônio da Silva. O impacto da desvinculação de receitas nos gastos com educação da União: uma análise entre os anos de 1994 a 2012. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, jul./ago. 2015. p. 876. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 17 de maio de 2018.

O JULGAMENTO DA ADI Nº 3239 NO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DE NANCY FRASER

Maria Eugenia Bunchaft*

Introdução

A trajetória histórica dos quilombos no Brasil é símbolo de uma gramática moral de luta e resistência contra-hegemônica contra a subordinação de status os mecanismos de estratificação social. Historicamente, o termo *quilombo* não desapareceu com a abolição da escravidão negra, mas sofreu reatualização semântica. Inicialmente, o termo vinculava-se à ideia de resistência cultural com o objetivo de resgatar o legado cultural africano e sua contribuição para o Brasil. Em um segundo momento, passou a conglobar o sentido de resistência política e revolucionária. Depois, à medida que o movimento negro articulava a dimensão racial e cultural ao aspecto político, alcançou status de símbolo da resistência negra. (ARRUTI, 2008).

Trata-se então de um movimento social de resistência física e cultural da população negra que se delineou não apenas a partir de escravos fugidos para o interior das matas, mas também conglobando um sentido ampliado relativo a grupos tolerados pelo poder estatal e que realizavam objetivos religiosos, beneficentes, recreativos (ARRUTI, 2008). Arruti (2008, p. 320) arremata com o conceito: “Quilombo quer dizer reunião fraterna e livre, solidariedade, convivência, comunhão existencial”. Em su-

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Orientadora de Doutorado e de Mestrado. Pós-Doutora em Filosofia pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Coordenadora do Projeto de Pesquisa, “Constitucionalismo Democrático, Deliberação e backlash: uma reflexão sobre os direitos de minorias LGBT nos contextos brasileiro e norte-americano”, aprovado pelo CNPq, referente à Chamada Universal/MCTI/CNPq n.1/2016.

ma, surgindo inicialmente a partir de fugas individuais e coletivas, transformam-se historicamente em locais de resistência político-cultural que desafiam padrões hegemônicos, desvelando potencial para reivindicar direitos territoriais e políticas públicas específicas.

O fundamento jurídico que estabelece a titularidade do território a uma comunidade tradicional é a ocupação do território consoante a tradição da comunidade – e pressupondo-se sua cultura. Nas ponderações de José Afonso da Silva, no que se refere aos índios, “o tradicionalmente, refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra.” (SILVA, 1999, p. 827).

A Constituição atribui esse regime jurídico aos índios no artigo 231 e no 231, § 2º, sendo que o referido regime possui elementos comuns às comunidades tradicionais. O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) reflete a atuação de outros movimentos sociais, decorrendo da luta pela reforma agrária e da atuação do movimento negro, que defendeu o quilombo como expressão de resistência político-cultural no Brasil. Somente em 2001 ocorreu sua primeira regulamentação, por meio do Decreto Federal nº 3.912/2001, o qual estabeleceu a responsabilidade da Fundação Cultural Palmares para dar seguimento aos processos administrativos de identificação, de delimitação do território e de titulação de terras das comunidades remanescentes de quilombos.

Com o Decreto nº 4.887/2003, editado no Governo Lula – que regulamentou o procedimento de identificação, de reconhecimento, de delimitação, de demarcação e de titulação das terras de remanescentes de quilombos – evidenciou-se maior sensibilização para com as gramáticas morais de lutas por reconhecimento do Movimento Negro, haja vista o objetivo governamental efetivo de implementar uma política afirmativa de titulação de terras das comunidades, já que a própria sociedade civil e o Movimento Negro engajaram-se na causa. Outrossim, nas ponderações de Dalosto, o mesmo Decreto coadunou com a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que pressupõe que a identidade tribal decorre do direito à autoatribuição como integrante de uma cultura e de estrutura social diversa da nacional. O direito de autoatribui-

ção não se vincula à exigência de prova do status de ex-comunidade quilombola (DALOSTO, 2016, p. 99).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.239, que tratou do direito à terra das comunidades remanescentes de quilombos, foi ajuizada pelo Partido de Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), em face do Decreto nº 4.887/2003. O julgamento iniciou-se em 2012, quando o voto do Ministro-Relator Cesar Peluso alegou a inconstitucionalidade do documento, visto que o decreto somente poderia regulamentar uma lei, e não a Constituição. O julgamento foi interrompido por um pedido de vista da Ministra Rosa Weber, que abriu a divergência e sustentou a constitucionalidade do Decreto. Após voto-vista do Ministro Dias Toffoli, novo pedido de vista foi estabelecido pelo Ministro Edson Fachin.

No julgamento da ADI nº 3.239, os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carmem Lucia defenderam a improcedência total da ação, rejeitando a tese do marco temporal, que estabelece que o direito constitucional das comunidades remanescentes de quilombos se restringiria às áreas que estivessem efetivamente ocupadas em cinco de outubro de 1988. Já o Ministro Luis Roberto Barroso adotou uma perspectiva intermediária, sustentando a tese do marco temporal e do esbulho renitente, mas ressaltando as comunidades desapossadas à força (cujo comportamento à luz de sua cultura aponta para sua intenção de retornar ao território, desde que seu vínculo cultural com território tenha sido preservado). Por sua vez, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli argumentaram a procedência parcial da ADI nº 3.239 por meio de *interpretação conforme a Constituição* do dispositivo, baseando-se na tese do marco temporal.

À vista disso, pretende-se investigar a estratégia argumentativa dos votos de alguns Ministros do STF na ADI nº 3.239 à luz da teoria tridimensional de Nancy Fraser. Por conseguinte, este trabalho se apoia na pretensão de legitimar filosoficamente e ao mesmo tempo de criticar discursos implícitos aos votos dos Ministros Peluso, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Dias Toffoli no julgamento da ADI nº 3239. Para tanto, elencaram-se os seguintes objetivos específicos:

a) investigar o referencial teórico de Fraser, com o intuito de elucidar como a autora teoriza temática do reconhecimento;

b) analisar os reflexos filosóficos deste marco teórico na investigação sobre a concretização dos direitos fundamentais das comunidades remanescentes de quilombos no Supremo Tribunal Federal (STF), especificamente na ADI nº 3.239;

c) estudar a perspectiva tridimensional de Fraser, com a finalidade de aferir como os estereótipos raciais e eurocêntricos são discursivamente reproduzidos na estratégia linguístico-discursiva dos votos de determinados Ministros do STF (Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cesar Peluso), para identificar formas de subordinação de status que perpassam a tese do marco temporal.

Como principal problema do presente trabalho, aponta-se o seguinte questionamento: em que medida uma densa teoria democrática pautada pela ideia da contrapublicidade subalterna pode superar um conjunto de estereótipos raciais e eurocêntricos que perpassam a estratégia argumentativa utilizada nos votos dos Ministros Cesar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Rosa Weber em uma perspectiva tridimensional, de maneira a não minimizar a centralidade das reivindicações interseccionais?

Com efeito, delinea-se a seguinte hipótese: os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cesar Peluso e Rosa Weber (no tocante à tese do marco temporal) contemplam um conjunto de discursos implícitos que não apenas estabelecem mecanismos de subordinação de *status* sobre tais grupos (tão criticada por Fraser) mas terminam por reforçar o paradigma eurocêntrico insensível à perspectiva interseccional – razão pela qual afirma-se que a própria ideia de quilombos configura expressão de uma contrapublicidade subalterna que desafia mecanismos de estratificação sociais. Estas esferas públicas alternativas e transversais são viabilizadas pela resistência político-cultural das comunidades remanescentes de quilombos e pelas lutas sociais contra a tradição eurocêntrica, revelando potencial para incrementar a paridade participativa destes grupos na dimensão da representação, do reconhecimento e da redistribuição.

Para tal empreendimento teórico, a técnica de pesquisa congloba a documentação indireta, estabelecida por meio de consulta bibliográfica ao marco teórico delineado por Fraser. Outrossim, a pesquisa será delimitada pelo método histórico-analítico de Fraser (método de abordagem) cuja proposta de historicização – ao permitir a análise do caráter sócioestrutural singular e historicamente específico da sociedade capitalista contemporânea – configura uma abordagem mais pertinente da teoria social (FRASER, 2014a).

Por fim, adotou-se o método monográfico (método de procedimento), que estabelece que o estudo de um caso de maneira profunda pode ser utilizado como referência para muitos outros casos semelhantes. Feitas essas considerações, passa-se a analisar brevemente a teoria tridimensional de Fraser.

A teoria tridimensional de Nancy Fraser

Fraser (2003a) preconiza duas esferas do analiticamente distintas: a esfera do reconhecimento – que seria estabelecida pelo *status* social – e a esfera da redistribuição, que contemplaria os conflitos de classe. Posteriormente, em *Scales of Justice*, abarca a terceira esfera da justiça – a representação relativa ao plano político – o que configura o palco em que as lutas pela distribuição e pelo reconhecimento ocorrem.

Para Fraser, as injustiças inerentes à subordinação de *status* só podem ser desconstruídas pela política de reconhecimento capaz de inspirar não a essencialização identitária, mas sua desconstrução (FRASER, 2003a).

Em *Scales of Justice*, a estrutura bidimensional se altera e inaugura o *político* como terceira dimensão da justiça. Impedimentos políticos à paridade da participação motivam impactos nos processos políticos decisórios que afetam pessoas independentemente de surgirem problemas econômicos ou de reconhecimento. O remédio para essa forma de injustiça denomina-se democratização (FRASER, 2010). A terceira dimensão da justiça também congloba a estratégia de elucidação das injustiças no plano metapolítico/global, que se estabelecem conforme se estabelece a divisão do espaço político em sociedades delimitadas territorialmente.

Como então restringir o enquadramento pertinente, tornando a justiça efetivamente justa? As injustiças de mau enquadramento inauguram-se quando não membros “(...) são excluídos do universo daqueles merecedores de reconhecimento dentro da entidade política no que tange a questões de distribuição, reconhecimento e representação política ordinária”. A injustiça de enquadramento, em nível transnacional, pode ser ilustrada na globalização da pobreza, o que ultrapassa as fronteiras territoriais.

O político sintetiza o palco em que as lutas por redistribuição ou por reconhecimento se pautam, numa dimensão que se refere ao procedimento e à delimitação de fronteiras. Quando as demarcações no espaço político ou as regras do procedimento decisório inviabilizam que determinadas pessoas participem das interações sociais em pé de igualdade com outros indivíduos, configura-se a injustiça política.

Na avaliação de Fraser, o modelo de *status* “permite a cada um justificar alegações por reconhecimento como moralmente vinculantes sob condições modernas de pluralismo valorativo” (FRASER, 2003a, p. 30). Entende ainda que a proposta de tentar justificar reivindicações de reconhecimento identitárias vinculadas a concepções de autorrealização inspira a perspectiva sectária. Em suas palavras, “o modelo de *status* é deontológico e não sectário”, pois “não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para uma concepção de justiça que pode – e deve – ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem” (FRASER, 2003a, p. 31).

O modelo de *status* de Fraser (2003a) defende a oposição ao paradigma da autorrealização previsto por Honneth (2003a; 2003b), que minimiza os padrões institucionalizados de desvalorização cultural que inviabilizam os indivíduos de se tornarem parceiros plenos em pé de igualdade nas interações sociais. A estratégia visa desconstruir “leis matrimoniais que excluem parceiros do mesmo sexo como ilegítimos e perversos, políticas de bem-estar social que estigmatizam mães-solteiras como parasitas sexualmente irresponsáveis, e práticas policiais tais como os perfis raciais que associam pessoas racializadas à criminalidade” (FRASER, 2003a, p. 29-30).

Fraser (2003a) afirma a não a prioridade do bem sobre o justo, e sim da desinstitucionalização dos padrões de valores culturais que impedem a paridade de participação de *gays* e de lésbicas enquanto parceiros plenos da vida social. Para Honneth (2003b), a privação de direitos às minorias raciais expressa uma experiência de injustiça que motiva a perda do autorrespeito e da capacidade de referir-se a si mesmo. Fraser (2003a) então explica que a questão fundamental não se resume em ater-se à centralidade das experiências de sofrimento inerentes aos contextos de vulnerabilidade moral – como pretende Honneth (2003b) – mas em examinar o efetivo impacto do não reconhecimento na esfera da paridade de participação.

Honneth (2003b; 2003c) e Fraser (2003a; 2003b) elaboram uma visão instrumental do reconhecimento, e este seria um instrumento relevante para atingir finalidades: a identidade pessoal intacta ou a paridade de participação plena, como algo que cada um poderia dispor, por meio da declaração ou da vontade individual. Nesse ponto de vista, a crítica de Kompridis (2008) a Fraser (2003a) tange à compreensão da filosofia sobre o reconhecimento estabelecido como remédio à injustiça. Fraser (2003a) parte de uma estrutura deontológica pressuposta no ideal da paridade de participação, o que não implica interpretar o reconhecimento como instrumental para a autorrealização individual, mas como instrumental para atingir o *status* como parceiro pleno nas interações sociais.

Outrossim, em contraposição a Kompridis, para quem a Teoria Crítica parte tanto da justiça como da autorrealização, Fraser advoga que a referida Teoria deve “priorizar a crítica da injustiça institucionalizada de forma a abrir espaço para formas legítimas de autorrealização”. (FRASER, 2008, p. 334). Dessa feita, a justiça, como primeira virtude, deve “equalizar as condições sobre as quais as várias interpretações de florescimento humano são formuladas, debatidas e perseguidas” (FRASER, 2008, p. 334). Fraser (2003a) acrescenta que a injustiça do não reconhecimento não supõe a presença da centralidade de efeitos psicológicos.

Não obstante, Kompridis (2008) problematiza: tal interpretação representa que os efeitos do não reconhecimento sejam moralmente irrelevantes? Como imaginar casos genuínos de não reconhecimento que sejam historicamente significativos e nos quais os efeitos não estejam presentes?

Na interpretação de Kompridis (2008), a presença de tais efeitos seria um sinal de que há um aspecto errôneo com a atual institucionalização de normas de igualdade, o que teria instigado Fraser (2003a) a conceber os efeitos psicológicos do não reconhecimento como irrelevantes para apreciar a injustiça. De acordo com Fraser (2003a), seria importante o que realmente conta a título de injustiça em contraposição ao que é meramente vivenciado como injustiça.

Fraser (2003a) reitera que o reconhecimento não sugere uma rede de experiências subjetivas insuscetíveis de ser publicamente verificáveis, mas de impedimentos externamente manifestados e publicamente verificáveis que inviabilizam a paridade participativa de determinados sujeitos, enquanto membros plenos da sociedade. Para Kompridis (2008), um caminho seria enfatizar discursos descentrados de justiça, que oferecem “um ponto de referência empírico mais plausível e objetivo para avaliar as pretensões de reconhecimento que o sofrimento inarticulado”. (KOMPRIDIS, 2008, p. 299).

Em oposição, os discursos descentrados têm a possibilidade de serem sujeitos ao escrutínio do debate público. Assim, a diferenciação entre o que conta a título de injustiça e o que é vivenciado como injustiça representa um problema: se, por um lado, “a experiência subjetiva é notoriamente incerta como fonte de justificação, ela também é insubstituível e fonte de inteligibilidade absolutamente necessária” (KOMPRIDIS, 2008, p. 299).

Todavia, a teorização do não reconhecimento deveria presumir a imbricação entre as experiências subjetivas e os discursos descentrados, os quais se evidenciam capazes de corrigi-las – e vice-versa. Haveria articulação entre as experiências subjetivas e os discursos descentrados, os quais seriam permeados pelas primeiras para possibilitar que o conteúdo deles não seja vazio e que não seja fonte de alienação. O não reconhecimento deve ter potencial para conceder sentido ao sofrimento mediante discursos descentrados.

Fraser (2003a) reafirma a centralidade dos discursos descentrados, contrapondo-os aos primeiros e teorizando o não reconhecimento como desconectado da ideia de sofrimento. Honneth preconiza a relevância das

experiências subjetivas. Mas, se o que deveria ser tematizado por determinados sujeitos é insuscetível de ser externamente manifestado e publicamente verificável em discursos e se estes não podem simplesmente ser inaugurados da noite para o dia, para Kompridis, a questão é: como confiar nos “padrões de verificação pública que pressupõem a adequação dos discursos atuais disponíveis e os vocabulários de avaliação e justificação?” (KOMPRIDIS, 2008, p. 300).

Com efeito, a crítica de Kompridis (2008) a Fraser (2003a) infere que seria pouco provável que os vocabulários disponíveis revelem pertinência entre o que necessita ser articulado e o que demanda ser reconhecido. Assim, como o sofrimento inarticulado irá tornar-se articulado? Kompridis (2008) classifica a articulação como anterior à reivindicação, uma vez que frequentemente há uma experiência de ausência de voz e de inexpressividade, com impossibilidade de articulação de experiências de sofrimento. A luta para atingir voz a quem até agora não a possuía implica ampliar “o horizonte do significado moral e lembrar-nos que a razão pública não é redutível ao discurso justificatório” (KOMPRIDIS, 2008, p. 301-302).

Kompridis (2008) destaca também que Fraser (2003a) não evidencia a inovação linguística para atribuir expressão à experiência de sofrimento inarticulado; e sim, Fraser (2008) reitera que não haveria nada em sua teoria que sustentasse que vocabulários de justificação não sejam pertinentes para refletir danos que ainda não foram publicamente articulados. Além do mais, resgata a estrutura conceitual que versou por mais de vinte anos os *meios de comunicação e interpretação*, os quais desvelam maior potencialidade para refletir perspectivas dos estratos mais favorecidos do que dos grupos subordinados, inviabilizando a paridade de participação – e assim fomentando as assimetrias e a injustiça institucionalizada (FRASER, 2008).

Em síntese, “cada luta histórica contra a injustiça tem envolvido a criação de novos vocabulários para articulação de injustiças que previamente são inominadas” (FRASER, 2008, p. 335). A segunda onda do feminismo criou inovações linguísticas por meio de vocabulários – como *estupro*, *assédio sexual*, dentre outras expressões. A ausência de expressividade reivindicada por Kompridis (2008), para Fraser (2008), pode se des-

construída pela criação de novos contrapúblicos subalternos que criam novas interpretações de necessidades não tematizadas na esfera pública oficial.

O julgamento da ADI nº 3239 e o Critério da Autoidentificação

O Ministro Cesar Peluso negou que o critério da autodefinição seria imperativo determinado pela Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, com aprovação pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 143/2002 e com promulgação pelo Presidente da República pelo Decreto nº. 5051/2004. Em sua teorização, o tratado, além de ser posterior ao decreto impugnado e de cuidar de outros grupos étnicos, prevê o critério da *consciência* como imprescindível à determinação dos grupos aos quais se aplicam suas disposições, e não para a aquisição – é bom que se diga – deste ou daquele direito.

Nesse sentido, é premente analisar brevemente tal voto à luz da perspectiva de Fraser. Para a filósofa, a “necessidade” é vista como uma categoria desprovida de sentido universal – razão pela qual reitera a centralidade dos discursos sobre as necessidades – analisando como este é construído e interpretado por diversos atores, por movimentos sociais e por instituições oficiais. Com efeito, a problemática reside na reflexão sobre como atores sociais criam discursos que politizam (discursos opostos) ou despolitizam as necessidades (discursos reprivatizantes e discursos dos especialistas).

Sob esse prisma, assumindo o marco teórico de Fraser, depreende-se do teor do seu voto, que a categoria “necessidade” é descontextualizada” e recontextualizada por meio de um discurso jurídico insensível à temática interseccional. A categoria “necessidade” relativa ao direito de autodefinição, inicialmente politizada pelo movimento social dos quilombolas, termina sendo redefinida juridicamente por meio de uma abstração. Mas, diferentemente de autores socialistas e comunitaristas, Fraser não acredita que o discurso dos direitos seja completamente individualista e androcêntrico, pois somente adquire essa conotação quando, por exemplo, a propriedade privada é assegurada às custas da violação de outros direitos, tais como os direitos sociais. Trata-se, portanto, de uma via de mão-dupla. Sustenta que direitos liberais formais deveriam

ser transformados em direitos substantivos, voltados para a autodeterminação coletiva (FRASER, 2013b, p. 82).

A respeito do critério da autoidentificação (artigo 2º, caput e § 1º, do Decreto nº 4.887/2003), a Ministra Rosa Weber analisou qual seria o universo dos chamados “remanescentes das comunidades quilombolas”, por meio de uma digressão histórica, citando o papel dos quilombos no regime de escravidão. Enfatizou ainda que a formação dos quilombos, dos calhambos ou dos mocambos retém o caráter de ato de resistência e de inconformismo – enfim, de luta por reconhecimento (BRASIL, 2018a).

Embora a Ministra Rosa Weber reconheça a difícil determinação do significado do vocábulo *quilombo* – posto que seu significado não abrange rigidez absoluta – os limites da cognoscibilidade jurídica da questão posta residem na adequação do emprego do termo pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do artigo 68 do ADCT (BRASIL, 2018a).

Nas ponderações da Ministra Rosa Weber, essas comunidades eram invisíveis até o advento da Constituição de 1988: verdadeiros párias, os quilombolas viviam à margem da sociedade.

Na perspectiva de Fraser, por meio dos discursos opositores, os processos discursivos sobre as necessidades efetivam-se em determinados contrapúblicos transversais que inspiram a formação de novos atores coletivos e movimentos sociais (FRASER, 2013b, p. 67). Para elucidar a autoconstituição de discursos opositores, elenca-se o surgimento de novos vocabulários emancipatórios durante o feminismo de segunda onda, que assumiu o papel precípua de tematizar questões basilares – como assédio e estupro conjugal – ampliando o idioma da razão pública (FRASER, 2013b, p. 67).

A luta das comunidades quilombolas e povos tradicionais também reflete a autoconstituição de discursos opositores, pois estes povos, inicialmente aliados da posse e da propriedade da terra, abandonam uma esfera de invisibilidade e alcançam algum nível de reconhecimento na Constituição de 1988, empoderando-se politicamente especialmente no Governo Lula. Esse símbolo da resistência negra sintetiza arenas discursivas

sivas transversais nas quais as comunidades quilombolas lutam contra um conjunto de assimetrias na esfera pública maior.

Os processos discursivos de interpretação das necessidades contrapõem-se a determinadas visões tradicionais de necessidades vinculadas ao status quo. Os discursos opostos, em primeiro lugar, problematizam as fronteiras estabelecidas entre economia, política e esfera doméstica. Em segundo lugar, oferecem interpretações alternativas e contra-hegemônicas das necessidades e também criam novos contrapúblicos de debate. Por fim, problematizam e modificam aspectos hegemônicos dos meios de comunicação e interpretação (FRASER, 2013b, p. 67-68).

Sustenta-se que, ao assegurar aos remanescentes das comunidades quilombolas a posse das terras por eles ocupadas desde tempos coloniais ou imperiais, o Decreto nº 4.887/2003 reconhece-os como unidades dotadas de identidade étnico-cultural distintiva, equiparando-se à proteção atribuída aos povos indígenas, o que remete ao ideário de Nancy Fraser, na perspectiva da justiça social pela estrutura redistribuição/reconhecimento/ representação.

A Ministra Rosa Weber sublinhou que não seria, portanto, adequado abordar a *questão quilombola* sem atentar para a necessária conciliação entre *reconhecimento cultural e igualdade social* (BRASIL, 2018a). A linha teórica de Fraser assinalava inicialmente dois requisitos essenciais à paridade participativa desses grupos: reconhecimento e redistribuição. Os quilombos seriam um exemplo de imbricação entre redistribuição (terras) e reconhecimento (luta pelo reconhecimento como identidade de grupo pelo direito às terras). Nesse contexto, para a Ministra Rosa Weber, a eleição do critério da autoatribuição não seria arbitrário, tampouco mal fundamentado ou viciado. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estamparia uma opção de política pública legitimada pela Carta da República, na medida em que visa à interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados – uma injustiça por só. Por outro lado, aqui se sustenta que tal critério incrementa a própria paridade participativa também na dimensão da representação.

O Ministro Celso Melo sublinhou a relação das comunidades com a terra em uma abordagem universalista, fundamentando-se Convenção nº 169 da OIT, a qual não define os povos contemplados, tendo em vista o direito à autoidentificação. Para tanto, elencou seus respectivos dispositivos, confirmando sua importância para a proteção dos direitos dessas comunidades e para a garantia da propriedade de suas terras. (BRASIL, 2018b). O objetivo da Convenção, já em seu artigo 2º, consiste em promover a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas e tribais, proporcionando-lhes um mecanismo de participação no processo de desenvolvimento nacional.

Não obstante o fato de somente em 2004 a Convenção ter sido objeto de internalização no ordenamento brasileiro, a Assembleia Constituinte de 1988 foi inspirada pelas discussões que a precederam – razão pela qual a Constituição de 1988 consagrou muitas de suas previsões. De acordo com o que ensina Fraser, minorias étnicas historicamente discriminadas no interior dos Estados territoriais estão se articulando em públicos transnacionais, mobilizando a opinião internacional (FRASER, 2009).

A articulação democrática entre índios e povos tribais e o respectivo engajamento numa estrutura pós-Westfaliana resultou na elaboração da Convenção, que desvelou como a representação altera a delimitação do *quem* sobre o qual recai o direito de participação (FRASER, 2009). Por sua vez, o Ministro Luis Barroso entendeu que o critério da autodefinição impugnado seria válido, já que igualmente na declaração da condição racial se atua da mesma forma, e em caso de fraude, é viável a correção. Trata-se apenas de um dos procedimentos dentre quatorze fases (BRASIL, 2018c).

Nas ponderações do Ministro Barroso, no caso dos quilombolas, portanto, pode-se expurgar-se uma fraude que eventualmente pudesse ocorrer. Ademais, em sua concepção, a alegação de fraude abrange uma ideia fantasiosa, porque seria necessário enganar muitos órgãos para tanto (BRASIL, 2018c). Dessa forma, corroborando o voto do Ministro Barroso, Lewandowski referiu que a autoatribuição envolve uma técnica mundial, com parâmetros objetivos e subjetivos, de modo que não há espaços para fraudes. Nesse sentido, indicou, ao contrário do que afirma o requerente, trata-se, em verdade, de critério plenamente adequado à identifica-

ção dos “remanescentes das comunidades dos quilombos” (BRASIL, 2018d).

Com efeito, afirmando-se implicitamente a paridade participativa desses grupos, tão cara a Fraser, o Ministro Lewandowski salientou que cabe aos próprios indivíduos e aos membros da comunidade se reconhecer e se autoidentificar como pertencentes a determinado grupo étnico (BRASIL, 2018d).

O Ministro Edson Fachin asseverou, na sequência do voto, que a autoatribuição à condição de ser quilombola perpassa por questões subjetivas e objetivas, reconhecendo como premissa para definir tais condições a existência de critérios trazidos pela antropologia, uma vez que se trata de uma ciência que estuda as idiosincrasias de um povo em específico, acolhendo nesse ponto o parecer da Procuradoria-Geral da República (BRASIL, 2018e). O Ministro Luiz Fux indicou que a autoafirmação, juntamente com questões históricas desse povo em particular, insurge como mecanismo apropriado para a identificação como comunidade quilombola (BRASIL, 2018f). A ênfase no direito à autodefinição não foi estabelecida por uma interpretação liberal e por um universalismo descontextualizado ou cego, no tocante à interseccionalidade.

A Tese do Marco Temporal nos votos minoritários de alguns Ministros do STF: minimizando opressões interseccionais

A tese do marco temporal foi delineada no voto do Ministro-relator Carlos Ayres de Brito na PET 3388/STF e congloba como exceção a tese do esbulho renitente, que pressupõe a existência de controvérsia possessória iniciada no passado, mas que persistiu até 05 de outubro de 1988, sintetizada por circunstância de fato ou prova de conflito possessório judicializado. Não obstante, consoante recente memorando elaborado pelo Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos (coordenado pela Professora Dra. Fernanda Frizzo Bragato), pela Benjamin B. Ferencz Human Rights and Atrocity Prevention Clinic at Cardozo Law School e pela Faculdade de Direito e Relações Internacionais /UFGD e encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a tese do marco temporal “não consta sequer no *decisum* do acórdão, onde foram inseridas as também dezenove condicionantes para demarcação de terras

indígenas que, em julgamento em Embargos Declaratórios, se decidiu serem aplicáveis apenas ao caso julgado (da Raposa Terra do Sol)” (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS; CARDOZO LAW SCHOOL; UNIVERSIDADE FEDERAL DE GRANDE DOURADOS, 2018).

O parecer reitera que a sustentação da tese do marco temporal não configura um argumento pacífico sequer dentro do STF. No que se refere à ideia de esbulho renitente, “quando alguém é ilegalmente destituído de seus bens, o Direito não exige nem nunca poderia exigir que, para ter a coisa restituída, o usurpado resista e busque incessantemente a reparação contra o usurpador” (UNISINOS; CARDOZO LAW SCHOOL; UFGD, 2018). E conclui: “ Não é da resistência que nasce o direito à restituição, mas do próprio ato ilícito da usurpação” (UNISINOS; CARDOZO LAW SCHOOL; UFGD, 2018).

O Ministro Cesar Peluso resgatou a teoria do marco temporal, que reconhece aos remanescentes das comunidades de quilombolas a posse contínua, prolongada (estejam ocupando), centenária (que remanescem), exercida com ânimo de dono (suas terras) e qualificada (existente em cinco de outubro de 1988) (BRASIL, 2018i). Celso Melo, desconstruindo um conjunto de assimetrias de poder, acompanhou a divergência iniciada por Rosa Weber (na parte dispositiva), mas entendeu que se tornou incabível a definição de marco temporal, acompanhando Edson Fachin no que concerne à crítica do marco temporal (BRASIL, 2018b).

O Ministro Toffoli, adotando a tese do marco temporal, divergiu do parecer da Advocacia-Geral da União (AGU/MC) nº 1, de 2006, da lavra do então Consultor-Geral da União, ao referir que tal parecer estendeu para a demarcação das terras das comunidades remanescentes de quilombos os critérios constitucionais assegurados expressamente pela Constituição de 1988 às terras indígenas, o que não seria possível em virtude das diferenças quanto aos regimes incidentes a cada uma das espécies e quanto aos efeitos da concessão da titularidade da posse ou do domínio sobre tais glebas.

Todavia, como o decreto foi silente em relação à data de ocupação/utilização das terras, o Ministro Dias Toffoli sustentou a *interpretação*

conforme a Constituição ao § 2º do artigo 2º do Decreto nº 4.887/03, de modo a estabelecer que somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos – inclusive as efetivamente utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição Federal (cinco de outubro de 1988), salvo comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitidos, da suspensão ou da perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros (BRASIL, 2018g).

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou integralmente o voto do Ministro Toffoli para sustentar a interpretação em conformidade com § 2º do artigo 2º do Decreto, defendendo a tese do marco temporal, ressalvados os territórios que o grupo conseguir comprovar perda ou suspensão do território resultante de atos ilícitos perpetrados por terceiros (BRASIL, 2018h).

O presente trabalho corrobora a conclusão de Fernanda Bragato segundo a qual a tese do marco temporal, aplicada à questão indígena, viola um conjunto de dispositivos internacionais de direitos humanos (consulta, direito à autodeterminação e direito à diferença) (BRAGATO, 2016). Indubitavelmente, sustenta-se que o regime jurídico atribuído constitucionalmente aos índios possui elementos comuns às comunidades tradicionais. Nesse sentido, as estratégias argumentativas dos Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Cesar Peluso e Gilmar Mendes consagram um conjunto de discursos implícitos que estabelecem formas de subordinação de status e de violação à paridade participativa das comunidades quilombolas.

No que diz respeito à autodeterminação, a paridade participativa das comunidades na dimensão da representação revela-se fundamental nesse processo. Nesse sentido, no que se refere à temática indígena, há uma violação ao artigo 12 da Convenção nº 169 da OIT (BRAGATO, 2016). Embora a Convenção 169 da OIT refira-se expressamente aos povos indígenas e tribais, torna-se possível aferir que o seu alcance contempla igualmente os povos e as comunidades tradicionais, entre os quais pode-se elencar os quilombolas. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que a Convenção n. 169 da OIT seria a-

plicável ao povo quilombola Samaraka, do Suriname. O instrumento estabelece, no artigo 3º, o Princípio da Autodeterminação: “os povos indígenas determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento social, econômico e cultural”.

A violação à paridade participativa na dimensão da representação também se descortina na ofensa ao direito de consulta consagrado no artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT. Finalmente, tem-se a violação à paridade participativa na dimensão do reconhecimento (abordagem insensível à interseccionalidade), pressupondo-se uma evidente subordinação de status. A ausência do título de propriedade para as comunidades negras e mestiças sintetiza um contexto de grande insegurança jurídica e social e reforça padrões eurocêntricos e estereótipos raciais. O sentido de território para comunidades quilombolas transcende à concepção de posse, sendo necessário à preservação e reprodução de suas tradições culturais e costumes.

Ao ensejo, assumindo uma abordagem interseccional, revela-se impossível o estabelecimento de uma data, para efeito de configuração do atributo da tradicionalidade, sendo fundamental o modo de relacionamento da comunidade quilombola com o território (segundo usos, costumes e tradições), que varia de acordo com cada comunidade específica e segundo cada contexto, razão pela qual deve-se levar em conta uma multiplicidade de fatores que interagem de forma complexa (nível de resistência da comunidade ao desapossamento, nível de informação e de articulação política, status econômico).

Advoga-se que a exigência de prova do esbulho renitente implica em uma perspectiva liberal, descontextualizada e que não resiste às reivindicações interseccionais, as quais levam em conta alguns dos critérios elencados e em que se sobrelevam as singularidades culturais específicas das comunidades quilombolas. Em suma, nas ponderações de Fraser, explicitam-se diferentes resultados e formas de subordinação de status para pessoas situadas em diferentes contextos sociais historicamente específicos (FRASER, 2013c). A autora desmistifica concepções essencialistas e estáticas de identidade, sustentando que estas são construídas discursivamente e de acordo com diferentes contextos históricos e singulares.

Tanto a temática do direito à autodefinição como a defesa dos direitos territoriais acarretam impactos diferenciados na esfera de quilombolas, segundo recortes de raça, níveis de desenvolvimento econômico, de resistência à invasão de suas terras e de empoderamento político. A abordagem do direito à autodefinição e o estabelecimento de um prazo rígido para aferição da titularidade da propriedade das terras em termos abstratos ou em uma perspectiva transcendente pode não revelar os diferentes contextos nos quais as comunidades quilombolas exercem o referido direito, tornando invisíveis um conjunto de assimetrias decorrentes da divisão desigual de bens materiais, das formas diferenciadas de subordinação de status e dos níveis diversos de engajamento político.

Por fim, a tese do marco temporal viola a paridade participativa das comunidades quilombolas na esfera da redistribuição, pois a negação dos direitos territoriais desse grupo priva determinados indivíduos de interagir com demais atores sociais como pares – seja como pessoas morais livres e iguais, seja como sujeitos situados em contextos sociais diversos.

O Ministro Edson Fachin, quanto ao marco temporal proposto por Dias Toffoli, teorizou que seria demasiadamente complexo, posto que, ao contrário dos indígenas, a ausência de regulamentação legal precedente à Carta Magna torna praticamente impossível a comprovação. Além disso, passou-se a estudar a comunidade quilombola recentemente, o que também representa um dos problemas para a comprovação da posse – ou seja, a prova da posse seria uma forma de reduzir a possibilidade de efetivação de direitos (BRASIL, 2018e).

O Ministro Fux, por sua vez, assinalou que qualquer restrição ao direito da terra aos quilombolas seria inconstitucional e perpetuaria a opressão racial, já que “(...) a histórica discriminação a que foram submetidos os quilombolas, inclusive institucional, bem como a oralidade que caracteriza a transmissão de suas tradições, conhecimentos e informações, onera sobremaneira a produção dessa prova (...)”.

Destarte, para o Ministro Fux, “(...) o direito das comunidades quilombolas às suas terras representa importante mecanismo de garantia ao direito à moradia, preservação da cultura e do modo de vida das comunidades quilombolas”. Outrossim, com fundamento no Princípio da Soli-

dariedade Social (artigo 3º, inciso I, da CF), incrementou o insight crítico-reflexivo da norma da paridade participativa destes grupos.

Na versão de Ricardo Lewandowski, “(...) a questão central desse debate não pode apartar-se da ideia central de que é preciso conferir-se o máximo de efetividade aos direitos assegurados originariamente pela Carta Magna aos chamados grupos minoritários” (BRASIL, 2018d). E arremata: “Em um Estado Democrático de Direito, exige-se mais do que a simples concretização dos interesses da maioria, sendo preciso respeitar também os direitos fundamentais de todos, compondo eles a maioria ou não” (BRASIL, 2018d). Indicou que a eventual necessidade de prova de posse seria configurada como prova diabólica, pois os quilombolas teriam que, de alguma forma, comprovar fatos que ocorreram há séculos, considerando o envolvimento de questões históricas e de resistência de seus antepassados. No mesmo sentido, Celso Melo defendeu a prevalência da norma mais favorável à dignidade humana ou de grupos. Por meio de um processo hermenêutico, o Judiciário deve extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações de direitos para a proteção dos direitos humanos (BRASIL, 2018b).

A seu turno, o Ministro Barroso, embora fazendo referência ao marco temporal e à ideia de esbulho renitente como um dos requisitos, considerou uma terceira hipótese em que dispensou a comprovação de conflito possessório atual ou anterior, sustentando que a permanência do vínculo cultural com o território já seria suficiente para assegurar o direito do artigo 68 do ADCT.

Conclusão

O objetivo principal deste trabalho consistiu em investigar como a subordinação de status e os estereótipos raciais eurocêntricos são discursivamente reproduzidos em um conjunto de discursos implícitos ínsitos à estratégia linguístico-discursiva dos votos de alguns Ministros do STF que adotaram a tese do marco temporal na ADI nº 3.239, incorporando como marco teórico a perspectiva de Nancy Fraser. A autora resgata o conceito gramsciano de hegemonia, preconizando a intersecção entre poder, desigualdade e discurso.

Assim, a questão central das reivindicações interseccionais consiste no questionamento: de que maneira as formas de estratificação social, segundo um conjunto de fatores elencados e que interagem de forma complexa ou multidimensional, afetam a construção discursiva das identidades sociais das comunidades quilombolas?

Outrossim, a tese do marco temporal – suscitada pelos votos dos Ministros Cesar Peluso, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Dias Toffoli – e a negação do direito à autoatribuição (presente no voto minoritário do Ministro-Relator Cesar Peluso) conglobou ferramentas discursivas de subalternização de minorias vulneráveis, motivando processos de subordinação de status e uma séria violação à paridade participativa dos membros das comunidades quilombolas, que deixam de ser considerados – seja como pessoas morais, livres e iguais, seja como sujeitos contextualizados e diferenciados, segundo recortes de classe, de acesso à informação e de acordo com níveis diversos de representação política.

Já os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Carmem Lucia, Celso Melo, Marco Aurelio, Edson Fachin e Luiz Fux, ao negarem a tese do marco temporal (assim como o voto do Ministro Luis Barroso, ao defender uma proposta intermediária) e ao afirmarem o princípio da autoidentificação, desvelaram uma estratégia linguístico-discursiva que incrementa a paridade participativa desses grupos nas esferas do reconhecimento, da redistribuição e da representação. Todavia, em nenhum dos votos há uma tematização expressa sobre a necessidade de se invocar uma perspectiva interseccional – o que revela a cegueira do Judiciário em relação ao idioma dos movimentos sociais.

Indubitavelmente, a própria ideia de esbulho renitente tem impacto diferenciado sobre essas minorias, sendo mais difícil a comprovação da posse ou de controvérsia possessória judicializada, posto que são recentes os estudos a respeito das comunidades quilombolas. Outrossim, a inexistência de regulamentação legal precedente à Constituição torna inviável a referida comprovação. Com efeito, a exigência de esbulho renitente minimiza a possibilidade de concretização do direito previsto no artigo 68 do ADCT, o que revela a importância da abordagem interseccional.

Referências

- ARRUTI, José Mauricio. Quilombos. In: PINHO, Osmundo; SANSONE, Livio. (org.). *Raça: perspectivas antropológicas*. Salvador: Edufba, 2008.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos Territoriais indígenas e prevenção de atrocidades no Brasil: o papel de Supremo Tribunal Federal discutido em amicus curiae. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI 3239*. Voto da Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 25/03/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2/1/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI 3239*. Voto do Ministro Celso Melo. Data de julgamento: 8/2/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 8/2/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI 3239*. Voto do Ministro Luis Roberto Barroso. Data de julgamento: 8/2/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 8/2/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI n. 3239*. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 8/2/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2/3/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI n. 3239*. Voto do Ministro Edson Fachin. Data de julgamento: 8/2/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2/3/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI n. 3239*. Voto do Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 8/2/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2/3/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI n. 3239*. Voto do Ministro Toffoli. Data de julgamento: 9/11/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2/3/2018.

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI n. 3239*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 18/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2/3/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão que julgou a ADI n. 3239*. Voto do Ministro Cesar Peluso. Data de julgamento: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2/1/2018.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 186: uma reflexão à luz do debate Honneth-Fraser. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 2, 2014.
- FRASER, Nancy. Against Symbolicism: The uses and abuses of Lacanianism for Feminist Politics. In: FRASER, Nancy. *Fortunes of Feminism*. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis. London: Verso, 2013c.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org). *Democracia Hoje*. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora UNB, 2001a.
- FRASER, Nancy. Distorted Beyond all Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? – A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003b.
- FRASER, Nancy. Feminism, Capitalism and the Cunning of History. In: FRASER, Nancy. *Fortunes of Feminism*. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis. London: Verso, 2013a.
- FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? – A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003a.
- FRASER, Nancy. Prioritizing Justice as Participatory Parity. A reply to Kompridis and Forst. In: OLSON, Kevin (ed.). *Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her critics*. London: Verso, 2008.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. *Teoria Crítica no Século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

- FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: Mit Press, 1992.
- FRASER, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2009.
- FRASER, Nancy. Struggle of Needs. In: FRASER, Nancy. *Fortunes of Feminism. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. London: Verso, 2013b.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003a.
- HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- HONNETH, Axel. Redistribution as Recognition: a Response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*. Londres/New York: Verso, 2003b.
- HONNETH, Axel. The Point of Recognition: A rejoinder to the rejoinder. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*. Londres/New York: Verso, 2003c.
- UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS. Núcleo de Direitos Humanos; CARDOZO LAW SCHOOL. Benjamin B. Ferencz Human Rights and Atrocity Prevention Clinic; UNIVERSIDADE FEDERAL DE GRANDE DOURADOS. Faculdade de Direito e Relações Internacionais. *Memorando que analisa o Substitutivo do Projeto de Lei n. 6818/2013, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados*. São Leopoldo, RS, 12 de Junho de 2018.

A (IN)EFICIÊNCIA DA PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA COMO FINALIDADE DA PENA CRIMINAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Miguel Tedesco Wedy*

Introdução

São indissociáveis as noções da análise econômica do direito e de prevenção geral negativa. Isto é, uma conformação mais ou menos homogênea de direito, a partir de uma concepção econômica, indaga acerca da possibilidade desse mesmo direito em diminuir o número potencial de criminosos, bem como reduzir a própria criminalidade, por intermédio de efeitos preventivos. Aí estaria a eficiência da pena e do direito penal. Por certo que não se esgota aí a relevância da análise econômica, que pode e deve subsidiar uma série de questões em matéria penal, especialmente em se tratando de proposições legislativas. Há, aí, inegáveis possibilidades de avanço, a fim de se evitar a expansão do Estado penal.

Entretanto, não se pode negar que a “eficiência”, originariamente, nessa conjuntura, possui matiz econômico e, economicamente, passa a ser delineada e considerada, gerida e calculada a partir dos efeitos intimidadores que possa vir a ter, para inibir novos delitos e atores criminais. A pena a serviço não da finalidade humana, como se dizia na Ilustração (NAUCKE, 2006. p. 19), mas de fins econômicos pretensamente correlatos com a felicidade humana.

Urge deambular por tal construção teórica. E assim há de ser feita uma indagação. Como é possível, nas sociedades atuais, gigantescas, multi-

* Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela FDUC (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Decano e Professor do Programa da Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado. Advogado Criminalista.

formes, fragmentárias, buscar a comprovação da prevenção geral negativa da pena? É uma tarefa, em verdade, quase impraticável. Há pesquisa empírica que sustente tal finalidade? O que se tem, vez por outra, é uma sensação epidérmica da prevenção geral negativa, como nos casos de alguns delitos do direito penal secundário¹. Ainda assim, difícil é uma tal comprovação, pois o campo investigatório a ser pesquisado seria variadíssimo e “incalculável”, para seguir-se uma “máxima eficientista”.

A prevenção geral negativa

A ideia de eficiência da análise econômica do direito trabalha essencialmente com uma noção de prevenção geral negativa². Uma espécie de regresso até Anselm Feuerbach, para a ideia de pena com uma específica finalidade³. Uma ameaça da pena como intimidação que não lesiona-

¹ Nesse mesmo sentido, Ferrajoli (2007): “Para encarar a criminalidade, principalmente entre as classes mais pobres, as únicas políticas eficientes são as políticas sociais. Essa situação é em parte resultado de grandes desigualdades, da exibição e ostentação da riqueza frente a uma classe que vive no limite da subsistência. Portanto, o único modo para acabar com os lugares em que o crime encontra espaço para crescer é uma política de garantia dos direitos sociais, que oferece alimentação, instrução e um sistema de saúde. É preciso valorizar, sobretudo, a pessoa, e admitir que a criminalidade no Poder, mais do que aquela de subsistência, é muito grave. O crime organizado, as máfias, os crimes de corrupção e as diversas formas de peculato são os únicos tipos de atos nos quais o direito penal tem um forte efeito inibidor. A impunidade da corrupção produz inevitavelmente um aumento desse tipo de crime”. Defendendo uma eficácia da ideia de prevenção, leia-se Nigel Walker (1980, p. 129-145). Ainda acerca da eficiência da prevenção geral: Günther Kaiser (1985, p. 99ss). E ainda sobre dolo e prevenção geral nos delitos econômicos: Massimo Donini (1999, p. 1-63).

² Figueiredo Dias (2004, p. 50-51) adverte que o grande argumento que sempre se repete contra as teorias de prevenção geral é aquele segundo o qual tais teorias seriam comandadas por considerações “pragmáticas e eficientistas”, fazendo da pena um instrumento que viola a dignidade da pessoa humana.

³ Para Figueiredo Dias, a primeira formulação acabada de uma doutrina de prevenção geral fica a dever-se a Paul Johann Anselm von Feuerbach: a conhecida doutrina da coação psicológica, segundo a qual a finalidade precípua da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um contra-motivo suficientemente forte para os afastar da prática do crime. E completa Figueiredo Dias: “O essencial da doutrina da prevenção geral veio a receber até certo ponto confirmação das doutrinas da psicologia da profundidade, bem como das próprias teorias psicanalíticas: quer através da ideia de que muitas pessoas só são capazes de dominar as suas tendências criminosas face ao reconhecimento de que quem se decide pela via do crime acaba por sofrer mais danos pessoais do que vantagens; quer pela

ria nenhum bem e nem o direito de ninguém, pois no caso de um cometimento do delito, o castigo real seria desenvolvido unicamente sob uma legalidade livre de fins (NAUCKE, 2006, p. 25)⁴.

Para Naucke (2006, p. 36), prevenção geral, principalmente prevenção pela pena, e direitos fundamentais da pessoa não se situam em oposição, quando os círculos das formas merecedoras de prevenção estão legalmente estabelecidos. A ideia de Kant, levando-se em conta a prática legislativa moderna, em tais condições, seria irreal (NAUCKE, 2006, p. 37).

Não se pode negar, é bem verdade, que a degradação da ideia de prevenção especial tem erigido a prevenção geral como verdadeira fortaleza. Uma fortaleza quase inexpugnável, especialmente, na atualidade, pela orientação positiva. Como diz Hassemer, para uma concepção tal, as penas benignas provocariam o aumento dos índices delitivos, e as mais severas os diminuiriam. O que não se pode negar vai ao encontro de algumas pregações bem características da *law and economics*. E, como se não bastasse, na atualidade, o clima científico e político-jurídico parece ser extraordinariamente favorável para a imposição de uma pena com fins preventivo-gerais. Cada intervenção com a pena sobre o indivíduo levaria também ao bem-estar geral. Seria inverossímil o retorno às teorias absolutas retributivas. De outra parte, como já referido, a decadência dos meios preventivos especiais reforçaria a prevenção geral (BENTHAM, 1984, p. 3s, 53).

conclusão de que a pena tem como função primordial a legitimação da ordem vigente e a manutenção da estabilidade e da paz jurídica. Um contributo decisivo para o reforço das doutrinas da prevenção geral em nova veste (positiva) é oferecido pelas actuais teorias sistémico-sociais: seja pela via da reatuação da função do direito penal como tutela subsidiária de bens jurídicos, que não pode deixar de reflectir-se na natureza e legitimação dos seus instrumentos específicos, máxime, da pena; seja pela via da redução da função da pena no sistema social à sua expressão simbólica de reafirmação contrafáctica da fidelidade devida às normas jurídicas de um dado ordenamento positivo". (DIAS, 2004, p. 49s). Fundamental sobre a finalidade da pena, exatamente por distinguir fins e justificação do direito de punir: Anabela Miranda Rodrigues (1995, p. 154ss).

⁴ A verdade, como salienta Naucke, é que Feuerbach fala em merecimento de pena e merecimento de sanção e em formação e execução de sanção, quando, só então, seriam discutidos os direitos das pessoas.

Ademais, se não pode ser cabalmente comprovada sua eficiência, a prevenção geral negativa e, afirmamos nós, também a positiva, caracterizam a opção por uma política criminal com maior dificuldade de falsificação. Mais difícil é combater aquilo que não se pode mostrar e demonstrar. Como contestar tal política criminal que se orienta cada vez mais pela prevenção geral?

O fato é que a política criminal baseada em critérios preventivo-gerais está exposta em menor medida, ao perigo da falsificação (HASSEMER, 2006, p. 54). E, com isso, vive-se o tempo da segurança interna, “da luta em prevenção”, da “construção de uma consciência normativa” e da “intimidação” (HASSEMER, 2006, p. 56)⁵.

Prevenção geral e eficiência

A qualidade que se incorpora à concepção de prevenção geral é o descortinar a questão da eficiência ou da efetividade. Isto é, o direito penal inefetivo ou ineficiente – e, por enquanto, usamos como sinônimos tais conceitos – careceria fundamentalmente de legitimidade. Como refere Hassemer (2006, p. 61), *“existe una ostensible relación entre legitimidade y efectividad del modo, puesto que un instrumento total o parcialmente no efectivo (por lo menos en el derecho penal) sacrifica la legitimidad”*.

E, assim, irretorquível é que a relação entre merecimento de pena e prevenção continua sendo difusa. Cada decisão de aplicação da prevenção geral negativa implicaria três requisitos: a) que ela atue como meio para outras pessoas que ela quer influenciar; b) que estas pessoas sejam influenciáveis pelos fatores que buscam realizar a intenção preventivo-geral; c) que o conhecimento empírico da criminalidade se encontre disponível (HASSEMER, 2006, p. 63).

A fragilidade acerca dos dados empíricos da criminalidade é fator que eleva a dificuldade para a apreciação da eficiência preventivo-geral

⁵ E aqui é de ser referido o caso relatado por Hassemer (2006, p. 45), de um trabalhador que teria lesionado sua mulher, mas que depois ambos teriam voltado a conviver. A pena que lhe foi fixada foi de 6 meses e, segundo o juiz, teria um caráter intimidativo, pois constituiria uma contribuição para a defesa da ordem jurídica.

das penas. Tal realidade é palpável, ante a falta de credibilidade de dados estatísticos⁶. O problema que pode surgir da prevenção geral, como refere Hassemer, é decorrente da falta de conhecimentos precisos sobre as condições de partida de sua atuação estratégica, a falta de conhecimentos existentes sobre a seletividade e resultados do processo de intermediação, bem como a falta de uma adequada valoração da motivação do círculo de destinatários e a falta de um fundamento empírico suficiente (HASSEMER, 2006, p. 75).

Salienta Figueiredo Dias que as teorias preventivas são teorias de fins, que reconhecem a pena como um mal, mas também como um instrumento político-criminal destinado a “actuar no mundo”: “O denominador comum das doutrinas da prevenção geral radica na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efectividade da sua execução” (DIAS, 2004, p. 48). Assim, ainda segundo Figueiredo Dias, a prevenção geral poderia conceber a pena como

forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinquente e cujo receio as conduzirá a não cometerem factos puníveis: fala-se então a este propósito de prevenção geral negativa ou de intimidação. Mas a pena pode ser concebida, por outra parte, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e força de vigência das suas normas de tutela de bem jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido lugar e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequados às normas: neste sentido se fala

⁶ Hassemer (2006, p. 69s) traz um exemplo bem elucidativo acerca dos problemas da efetividade ou eficiência da prevenção geral. O caso de Frankfurt, onde durante meses a polícia informou os lugares nos quais faria fiscalizações de trânsito, sem conseguir, entretanto, reduzir o número de infrações.

hoje de uma prevenção geral positiva ou de integração. (DIAS, 2004, p. 48s)

Uma constatação aqui há de ser feita. A relação que se estabelece é sempre entre eficiência e pena. A eficiência como algo correlato à pena. Ou a eficiência do direito penal como a eficiência da pena. E essa interconexão é uma constante.

Mesmo que se reconheça a dificuldade de se estabelecer um critério empírico de análise da propalada eficiência da pena, o que se indaga é: foi eficiente a pena para diminuir a criminalidade ou o número de delitos? Não existe dado estatístico ou empírico confiável que possa responder a tal pergunta. E, ainda que apresentando um dado, pode ser contestado por outro. É preciso ir além, pois a prevenção geral negativa carece de uma comprovação empírica sólida⁷.

Tudo isso, entretanto, deve ser observado com o devido cuidado, pois a falta de uma constatação precisa não elide, eventualmente, a ocorrência de uma prevenção geral negativa e, por que não, positiva. São imanências, vez por outra, que podem ocorrer, não como um fim próprio da pena ou de sua simples previsão, mas um efeito, um resultado que ocorre, seja querido ou não. Eis o problema, tomar como função ou fim o que é o efeito, a consequência.

A prevenção geral negativa, portanto, dirige, via de regra, a ideia de eficiência da análise econômica, ainda que muitas vezes sejam frágeis

⁷ Também referindo uma forte crítica ao modelo de prevenção geral negativa, está Ferrajoli: "A 'intimidação', disse Francesco Carrara, 'leva as penas a um aumento perpetuamente progressivo, vez que o delito cometido, demonstrando positivamente que aquele culpado não teve medo daquela pena, persuade a que, visando atemorizar os demais, seja necessário aumentá-la'. Voltaire já havia indicado as razões da introdução na Alemanha do 'suplício de roda' com a finalidade de prevenção geral perseguida por aqueles 'que se empossavam dos direitos soberanos' de 'assustar, por meio do aparato de um tormento inaudito, qualquer pessoa que ousasse atentar contra eles'. Em resumo, a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal, devendo servir como 'contraforça' ou 'contramotivo' ou 'coação psicológica', é tão mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas. 'Na lógica da prevenção geral', escreve Giuseppe Bettiol, 'existe um trágico ponto de chegada: a pena de morte para todos os crimes'" (FERRAJOLI, 2006, p. 318).

os argumentos empíricos reais. Mas, como referido, tal fato, por si só, não torna a ideia desprezível. E não é desprezível, pois, em geral, se lança mão da ideia para a discussão acerca da eficiência da pena. E se não é o que se almeja como ideia de força, ao menos, é a luz que permite uma parte da caminhada. Uma caminhada que deve arrancar de um ponto. Ainda que esse ponto não trate claramente da eficiência, mas de considerações atinentes à efetividade da pena.

Efetividade da lei penal e da pena

Aqui, nesse instante, por justiça, há de se trazer à ribalta o trabalho de Paliero (PALIERO, 1990, p. 430-544). Para ele, não é de hoje que a literatura penal atenta para a questão da efetividade da pena e do comando penal. Von Liszt já referia que a “pena infatti è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici” (PALIERO, 1990, p. 434).

Discorrendo mais sobre a efetividade da lei penal e da pena do que sobre a eficiência, Paliero refere o caso, por exemplo, da criminalização do abandono de seringas. Haveria aí efetividade, isto é, a punição da conduta diminuiria o número de casos? Tratar-se-ia de um fenômeno em massa? Em tal situação, possivelmente sim. Por conseguinte, a punição representaria uma legislação de eficácia absoluta (PALIERO, 1990, p. 438-442). Poder-se-ia concordar com Paliero, pois quanto mais esporádica e marginal é a aplicação concreta de uma lei (inefetividade), mais tal lei se deslegitima (PALIERO, 1990, p. 445)⁸. No entanto, não acreditamos que aqui se discuta a eficiência. Discute-se, sim, mas a efetividade. E disso, ao que nos parece, não discorda o próprio Paliero.

Paliero trata da efetividade sob três nuances: a efetividade no quadro da política criminal, a noção de efetividade criminal-politicamente praticável e o lineamento de uma teoria da efetividade do direito penal

⁸ Para Paliero (1990, p. 446), a criminalização se legitima com a prova da efetividade do meio-pena em relação ao fim pretendido, e não apenas pela inefetividade de outros meios de controle social.

(PALIERO, 1990, p. 446)⁹. O modelo de efetividade seria valorizado pela concepção weberiana-habermasiana, que individualiza três modelos de paradigma geral de legislação penal: simbólica (proteção da sociedade), permissiva (*rechtsfreier Raum* de Arthur Kaufmann) e instrumental (tentativa de mediação entre tutela necessária do ponto de vista do Estado e tutela possível do ponto de vista da sociedade) (PALIERO, 1990)¹⁰.

O corolário político criminal do princípio da efetividade seria a própria efetividade como requisito de legitimidade da pena. Quanto mais a norma fosse inefetiva, mais seria hiperselativa (PALIERO, 1990, p. 472)¹¹. De outra parte a efetividade seria requisito indispensável para a orientação da política criminal e, em última análise, para a legitimação da pena (PALIERO, 1990, p. 479).

Paliero, entretanto, e aqui mais uma vez deve ser ressaltada a relevância do seu estudo, procura trazer um arcabouço teórico para diferenciar eficiência e efetividade. Eficiência, ao que parece, referida como Eficácia, que para ele seria o atingimento do fim, pelo preceito normativo. Uma visão que poderia também ser buscada em Amelung (*Effektivität* seria a taxa

⁹ Paliero fala dos paradigmas de direito penal, desde os paradigmas de cariz axiológico-educativo-idealístico ou teleológico-garantista-realístico, como um funcionalismo empírico, ou como referido por Pulitano, “uma definizione laica e strumentale del diritto, una tutela di beni giuridichi che aspira all’effettività (...) richiedono di confrontare fini e risultati, il programma politico-criminale con i successi o le dure repliche della storia”. Também se poderia falar num modelo orientado a intenção e do modelo orientado ao resultado (PALIERO, 1990, p. 454-455). E aqui é de referir-se a questão do aborto, partindo-se da análise da corte de Karlsruhe, que assim decidiu sobre o tema: “Già la semplice esistenza di una (...) comminatoria penale influisce positivamente sui concetti di valore (*Wertvorstellungen*) e sul modo di comportarsi della popolazione (...). Tale influo, viceversa, si capovolge qualora, attraverso una generale abolizione della punibilità, viene inquivocabilmente dichiarato lecito anche un comportamento senza dubbio meritevole di pena. Ciò non può non travisare nella popolazione la cognizione di ciò che sono il lecito e l’illecito” (PALIERO, 1990, p. 458).

¹⁰ Isto é, a teoria instrumental seria uma típica manifestação de uma norma justa, orientada ao resultado. Um legislador com método indutivo.

¹¹ Para Paliero, a inefetividade da criminalização do aborto é vista desde a sua dúplice valia fenomenológica, como forma de não incentivar a conduta e como presença de efeitos negativos. O círculo vicioso, segundo o autor, é bem conhecido: a hiperselatividade da norma, que pune os mais débeis, e a criminalização fim, que afeta a vida da gestante. Para asseverar depois, com o que concordamos, que o sistema penal deve ser, em parte, inefetivo (PALIERO, 1990, p. 474-477).

de observância da norma, seja pelo destinatário, seja pelo órgão encarregado pela sua implementação, e Effizienz, o resultado ótimo entre o fim e os meios empregados numa estratégia de custo-benefício, não propriamente custo econômico, mas individual, social e seus efeitos colaterais) (PALIERO, 1990, p. 490s). E também uma outra diferenciação, de base luhmanniana, que concebe a Effizienz como a verificação empírico/factual da ação social orientada da racionalidade meio/fim. Já a Effektivität seria o quociente de sucesso. Também não seria de todo discrepante da noção de Leisner, que fala de Zielerreichungseffizienz, isto é, eficácia como atingimento do fim perseguido e de Zweck-Mittel-Effizienz, efetividade como otimização entre o meio e o fim. Também refere Leisner a Zielunabhängige Effizienz, isto é, efetividade independente do fim, isto é, a efetividade é vista ou concebida como funcionamento ótimo de uma determinada organização. E a diferenciação remontaria, também, ainda que de um ponto de vista mais distante, à doutrina pura Kelseniana, ao afirmar que a efetividade é vista como o primeiro pressuposto de validade do ordenamento. Para Paliero, a eficiência deveria ser vista como efetividade em sentido estrito (PALIERO, 1990, p. 499). Estrutura ele, na verdade, uma concepção que reduz, sob certo aspecto, a relevância da eficiência, como um apêndice, uma espécie, do gênero efetividade.

E tal redução é potencializada por sua construção acerca da “efetividade penal”, que ele projeta numa fórmula geral assaz complexa, muito para além do razoável¹². Uma teoria da efetividade penal com três planos

¹² Embora interessante e original, a fórmula não logrou êxito até o momento, talvez por uma não desprezível e, diríamos nós, com humildade, quase incompreensível complexidade. Ao menos é o que se depreende e se percebe de sua não utilização até o momento. Segundo Paliero a fórmula consistiria em: “conformità del comportamento e validità della sanzione espressi con la simbologia consueta (v. retro § 3.1.1.5) (289) – la conformità del comportamento (Verhaltensgeltung) viene indicata funzione (inversa) di K, contrassegnandosi provisoriamente con K l’insieme delle contromotivazioni all’osservanza del precetto, così come individuate dai paradigmi di analisi della ‘osservanza delle leggi’ (Befolgung von Gesetzen) che saranno esaminati nel Cap. Seguente (§ 4.3.2.2.1); la validità della sanzione (Sanktionsgeltung) dal canto suo viene indicata funzione inversa del grado di resistenza (o di attrito) degli apparati (O) (grado di inefficienza strutturale). Con I (na verdade Paliero usa outro caracteres, que aqui substituímos por I), indico invece il conseguimento globale dello scopo di tutela della norma penale, espresso da un’equazione complessa che comprende anzitutto gli scopi legislativi – lo scopo stricto sensu normativo (indicato dal simbolo Sn), cioè la diretta ratio della norma; lo scopo sociale (indicato dal

de ação: efetividade da norma (da ameaça), da sanção (da aplicação) e do aparato (eficiência) (PALIERO, 1990, p. 509).

A confusão entre eficiência e efetividade

Mais uma vez, ainda que com sofreguidão, é preciso afirmar: não foi atingida a ideia de legitimidade em direito penal que julgamos correta. O foco continua equivocado: a eficiência do direito penal sendo buscada na consideração acerca da pena ou do aparato para a aplicação da pena. Isto é, a pretensa eficiência confundida com efetividade ou como ramo de efetividade, com esteios, principalmente, numa prevenção geral negativa ou no estabelecimento de uma correlação de custo benefício que leve em conta a prevenção geral (PALIERO, 1990, p. 510).

A realidade é que a concepção de Paliero, ainda que não capaz, e aqui se expõe uma modesta e sincera opinião, de erigir uma noção forte de eficiência, tem sua relevância. Relevante porque delinea uma ideia de efetividade diferente de eficiência. Um dado que vale por si. E vale na medida em que se fragiliza, pois impõe uma busca de alternativa. E também vale, na proporção em que afirma, de forma precisa, que o direito penal não persegue e nem concebe uma absoluta efetividade (PALIERO, 1990, p. 517) e que um paradigma de “inefetividade” é a legislação criminal simbólica (PALIERO, 1990, p. 537), tão combatida na atualidade (por alguns, mas também louvada por outros).

simbolo Ss), cioè le ulteriori finalit  di orientamento ed ingegneria sociale rispetto alle quali la norma di comportamento   strumentale (ad es., la salvaguardia dell’integrit  fisica e il risparmio energetico rispetto ad una norma che limiti la velocit  stradale):   perci  coerente includere in Ss anche gli effetti inaspettati favorevoli (sinergici, potenzianti, o comunque conformi allo scopo di tutela), contrassegnati dal simbolo E. Con il simbolo N indico invece gli effetti inaspettati-indesiderati (Nebenwirkungen), criminogeni, desocializzanti o anche semplicemente disfunzionali, da sommarsi algebricamente ad Ss ed E. Con il simbolo di implicazione ~ (che posto fra due simboli segnala che il precedente implica il successivo) indico che lo scopo complessivo di tutela I implica l’economicit  (E) dello scopo rispetto al mezzo, vale a dire l’accettabilit  dell’obiettivo I verificata alla stregua dell’analisi costi-benefici con riferimento al tasso di impiego del mezzo (id est proporzionatezza della pena). In questo senso significativo che E   funzione inversa del grado di intensit  della pena (Yr)” (PALIERO, 1990, p. 504s).

E qual a razão de não se poder aceitar uma tal concepção de eficiência, estribada e sustentada na prevenção geral negativa? Não é apenas o fato de não ser comprovável, estatisticamente, a tal eficiência ou efetividade. Por certo que não. Seria mais um erro. Como afirmou Hassemer, a verdade é que

la relación entre el sistema de derecho penal y la experiencia es precaria. La historia del derecho penal parece comprobar que el conocimiento empírico no es necesario o no es absolutamente útil para las predisposiciones de actuaciones penales: el control de los comportamientos desviados a través de los medios del derecho penal es más antiguo que las ciencias sistemáticas de la persona humana y de la sociedad. (HASSEMER, 2006, p. 75)

É que a ideia de eficiência da análise econômica se imbrica com a noção de prevenção geral negativa. E isso, apenas por si, enfraquece uma noção de eficiência, pois inegável que a prevenção geral está frente a problemas insolúveis que discutem sua legitimidade (HASSEMER, 2006, p. 79). Isto é, o direito penal, a partir dessa noção de prevenção geral, não é mais visto como uma instituição para a imposição (fragmentária) de normas essenciais, mas sim uma instituição de controle social puro (HASSEMER, 2006, p. 80). Um “controle social” cada vez mais intempestivo, político-eleitoral-mediático e utilizado não como fim de tutela subsidiária de bens jurídicos de relevante significação, mas como *prima ratio*, seja para a idílica intimidação ou reafirmação da norma.

Como refere Lüderssen (2006, p. 88), citando Noll, poder-se-ia atingir efeitos intimidadores com altíssimas penas (talvez, responderíamos), mas assim a legitimidade seria afetada. Não se pode esquecer de que a reação estatal sobre a criminalidade provoca, ao mesmo tempo, criminalidade (LÜDERSSSEN, 2006, p. 92).

Conforme indaga Lüderssen, o direito penal impediria as pessoas de cometerem delitos, efetivamente intimidaria as pessoas? (LÜDERSSSEN, 2006, p. 96). O fato é que a prevenção geral tem em conta os potenciais autores. Seria impossível, contudo, interrogar todos sobre

os efeitos intimidativos das penas. Qual o efeito que ainda poderia ter uma teoria como a de Paul Johann Anselm Feuerbach?¹³

A resposta, ao que parece, encontramos, com inteireza, em Figueiredo Dias, para quem a prevenção geral negativa é possuidora de uma

(...) indiscutível fragilidade teórica e prática (...), quer porque não se torna possível determinar empiricamente o quantum de pena necessário para alcançar tal efeito. Quer porque, não logrando a erradicação do crime, fica próxima a tendência para se usarem para o efeito penas cada vez mais severas e desumanas; a ponto de o direito penal poder descambar, como tantas vezes historicamente descambou, num direito penal do terror absolutamente desproporcional e por isso, este sim, directa e imediatamente violador da eminente dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2004, p. 51)¹⁴

Assim, cai por terra a possibilidade de construção da eficiência em direito penal apenas a partir da prevenção geral negativa. Não apenas em decorrência de que poderia ter graves repercussões no direito penal, com a criação de tipos penais desnecessários, simbólicos, desproporcionais e não ofensivos aos bens jurídicos mais relevantes, mas em razão de que poderia descambar também para a afetação do processo penal. Sensivelmente, naquilo que diz respeito à questão da prova, há um nódulo problemático altaneiro, mormente quando se vê a criação de tipos penais em que há uma evidente inversão do ônus “probandi”¹⁵. Eis os riscos maio-

¹³ Sobre teoria econômica e criminalidade, citados por Lüderssen: Fleischmann Gerd *Chancen der Realisierung von Tariflören für Gefangene* (apud LÜDERSSSEN, 2006); também Klaus Lüderssen, Karl F. Schuman e Manfred Weiss (1978, p. 126ss); e ainda Haral Kunz (1976, p. 282ss). Sobre tal indagação, Lüderssen (2006, p. 120s) lembra dois casos reais, ocorridos na Alemanha, referindo-os como casos de renúncia de pena.

¹⁴ Repele, entretanto, a crítica, quando ela é direcionada à prevenção geral positiva.

¹⁵ Veja-se o caso, no Brasil, do problema da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal): “Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”. Em tais casos, quase que totalmente impossibilitada está a alegação da excludente de ilicitude do “estado de necessidade” (art. 24, do Código Penal), pois a “contra-alegação” seria de que o próprio réu deu causa a situação de necessidade. Na prática, uma única forma há de se obter a absolvição: o próprio réu fazer prova de que não contribuiu em razão de inexigibilidade de conduta diversa (não contribuiu como última, derradeira, inexorável e insubstituível forma de pagar os funcionários ou fornecedores, por

res: a restrição, cada vez mais acentuada, das garantias, o aumento desproporcional das penas e a inversão das cargas de prova entre acusação e defesa.

O que se vê é que uma concepção tal, se não almeja, acaba por enxergar o homem como meio. E, assim, o direito penal se transforma em aríete, uma peça de engrenagem, sendo usado e manejado para os fins mais diversos do poder político de ocasião. E aqui, como não recordar Hegel? Pois o que “está em jogo é o que é justo e o que é injusto”, ainda que sob uma nova capa (HEGEL, 1990, p. 102)¹⁶. Isto é, ou se verga a espinha para uma concepção de direito penal que terá avanços os mais perigosos, ainda que populares, modernos e agradáveis, para a grande massa, ou se mantém aquelas garantias mais básicas, observadas de longo tempo, e que edificam o direito penal ainda como uma garantia e não como um mecanismo puro e simples de imposição de poder.

Uma saída acerca da eficiência que, quem sabe, esteja em Silva Sánchez (1996, p. 110), quando afirma que “no cabe perseguir penalmente hechos que no se muestran ineficientes (pues en tal caso la ineficiencia del Derecho penal, por muy eficaz que éste fuera, sería clamorosa) y debe ser objeto de permanente discusión la persecución penal y su concreta

exemplo), o que poderia afastar a culpabilidade ou a fim de ser aplicado um princípio de desculpa. A realidade é que inúmeros empresários, na maior parte, aqueles de pequeno e médio porte, vêm sendo condenados em razão da prática desse fato, com um notório caráter de prevenção geral, positiva e negativa, da pena. Ademais, é perceptível também o evidente utilitarismo do tipo penal, porquanto permite ao juiz a não aplicação da pena, caso o sujeito pague a contribuição previdenciária depois do início da ação fiscal, ou a extinção da punibilidade, caso o sujeito pague a contribuição antes do início da ação fiscal. Isto é, o direito penal simbólico, transformado em “agente do Fisco ou da Previdência Social”, com o fim ou função útil de “arrecadar”.

¹⁶ Louvável ainda é sua ponderação quando diz: “As diversas considerações referentes à pena como fenômeno, à influência que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que tem na representação (intimidação, correção, etc.), ocupam o lugar próprio, até porque o primeiro lugar desde que se trate da modalidade da pena, mas têm de supor resolvida a questão de saber se a pena é justa em si e para si. Nesta discussão apenas se trata do seguinte: o crime, considerado não como produção de um mal mas como violação de um direito tem de suprimir-se, e, então, qual é a existência que contém o crime. Esta existência é que é o verdadeiro mal que importa afastar e nela reside o ponto essencial. Enquanto os conceitos não forem conhecidos claramente, a confusão tem que reinar na noção de pena” (HEGEL, 1990, p. 103).

modalidad em casos de limitada ineficiencia del acto perseguido. Pues, atendido que el Derecho penal tiene costes no poco significativos, se corre el riesgo de que, por expresarlo en términos de lenguaje ordinário, sea 'peor el remedio que la enfermedad'".

Considerações finais

Eis o ponto fulcral da questão: o erro primordial da ideia de eficiência em direito penal é não percebê-la conectada com atos ineficientes, mas com a pena, especificamente. Eis o ponto não atingido pela eficiência de parte da análise econômica, centrada apenas na pena e sua prevenção geral negativa. Se o direito penal mais eficiente será aquele com menores custos, então, que se observe o fato criminal em primeiro lugar. É daí que se deveria, então, partir. Eis o que parece ser o verdadeiro ponto de iluminação da eficiência em direito penal e também a grande barreira de contenção de uma concepção não legítima de eficiência.

Não se pode esquecer, pois, nesse quadrante, a advertência de Castanheira Neves, "O jurista pode indubitavelmente ser capaz de dizer-nos o que é o direito (quid sit iuris), i.é., o que prescrevem ou prescreveram as leis num tempo e lugar determinados. Mas será incapaz de descobrir se é justo ou injusto (iustum et iniustum) o conteúdo das leis e o princípio geral que permite conhecê-lo, se não abandonar por um momento as suas premissas empíricas e, em ordem a estabelecer o princípio geral de toda a possível legislação positiva, não procurar na razão pura a fonte daqueles conceitos. Nesta investigação as leis existentes podem oferecer-lhe, na verdade, uma excelente orientação, mas uma teoria do direito simplesmente empírica é, como a cabeça de madeira de que nos fala a fábula de Fedro, uma cabeça que pode ser bela, só que, infelizmente, não tem cérebro" (NEVES, 1995, p. 243).

Referências

- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- DONINI, Massimo. “Dolo e prevenzione generale Nei Reati economici”. *Rivista Trimestrale Di Diritto Penale Dell’Economia*, Milano, ano 12, p. 1-63, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. “Entrevista”. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, p. 7, edição de 8 de maio de 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.
- FLEISCHMANN, Gerd. *Chancen der Realisierung von Tariflören für Gefangene*.
- HASSEMER, Winfried. “Prevenición general y aplicación de la pena: principales problemas de la prevención general”. In: NAUCKE, Wolfgang et al. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006. p. 69-70.
- HASSEMER, Winfried. “Prevenición general y aplicación de la pena”. In *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.
- KAISER, Günther. *Criminologia: uma introdução ai suoi principi*. A Cura di Elio Morselli e Carla Steiner. Milano: Giuffrè Editore, 1985.
- KUNZ, Haral. *Ökonomik der Kriminalität*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1976.
- LÜDERSSSEN, Klaus. “La Función Preventivo-General del Sistema del Delito”. In HASSEMER, Winfried et al. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006.
- LÜDERSSSEN, Klaus; SCHUMAN, Karl F.; WEISS, Manfred (hrsg). *Gewerkschaften und Strafvollzug*, Frankfurt/Main, 1978. p. 126
- NAUCKE, Wolfgang. “Prevenición general y derechos fundamentales de la persona”. In: HASSEMER, Winfried et al. *Principales Problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006. p. 19.

- NEVES, António Castanheira. *“Justiça e o Direito”*. Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- PALIERO, Carlo Enrico. *“Il principio di effettività del diritto penale”*. Estratto Dalla *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1990.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *“Eficiencia y derecho penal”*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 1, p. 110, enero/abr. 1996.
- WALKER, Nigel. *“La eficacia y justificación moral de la prevención”*. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 11, p. 129-145, 1980.

TRANSPARÊNCIA E ACESSO AOS DADOS E INFORMAÇÕES: O CASO DO “FACEBOOK” – UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O RGPD EUROPEU E O MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL

Têmis Limberger*

Introdução

Recentemente, houve a revelação de que dados de 87 milhões de usuários¹ foram repassados à firma britânica *Cambridge Analytica*, que trabalhou na campanha de Donald Trump, eleito presidente dos EUA, em 2016. Assim, teve-se a confirmação da prática de violação de dados pessoais. Tais fatos levaram a que o presidente executivo do Facebook, Mark Zuckerberg, prestasse declarações no Congresso Norte Americano e no Parlamento Europeu (ISTOÉ, 18/04/2018, p. 66).

Há muito tempo já se sabia que os dados dos usuários da internet eram utilizados para se fazer um perfil de consumo, e se suspeitava de que pudessem ter uso para manipulação política. Assim, além da oferta comercial direcionada que ocorre devido à formação do perfil do usuário consumidor, tem-se, também: a coleta da informação para utilização nas campanhas eleitorais, monitoramento das declarações dos candidatos com relação ao impacto que causam no eleitorado, favorável ou não; e robôs localizados, por vezes, longinquamente, que automaticamente conferem um universo de seguidores ao candidato, impactando positivamente o sítio eletrônico do elegível, que, ainda que falsamente, passa a ter muitos seguidores.

* Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MPRS.

¹ Com a estimativa de que 43 mil brasileiros tenham sido incluídos.

No contexto atual da Internet, verifica-se a exposição constante e exacerbada das pessoas nas redes sociais. É a denominada sociedade do espetáculo (DEBORD, 1997). As informações e os fatos da vida são noticiados e ilustrados com fotos no *Facebook*. Pode-se fazer uma paródia do velho brocardo latino: “quem não está no face, não está no mundo”.

A certeza de que hoje existe o denominado “homem de cristal”, na internet, no sentido de que há uma ampla visibilidade, a respeito das informações e dados que a pessoa disponibiliza e interesses que possui, a partir da consulta e visita aos sítios eletrônicos, que faz na internet, que ficam armazenados e contribuem para formação de um perfil, que na maioria das vezes, é repassado a outras empresas, sem o consentimento do usuário.

Assim, o objeto do presente artigo é pesquisar: qual a proteção jurídica que pode ser oferecida ao usuário, no ordenamento jurídico brasileiro e europeu, diante da entrada em vigor (25 de maio de 2018) do novo Regulamento de Proteção de Dados na Europa? Neste contexto, o estudo vai se ocupar de verificar aspectos desse novo fenômeno de exposição constante das pessoas nas redes sociais e buscar instrumentos jurídicos e ferramentas que possam ser utilizadas para verificar quais as informações que estão armazenadas a respeito do usuário e buscar garantir que, sem o consentimento do cidadão estas informações não podem ser utilizadas para um fim diverso ao que forem coletadas.

Do contexto normativo de proteção de dados na Europa e no Brasil

O Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD

O novo Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD UE 2016/679 entrou em vigor a partir de 25/5/2018, após 2 (dois) anos de promulgação, em 4/5/2016. O objetivo do RGPD é duplo: regular um direito (à proteção de dados) e garantir a liberdade (a livre circulação dos dados), à semelhança do que já ocorria com a Diretiva Comunitária nº 46/95.

Assim, a proteção do direito fundamental prevalece sobre o interesse econômico dos responsáveis e encarregados do processamento de dados, como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça, na Sentença profe-

rida em 13/05/2014², Google Espanhol e Agência Espanhola de Proteção de Dados.

O RGPD e o direito fundamental a proteção de dados (art. 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos), âmbito material de aplicação: aqueles que têm um arquivo automatizado contendo dados pessoais.

No tocante ao aspecto territorial, o RGPD é aplicável no âmbito da União Europeia e a outros países ainda que não comunitários; desde que, a partir de alguma relação jurídica ou comercial, afetem os dados de cidadãos ou empresa estabelecida na União Europeia. Assim, o princípio da segurança jurídica tem sua incidência para além do território europeu, considerando que os dados circulam livremente, independente das fronteiras de um país.

Outro aspecto importante é do consentimento do interessado (art. 4.11 do RGPD), como sendo toda manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca pelo qual o interessado aceita, seja mediante uma declaração ou uma clara ação afirmativa, o tratamento de dados pessoais que lhe são relacionados.

Assim, a novidade é que se especificam duas formas de expressar o consentimento: mediante declaração ou mediante uma clara ação afirmativa. Deste modo, não cabe mais o denominado consentimento tácito (o silêncio, as alternativas já marcadas ou a inação).

Logo, fica claro que o silêncio ou a inação não podem considerar-se como uma declaração de consentimento, pois este tem que ser um ato afirmativo claro e para finalidades específicas.

O Princípio da finalidade já se fazia presente desde o Convênio 108/1981 e foi incorporado pela DC nº 46/1995, mantendo-se no atual RGPD, no sentido de que os dados coletados para uma finalidade específica não podem ser utilizados para outra.

Comentando o então projeto do atual RGPD, Sanchez Bravo³ já propugnava que toda a informação dirigida ao público, em virtude do

² Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu (Grande Secção), em 13/05/2014.

Princípio da Transparência, deve ser de fácil acessibilidade e compreensão, utilizando-se de uma linguagem simples e clara.

O Regulamento foi pensado para a publicidade na Internet e outras situações tecnológicas complexas. Por isso, faz-se necessário que o interessado possa saber e compreender se seus dados estão sendo recolhidos por quem e para que (finalidade). Especial atenção deve-se conferir aos menores, que são os efetivamente cuidados em sua vida privada.

Deste modo, o *Facebook* agiu em desacordo ao armazenar dados de seus usuários e repassá-los a outra empresa não prevendo o consentimento e tampouco guardando a finalidade para o qual foram colhidos.

O RGPD traz novidades, sendo que algumas aplicáveis especificamente ao que aqui se debate: princípio de *accountability* ou responsabilidade pró-ativa-transparência, em caso de que haja dano ou prejuízo material ou imaterial, o valor pode chegar a \$ 20.000.000 de euros, ou tratando-se de empresas, até 4% da receita global, o que for mais elevado⁴.

O RGPD pretende fazer mais simples a proteção dos dados, reduzindo os encargos administrativos às empresas, ao mesmo tempo em que implementa a *accountability* (REIGADA, 2016, p. 463). Assim, o RGPD supõe uma simplificação normativa e a supressão ou flexibilização de algumas exigências das leis nacionais que os mercados consideravam burocráticas. Por outro lado, o RGPD introduz novas garantias para a proteção das pessoas físicas no tocante ao tratamento de seus dados pessoais que provém em grande medida da cultura jurídica anglo-saxã e do âmbito da autorregulação.

³ "Toda información dirigida al público, en virtud del principio de transparencia, debe ser fácilmente accesible y fácil de entender, utilizándose un lenguaje sencillo y claro. Especialmente pensado para la publicidad en línea, y otros entornos tecnológicos complejos, se hace necesario para que el interesado pueda saber y comprender si sus datos están siendo recogidos, por quién, para hacer qué. Especialmente, deberá prestarse atención a los menores, para que ese lenguaje sencillo y claro, sea comprensible con facilidad" (SÁNCHEZ BRAVO, 2015, p. 124; tradução livre da autora).

⁴ No caso da violação de dados ocorrida no Facebook, caso considerado que o RGPD já seria aplicável, a multa chegaria a seis bilhões de reais.

É estabelecido um novo princípio o da “responsabilidade pró-ativa” – artigo 5.2, e no artigo 24 trata da Responsabilidade do encarregado do tratamento de dados, para que seja capaz de demonstrar que o tratamento está em conformidade com o RGPD.

Deste modo, o Regulamento transforma as obrigações do responsável que estavam na Diretiva em um princípio de responsabilidade, introduzindo a *accountability*.

Como consequência da pro atividade, diferentemente da passividade do tempo da Diretiva, ao responsável é devido declarar e notificar os tratamentos de dados, colocar legendas informativas, responder perante os cidadãos os direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição e implementar medidas de segurança descritas na norma. O RGPD determina que o responsável seja reflexivo e que avalie os riscos prováveis (alto, médio ou baixo) adotando as medidas a cada caso concreto, tentando prevenir riscos que podem acontecer e, avaliando as possibilidades de risco e analisando as medidas preventivas que podem ser adotadas, quando sejam necessárias. Para isso, o perfil do responsável pelo tratamento dos dados é no sentido de que tenha iniciativa e diligência para avaliar os possíveis riscos no tratamento que advenham e diligentemente adote medidas preventivas e as atualize, quando necessário. O Regulamento se afasta da antiga figura do Responsável definida na Diretiva 95/46 e na antiga LOPD (Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 15/1999, que sucedeu a Lei nº 5/1992), desenhando um modelo mais moderno do responsável mais atual, inspirado no modelo anglo-saxônico de responsável *accountability* e de *compliance*, que não se limita a cumprir a determinação legal, mas se adiante a prevenir possíveis descumprimentos.

Deste modo, o RGPD se atualiza para ir além da codificação estruturada a partir de preceitos para o descumprimento e pretende se atualizar na perspectiva de prospecção da legislação, estimulando as boas práticas e não apenas reprimindo.

Da legislação no Brasil

O Brasil tem a proteção constitucional à privacidade prevista no artigo 5º, X, CF e o Marco Civil (Lei nº 12.965/2014), que em seu artigo 3º, III, prevê a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (sem que até o presente momento se tenha a edição da normativa)⁵.

O Marco Civil prevê o consentimento na coleta dos dados (artigo 7º, IX) e o agir de maneira transparente (artigo 9º, II), tal qual acontece na normativa.

O Provedor somente é responsabilizado se não cumprir a ordem judicial de retirada dos dados (artigo 19) burocratizando a celeridade da via administrativa que acontecia, até então.

A agência de proteção de dados ou a Autoridade de Proteção de Dados Pessoais, até o presente momento não se encontra criada legislativamente, o que representa um entrave concreto à efetiva proteção de dados.

Percebe-se, desde logo, que a legislação brasileira é tímida se comparada ao RGPD.

Da evolução do direito de estar só à tutela da proteção de dados pessoais

No Brasil, os direitos à intimidade e à privacidade estão referidos no artigo 5º, X, da Constituição Federal – CF (BRASIL, 1988), reconhecendo a distinção proveniente da doutrina e jurisprudência alemãs, da teoria das esferas ou dos círculos concêntricos (HENKEL *apud* COSTA JR., 1970, p. 31). As esferas da vida privada comportam o grau de interferência que o indivíduo suporta com relação a terceiros. Para tal, leva-se em consideração o grau de reserva do menor para o maior. Assim, no círculo exterior está a privacidade; no intermediário, a intimidade; e, no interior desta, o sigilo. Deste modo, a proteção legal torna-se mais intensa, à medida que se adentra no interior da última esfera.

⁵ No final do mês de maio de 2018 foi aprovado na Câmara de Deputados o PLC 53/2018, e que agora está no Senado Federal.

O preceito constitucional, consagra a regra do fornecimento da informação pública, ressaltando o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado – art. 5º, XXXIII, da CF (BRASIL, 1988). Na regulamentação ao dispositivo da Constituição, a Lei de Acesso à Informação Pública, em seu art. 3º, I, estabelece que para assegurar o direito de acesso à informação pública, será observada a publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção.

A legislação de proteção de dados teve três fases de desenvolvimento: 1ª) 1970 – primeiras legislações *Land Hass*; 2ª) criação das Agências de Proteção de Dados – Lei Francesa, que foi a primeira experiência; 3ª) a livre circulação de dados e unificação do direito comunitário (LIMBERGER, 2007).

Frente ao fenômeno informático, desenvolveu-se a noção de autodeterminação informativa (PÉREZ LUÑO, 1996, p. 44), que equivale à liberdade informática com um valor indiscutível na sociedade da informação⁶. Sua função consiste em garantir aos cidadãos direitos de informação, acesso e controle dos dados que lhes concernem. Essa faculdade não é intrassubjetiva, mas sim uma autodeterminação do sujeito no seio de suas relações com os demais cidadãos e o poder público. O livre desenvolvimento da personalidade estaria dividido em duas liberdades. De um lado, a liberdade para decidir realizar ou não determinados atos e a faculdade para comportar-se ou atuar de acordo com essa decisão. De outro, a autodeterminação informativa referente à liberdade do indivíduo para determinar se deseja tornar públicas informações a seu respeito, bem como a quem cedê-las e em que ocasião. É paradigmática a sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão com relação à Lei do Censo⁷, em 1983.

⁶ Sustentando a mesma posição da tese afirmativa de um direito, a partir do artigo 18.4 da CE: Miguel Ángel Davara Rodriguez (1993, p. 65); Pablo Lucas Murillo (1990, p. 157s; 1993, p. 47-87); Manuel Heredero Higuera (1992, p. 1765); Carlos Ruiz Miguel (1995, p. 94-7); Ernesto Benda (1996, p. 132). Em sentido contrário, não reconhecendo o nascimento de um novo direito fundamental: E. Denninger (1987, p. 271).

⁷ Sentença de 15/12/1983 (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1984, p. 137). A questão discutida, neste julgamento, que se tornou paradigmático, era com relação à Lei do Censo, que fazia demasiadas perguntas, o que poderia atentar diretamente contra os

Com a expansão das novas tecnologias em rede, em 2008, o Tribunal Constitucional Federal Alemão atualizou a autodeterminação informativa, a partir do novo direito fundamental à garantia de confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais (MENKE, 2014, p. 205-230), acentuando a aludida migração das relações sociais e condução da vida do indivíduo para o ambiente técnico-informacional. A decisão ficou restrita à atuação do poder público, mas é amplamente reconhecido o impacto que pode causar no setor privado, igualmente.

A discussão teórica, a respeito de ser a autodeterminação informativa um novo direito ou faceta do direito à intimidade evoluiu para a positivação do reconhecimento da proteção dos dados pessoais, de forma autônoma. Isto significa, a proteção de todos os dados de caráter pessoal que digam respeito ao cidadão. Esses dados devem ser objeto de um tratamento legal, com finalidade específica e com consentimento da pessoa interessada.

A proteção dos dados pessoais é um direito autônomo com relação à intimidade ou privacidade, nos países europeus, veja-se o Tratado de Lisboa, artigo 16-B (UNIÃO EUROPEIA, 2007), que ratificou a Carta de Nice (UNIÃO EUROPEIA, 2000), contemplando o direito fundamental à proteção dos dados pessoais (artigo 8º), em caráter autônomo à intimidade (artigo 7º). O diploma explicitador dos direitos fundamentais da União Europeia demonstra estar sintonizada com as questões oriundas do ciberespaço.

A proteção dos dados pessoais não é direito positivado em muitos países latino-americanos, porém deve-se conferir-lhe alguma tutela. Se não é possível como direito autônomo, pode-se proteger como consequência do direito à intimidade. A inexistência de autoridades administrativas para proteção dos dados, tal qual existe na Europa, leva à sobre-

direitos fundamentais de liberdade de opinião, inviolabilidade de domicílio e liberdade de expressão. O objetivo do Tribunal era aprofundar as bases constitucionais da proteção de dados relativas à pessoa. A norma básica em referência era o direito geral de respeito à personalidade garantido pelo art. 2.1 (Direito Geral de Personalidade), combinado com o art.1.1 (a dignidade da pessoa humana) da Lei Fundamental de Bonn.

carga dos tribunais, propiciando uma judicialização excessiva (PERLINGEIRO, 2014, p. 224).

A construção tripartite da transparência

A transparência vem enunciada no RGPD e também na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. Assim, pergunta-se: trata-se de um novo princípio ou é decorrência de outros princípios e direitos já existentes? A partir daí, pode-se perguntar o fundamento da transparência. A primeira tentação a que se submete o jurista é no sentido de dizer que se trata de um novo princípio, o denominado *Pan Principiologismo* (STRECK, 2011, p. 517-541). Porém, a Constituição, em seu art. 37, *caput*, não foi econômica ao enunciar os princípios que regem a administração pública. Ao contrário, poder-se-ia dizer que foi minudente.

Ao discutir a esfera do público, Hannah Arendt (ARENDR, 2001, p. 59) inicia reconhecendo que o termo *público* designa dois fenômenos relacionados: a) o de tudo aquilo que vem a público e pode ser visto e ouvido por todos; e b) o mundo comum a todos, que para ela não se reduz à natureza, mas ressalta o artefato humano, constituído por coisas criadas que se inserem entre a natureza dos homens, unindo-os e separando-os num *habitat* humano. O primeiro significado é o que compõe a transparência, extrai-se, então, a consequência de que a esfera pública, comum a todos, deve vir a público, isto é, ao conhecimento de todos.

Quem contribuiu para esclarecer o nexos entre opinião pública e publicidade do poder foi Kant (*apud* BOBBIO, 2000, p. 103), que pode ser considerado o ponto de partida de todo o discurso sobre a necessidade de visibilidade do poder. No segundo Apêndice à Paz Perpétua, intitulado *Do acordo entre a política e a moral segundo o conceito transcendental de direito público*, Kant estatui o seguinte princípio: *Todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas*. Kant (*apud* SMEND, 1985, p. 277)⁸ pretende, a partir deste enunciado, garantir a uniformidade da política e da moral mediante a publicidade.

⁸ No capítulo V, Smend discorre “sobre el problema de lo publico y la cosa publica”.

Retomando os estudos a respeito da publicidade, a partir de Kant, Bobbio (2000, p. 105) pergunta: o que se constitui em um escândalo, quando este nasce? Para responder que o momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos mantidos em segredos ou ocultos, na medida em que poderiam ser tornados públicos pois, caso o fossem, não poderiam ser concretizados. Nenhuma administração confiaria um cargo a um servidor que fosse praticar o crime de peculato, concussão, etc.

Assim, o que distingue o poder democrático do poder autocrático é que apenas o primeiro, por meio da livre crítica, pode desenvolver em si mesmo os anticorpos e permitir formas de desocultamento. A democracia como poder visível, que permite ao cidadão o controle por parte quem detém o poder.

A informação possui uma nota distinta no Estado Democrático de Direito se comparado ao modelo liberal. Para este último, é uma consequência política do exercício de certas liberdades individuais. Nos estados democráticos, a livre discussão é um componente jurídico prévio à tomada de decisão que afeta à coletividade e é imprescindível para sua legitimação. Por isso, para Ignácio Villaverde Menéndez (1994, p. 33-5), no Estado Democrático, a informação é credora de uma atenção particular por sua importância na participação do cidadão no controle e na crítica dos assuntos públicos. Não se protege somente a difusão, como sucedia no Estado Liberal, mas se assegura a própria informação, porque o processo de comunicação é essencial à democracia. O ordenamento jurídico no Estado Democrático se assenta no princípio geral da publicidade, devendo o sigilo ser excepcional e justificado. Esse preceito é extraído com base no princípio da publicidade e do direito a ser informado do cidadão.

O enunciado proferido pela Lei de Responsabilidade Fiscal não é de publicidade, mas sim de transparência.

Embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a administração pública, a partir dos já enunciados, deles pode-se extrair. Desta forma, a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º,

XXXIII) e o princípio democrático. A publicidade visa, por meio da divulgação do fato, a assegurar que o ato foi praticado de acordo com a legalidade, moralidade e os demais preceitos que regem a administração. A publicidade dos atos emanados do Estado faz-se, ainda, tradicionalmente nos diários oficiais do Estado, com destinatários muito específicos e à grande maioria de pessoas é algo estranho e pouco atrativo. Deste modo, os dados veiculados pelos órgãos públicos por meio eletrônico fazem com que não apenas os agentes que trabalham na burocracia do Estado, mas muitos outros cidadãos se interessem por acessar o conteúdo da informação.

Da publicidade e da informação decorre uma forma de o cidadão poder controlar os atos emanados do Estado e aí reside, também, a participação popular. No dizer de Moreira Neto (1992, p. 104), a informação é um instituto polivalente da participação política, de amplo espectro subjetivo, pois se estende a toda a sociedade, visando tanto à legalidade quanto à legitimidade, mediante a qual, pela divulgação dos atos do poder público, reconhece-se o direito ao conhecimento formal ou informal das suas tendências, decisões, manifestações e avaliações oficiais.

Exposições virtuais e consequências reais

Diante da exposição constante das pessoas nas redes sociais, o risco de vazamento de informações e imagens fica potencializado. Outrora os riscos existiam, mas eram diminuídos, se comparados aos dias de hoje.

Pérez Luño designa *metamorfose da intimidade* (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 115). Uma metamorfose no direito à intimidade que se expressa duplamente: do original direito a estar só individualmente à perspectiva de estar no âmbito social e coletivo; e desde o direito à personalidade ao deslocamento que aponta para órbita patrimonial⁹.

O primeiro significado da intimidade (direito a estar só) se situa na esfera de *foro interno*, de solidão, de ensimesmamento e autoconfinamen-

⁹ A respeito da evolução do direito à intimidade, veja-se artigo produzido no Anuário nº 10 da Unisinos: *Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente* (LIMBERGER, 2013, p. 259-276).

to pessoal, conseqüentemente, este conceito corre o risco de ser inexplicável e carecer de qualquer relevância jurídica; ou se ao contrário, toma-se como ponto de referência suas implicações e projeções intersubjetivas no âmbito do “foro externo”, corre-se o risco de deformar a intimidade, de coisificá-la, de diluí-la em um conjunto de tópicos sociais, e vendê-la em seu antônimo, isto é, na sua alteração; ou seja, em que deixe de ser ela mesma para ser traída, levada e tiranizada pelo outro (ORTEGA Y GASSET, 1983, *apud* PÉREZ LUÑO, 2012, p. 116).

Existe algum ponto de mediação nesta polaridade do dilema, aparentemente insolúvel?

Antonio Enrique Pérez Luño estima que sim. A concepção de intimidade como isolamento e ensimesmamento não é necessariamente incompatível com suas projeções sociais, caso se coloque como um primeiro momento de seu processo formativo. Esse *intus* ou fase solitária e interna da intimidade se encontraria conformada por ideias, que reclamariam sua posterior exteriorização em ações. O isolamento confinado em si mesmo somente seria capaz de fabricar mundos exteriores, fantasmagóricos condenados a degenerar em puro solipsismo. A dimensão interna e ensimesmada da intimidade para realizar-se plenamente precisa extroverter-se; a convivência é indispensável na nossa vida, necessita apoiar-se em outras vidas (GARCÍA MORENTE, 1992, p. 36, *apud* PÉREZ LUÑO, 2012, p. 116).

Essa abertura da convivência se exercita por formas de comunicação e de linguagem que se integram e socializam no mais íntimo de nosso ser, assim o ser mais íntimo de cada homem já está informado, modelado por uma determinada sociedade. Isto porque, a própria noção de intimidade ou de privacidade é uma categoria cultural, social e histórica (ORTEGA Y GASSET, *apud* PÉREZ LUÑO, 2012, p. 116).

Assim, o núcleo significativo da intimidade se deslocou, inclusive se pode afirmar que foi ao seu oposto, desde o âmbito solitário do ensimesmamento à esfera dos usos sociais em que se manifesta e se exterioriza em termos de alteração. A decantação da cultura europeia da intimidade e privacidade, que pretende traduzir a noção anglo-saxão de privacidade, assim como a categoria dos denominados dados pessoais e perfis

de personalidade, que se projetam sobre um conjunto mais amplo e global das relações intersubjetivas, refletem esta tendência paradoxal em direção a uma *socialização da intimidade* (CABEZUELO ARENAS, 1998; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, 1983, p. 1243-1268; GALÁN JUAREZ, 2005, p. 79ss; PÉREZ LUÑO, 1992, p. 36ss).

Outro aspecto que merece referência é o fato de que houve um deslocamento do âmbito do direito de personalidade ao âmbito patrimonial, considerando que muitas pessoas recebem quantias patrimoniais expressivas para exporem sua intimidade, negociando esta exposição, principalmente em programas televisivos¹⁰.

A intimidade, que foi concebida inicialmente, como integrante dos direitos de personalidade e um dos mais destacados exemplos; atualmente, com os novos perfis coletivos e sociais, que conformam o exercício do direito à intimidade, encontra-se condicionada aos acontecimentos sociais. Com isso, a intimidade corre o risco de ser submetida aos modismos e, inclusive, às exigências de mercado.

Por isso, na sociedade da informação e de consumo, a intimidade se converteu, em muitas ocasiões, em uma mercadoria cujo valor se calcula em termos da lei da oferta e da procura. Nestas ocasiões, a intimidade de cada um vale o que os demais, em especial os meios de comunicação estão dispostos a pagar para publicizá-la (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 120).

Deste modo, o direito à intimidade somente se mantém como direito da personalidade dotado dos atributos de inviolabilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade para os menores, enquanto que para os maiores pode ser objeto de transações consentidas, de renúncias e cessões, em troca das correspondentes prestações econômicas. Consta-se, então, que para os adultos perdeu sua dimensão de direito da personalidade para integrar-se no sistema de direitos patrimoniais (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 121).

Assim, a metamorfose do direito à privacidade, segundo Pérez Luño, trouxe mudanças importantes. Deslocou-se do âmbito interno – direito a estar só a uma perspectiva social e coletiva e da condição de inte-

¹⁰ Programa televisivo exibido por emissora nacional denominado *Big Brother Brasil*.

grante de direito da personalidade passou a direito patrimonial, porque integra a ótica negocial para muitas pessoas, na condição desfrutada pela maioria, subsistindo apenas para os menores.

A reinvenção da privacidade é como o Rodotà (RODOTÀ, 2014, p. 293) denomina o fenômeno atual, enquanto a construção da identidade, efetua-se em condições de dependência crescente do exterior. Nesta perspectiva, assume um novo significado a liberdade de expressão como elemento essencial da pessoa e de sua situação na sociedade. Isto modifica a relação entre esfera pública e privada e a própria noção de privacidade. Reforça-se a noção de cidadania com outros poderes que caracterizam a cidadania do novo milênio, a partir da constitucionalização da pessoa humana.

Quando se consideram as questões suscitadas pela inovação tecnológica, ocorre o denominado *tsunami digital* (THE FUTURE GROUP In RODOTÀ, 2014, p. 298). Como consequência desta transformação, o critério de segurança pública se converte em exclusivo critério de referência.

Isto significa que as pessoas estão cada vez mais transparentes e os organismos públicos mais afastados do controle jurídico e político, ocasionando uma nova distribuição de poderes políticos e sociais.

O denominado *tsunami digital* pode ser considerado desde outros pontos de vista, começando pela identidade. Nesta perspectiva, o direito de acesso aos dados representa um aliado forte, em termos de proteção jurídica, que permite manter o controle sobre as próprias informações, seja qual for o sujeito que as gestiona, o local em que se encontrem e as modalidades de sua utilização. Direito fundamental à construção da identidade, já que confere poder para cancelamento nos seguintes casos: dados falsos, ilegitimamente recolhidos, conservados muito além do tempo previsto, os inexatos ou para completação.

O conhece-te a ti mesmo, já não é uma operação voltada ao interior, mas devido a esta nova perspectiva, vai-se ao exterior e à suposta necessidade de conhecer quem somos na dimensão eletrônica, aonde se desenvolvem questões importantes nas nossas vidas. Considerando hoje a dinâmica que caracteriza a recolhida dos dados e os sujeitos que a utilizam, cada vez é menos verossímil uma identidade como *sou o que digo que*

sou, pois que haveria que substituí-la por *tu és o que Google diz que és* (RODOTÀ, 2014, p. 300).

A construção da identidade fica entregue por completo aos algoritmos. A construção da identidade é interior e exterior. O sistema deve então: a) fazer explícito o fluxo de dados para permitir o controle da pessoa interessada, b) respeitar o princípio da minimização dos dados, tratando somente aqueles necessários em um contexto determinado, c) impor limites às conexões entre bancos de dados.

A nova abstração produz um esvaziamento do humano, de modo que é problemático afirmar que nos encontramos frente a uma nova antropologia.

Manuel Castells (2003, p. 145, 152) – um dos maiores sociólogos da atualidade no estudo das redes sociais e internet – adverte para o perigo da exposição exacerbada nas redes, os programas de vigilância governamentais. Chega a afirmar de forma contundente que a privacidade na rede mundial de computadores acabou, no denominado mundo virtual.

Apesar do gasto de bilhões de dólares em segurança eletrônica, tornou-se evidente, que numa rede, a segurança só é tão boa, quando a segurança do elo mais fraco está protegida. Penetrando-se na rede, em qualquer ponto, pode-se percorrer seus nós com relativa facilidade.

Isto envolve a (in)capacidade que tem um Estado de agir sobre um comportamento, que tem lugar em outra jurisdição – isso será limitado pelas velhas formas de poder baseadas na territorialidade.

Castells (2003, p. 148) adverte a respeito do *Panóptico Eletrônico*. Há uma ameaça fundamental à liberdade sob o novo ambiente de policiamento global: a estruturação do comportamento cotidiano pelas normas dominantes da sociedade. A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação irrestrita na época em que a maior parte das atividades diárias não era relacionada à esfera pública. Mas em nosso tempo, uma proporção significativa da vida cotidiana, inclusive o trabalho, o lazer, a interação pessoal, tem lugar na Internet. A maior parte da atividade econômica, social e política é de fato um híbrido de interação *on-line* e física. Em muitos casos, estão imbricadas.

Assim, viver num panóptico eletrônico equivale a ter metade de nossas vidas permanentemente expostas a monitoramento.

A segunda perda é a liberdade; isto é, o direito de se fazer o que se quer. Por que isso? Por que a ameaça à privacidade traduz-se na redução potencial de liberdade?

Destarte, é impossível conceber direitos e garantias tendo como referência espaços do passado, especialmente nas dinâmicas sociais, no que diz respeito ao direito à privacidade.

Considerações finais

Da tríade de autores estudados, tem-se sucintamente que, Pérez Luño propugna a Metamorfose da Privacidade, Rodotà a Reinvenção da Privacidade e Manuel Castells atualiza o simbolismo do Panótico, e diz que se vive sob a vigilância de um Panótico eletrônico, afirmando que a privacidade deixará de existir nas relações virtuais.

O RGPD na Europa é fruto de uma legislação evoluída nas últimas cinco décadas. Contemplando mecanismos de transparência, no consentimento informado para coleta de dados, agência de proteção de dados, responsabilidade do encarregado da proteção de dados, de maneira pró-ativa, agindo preventivamente e pró-ativamente, diante da possibilidade de violação de dados. Como consequência dos recentes escândalos de apropriação indevida dos dados dos usuários do *Facebook*, foi disponibilizada uma ferramenta para que seja possível a visualização de dados que estão armazenados em poder da rede social virtual, sendo que o arquivo contém dados que anteriormente haviam sido apagados pelo usuário. E, ainda, a *Google* criou ferramenta com melhorias de controle de privacidade e de política de privacidade para o usuário.

A proteção legal conferida pelo Marco Civil Brasileiro é um projeto inacabado, pois não conta com uma legislação específica de proteção de dados e tampouco com uma Agência. Trata-se de um prejuízo efetivo não somente para os cidadãos, mas, também, relativo às relações comerciais que as empresas pretendam empreender com empresas internacionais europeias.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BARNÉS, Javier. Prólogo. In: GUICHOT, Emilio. *Datos Personales y Administración Pública*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- BENDA, Ernesto. *Dignidad Humana y derechos de la personalidad*. In: Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 mai. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. *Derecho a la intimidad*, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Tirant to Blanch, Valencia, 1998.
- CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO1/82 de 5 de mayo de 1982, em *Anuario de Derecho Civil*, outubro-dezembro, 1983. p. 1243-1268.
- COSTA JR., Paulo José da. *O direito a estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970.
- DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Madrid: Aranzadi, 1993.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- DENNINGER, E.. El derecho a la autodeterminación informativa. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. (Org.). *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.

- GALÁN JUAREZ, *Intimidad, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005.
- GALÁN JUAREZ, M. *Intimidad, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005.
- GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada* (1935); se cita por la nueva Ed. De la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.
- GUICHOT, Emilio. *Datos Personales y Administración Pública*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- HIGUERAS, Manuel Heredero. *La nueva ley alemana de protección de datos*. Boletín de Información del Ministerio de la Justicia, ano XLVI, nº 1630, 1992.
- ISTOÉ. *Zuckerberg contra a parede*, Tecnologia, p. 66, 18/04/2018.
- LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 1ed. Porto Alegre e São Leopoldo: Livraria do Advogado e Unisinos, 2013. p. 259-276.
- LIMBERGER, Têmis. O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MENKE, Fabiano. A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; COELHO, A.Z. P.. (Org.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. 01 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 205-230.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial* (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade) Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

- MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990.
- MURILLO, Pablo Lucas. Informática y protección de datos personales. Cuadernos e Debates, Madrid nº 43, 1993, p. 47-87.
- ORTEGA Y GASSET, J. *El hombre y la gente*, en Obras Completas, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983.
- PÉREZ LUÑO, A. E., Intimidación y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. A cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, 1982, Tecnos, Madrid, 1992. id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. Con M.G. LOSANGO y M.F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C*. Ano 14, n. 56 – abr./jun. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- REIGADA, Antonio Trancoso “in” Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad, director PIÑAR MAÑAS, José Luis, Madrid: Reus, 2016.
- RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos, 1995.
- SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. Hacia un nuevo marco europeo de protección de datos personales: empoderamiento de los ciudadanos en la sociedad tecnológica. In: FERNÁNDEZ, Yarina Amoroso (Org.). *Sociocibernética e Infoética: contribución a una nueva cultura y praxis jurídica*. v. 1, 1ª ed. Habana – Cuba: Editorial UNIJURIS, 2015.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- THE FUTURE GROUP: Freedom, Security, Privacy: European Home Affairs in na Open World, junho de 2008, In: RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014, p.298.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. Sentença de 15/12/1983, *Boletín de Jurisprudencial Constitucional*, nº 33, janeiro 1984.
- UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 07 de dezembro de 2000. Carta de Nice. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial da União Europeia*. Tratado de Lisboa. C 306, 50º ano, 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 06 jun. 2018.
- VILLAVERDE MENÉZES, Ignácio. *Estado democrático e información: El derecho a ser informado y La Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias: Oviedo, 1994.

TOBIAS BARRETO E A VINGANÇA SOCIAL

Vicente de Paulo Barretto*

É possível localizar o marco da mudança de enfoque a respeito da punição em meados do século XVIII, no momento da revolução iluminista, quando a pena, aplicada em decorrência da prática de delitos de forma cruel e desumana, passa a ser tratada teoricamente como carente de maior racionalidade e humanidade, com enfoque no indivíduo e com objetivo de repercutir de alguma forma positivamente na pessoa do condenado.

Sob a inspiração das ideias iluministas, e tendo a obra clássica de Beccaria, *“Dos Delitos e Das Penas”*, de 1764, como base teórica fundamental, a partir de então é possível constatar a produção de escritos esparsos a respeito do tema da punição, nos quais irá predominar a ideia de humanidade e proporcionalidade na configuração e aplicação das penas. Os fins e consequências empíricas das penas e a forma de sua execução, passam a prevalecer sobre a busca do seu fundamento moral. O que passou a importar como centro da justificação da punição foi a resposta à pergunta: para que punir? Expressão da busca por finalidades e consequências da aplicação das penas, um conjunto de doutrinadores elaborou as chamadas *“teorias finalistas da punição”*. Paralelamente, foi ficando esvaziada a questão em torno do fundamento da punição, expresso na pergunta: por que punir?

É possível perceber desde então, com mais notoriedade, uma nítida distinção entre punição propriamente dita, com aquele revestimento que se estruturou no pensamento filosófico até aquele momento desenvolvido em torno dela, e a pena especificamente falando como a sanção própria do direito do penal, que lhe toma a denominação para fins de classificação entre os demais ramos do direito.

* Dr., professor no PPG em Direito da UNISINOS e da UNESA.

Essa mudança de paradigma jurídico, ocorreu em função precisamente de um entendimento moral. Isso se deu exatamente porque se compreendeu ser imprescindível colocar fim às penas cruéis, à tortura como meio de prova e aos espetáculos violentos e hediondos em que se convertia a execução pública de tais penas, ao mesmo tempo em que se aprofundava cada vez mais a consciência em torno da legalidade que deveria revestir a cominação das penas, os processos de apuração da prática dos delitos e, finalmente, da execução da sanção penal aos condenados.

O ambiente político e econômico também reclamava a sedimentação de instituições liberais capazes de possibilitar e garantir a expansão da burguesia que ascendia socialmente e carecia de um arcabouço de normas e garantias, que lhe possibilitassem maior liberdade de empreendimento e mais segurança frente ao arbítrio do soberano. O estado de direito vai limitar o poder do monarca, mas ao mesmo tempo define direitos e garantias do indivíduo face ao poder estatal.

Com efeito, no que tange à punição, vinte e cinco anos depois da publicação da obra de Beccaria é editada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, documento que consagra formalmente o ideário iluminista, e em cujo art. 8º vem disposto: “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”.

Também no art. 9º da mesma Declaração é possível encontrar o reforço da ideia de proporcionalidade e necessidade no que diz respeito ao uso da força estatal: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

O pressuposto da necessidade da cominação de penas, bem como sua aplicação com base em lei editada anteriormente à prática do delito ao qual deveria se dirigir para sancionar, assumiram a partir daí ainda maior importância no contexto do estudo da punição e sua justificação. A legalidade, a anterioridade e a necessidade estrita da pena ocupariam com predominância os estudos e trabalhos de juristas e sociólogos de então.

No próprio bojo da Revolução Francesa, já era encontrado o enfoque na finalidade preventiva da pena de acordo com a culpabilidade do acusado, o que passou a ser ressaltado na obra Marat (2008), a qual ainda contemplava a questão das desigualdades sociais entre os homens, como capazes de levar ao rompimento do contrato social, razão pela qual a punição já então deveria levar em consideração a ausência de proteção que o pacto ideal não fora capaz de assegurar à camada pobre da sociedade, antes de aplicar a pena pelos eventuais delitos praticados.

Não obstante a anteposição das teorias morais a respeito da punição contidas nos trabalhos de Bentham, Kant e Hegel, que tratavam a questão sob o prisma da investigação do fundamento ético do por que punir, e que eram concorrentes naquele mesmo momento histórico, foi, entretanto, calcado nas ideias de Beccaria que o embrião das doutrinas que mais tarde se pode considerar já revestidas de algum contorno jurídico-penal foram se configurando. Quase todas elas abandonavam a busca do fundamento moral da punição, para desenvolver justificativas mais voltadas para as finalidades das penas e, por vezes, confundindo essas finalidades com o próprio fundamento da punição.

A finalidade preventiva da pena, com a sua aplicação proporcional e utilização corretiva do delincente, por exemplo, foi contemplada nas obras de outros autores contemporâneos do próprio Beccaria, como foi o caso de Manuel de Lardizabal y Uribe (1739-1821) e do próprio Jeremy Bentham (1748-1832). Esses autores, no entanto, em que pesem as preocupações com a prevenção voltada para o delincente que se queria penalizar, admitiam que como consequência de crimes atrozes a pena de morte pudesse ser adotada, já que ostentava também capacidade intimidante geral, razão pela qual, à luz dos fins de prevenção geral negativa, seguia com aptidão para desencorajar a prática de tais crimes (MARQUES, 2008, p. 90-93). Percebe-se, outrossim, nitidamente, que nesse ponto as ideias iluministas, naquilo que se dirigiam para fazer ruir aos poucos o antigo regime, por vezes cediam alguns espaços de negociação tácita com concepções ainda muito arraigadas no absolutismo que pretendiam superar. E isto se verifica mais propriamente nas ideias de Beccaria, que funcionaram assim como o marco de um grito pela mudança de rumos no tratamento do delito, do delincente e das penas, mas não

chegaram a palmilhar sequer um sistema penal mais científico, e menos ainda elucidar a questão do fundamento ético da punição.

Iniciando um pensamento voltado à defesa social por meio da punição, Gian Domenico Romagnosi, em 1791, tratou da pena como instrumento de preservação da sociedade, destacando mais uma vez a sua finalidade intimidante e dissuasiva da prática do crime, na medida em que sua aplicação aos delitos já cometidos não teria qualquer efeito prático, porquanto a sua ocorrência já estaria no passado, conservando porém a qualidade de contraestímulo aos demais membros da sociedade quanto à incidência de delitos futuros.

Completado, então, o ciclo das ideias iluministas, finda a Revolução Francesa e formalizada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* ingressa-se no século XIX, em cuja primeira metade são desenvolvidos estudos que tinham como base comum o pragmatismo político na regulação das relações humanas em sociedade, e lançavam fortes raízes na teoria do contrato social, bem como no utilitarismo, cujos ideários fundamentavam uma concepção de defesa social levada a cabo pelo instituto da punição. Para o jurista de Pisa, Giovanni Carmignani, por exemplo, penalista que escreveu na primeira metade do século XIX a sua principal obra, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, na aplicação do direito penal e sua sanção o justo se traduzia no que era útil à sociedade e à sua manutenção, de modo que a pena não havia de carecer de nada mais do que servir de limite político à prática de crimes e em defesa da sociedade.

Uma breve contemporização do utilitarismo pragmático e político contido nos trabalhos de Carmignani é porém estabelecida na obra de Pellegrino Rossi, jurista italiano e naturalizado francês, que procurou em seu *Traité de Droit Penal*, de 1829 reconstruir uma base moral metafísica (DOTTI, 2001, p. 152) para equilibrar o instituto da pena entre o útil e o justo, já que o crime, segundo escrevera, encerra para além de seus elementos circunstanciais e políticos uma violação do dever moral, sendo, portanto, as normas de justiça o fundamento não só dos deveres como também dos institutos voltados a impor a sua realização, como a própria punição. Tratava-se de uma tentativa lúcida desse autor, de estabelecer uma separação metodológica importante entre a necessária identificação e denúncia da desumanidade das penas, iniciada por Beccaria (QUEIROZ

FILHO, s/d), e que sem nenhuma dúvida havia de despertar a atenção sobre as finalidades mais racionais que deveriam revestir a sua cominação e aplicação empírica; e a imprescindível constituição de uma doutrina que não desconsiderasse o fundamento moral da punição, que vinha se esvaindo nos estudos que após, o iluminismo, se precipitavam muitas vezes a confundir os fins para os quais se aplicam as penas com o seu fundamento ético e que responde à indagação filosófica: por que punir?

Contudo, já na segunda metade do século XIX, e primeira do século XX, prosseguindo na predominância do foco do estudo do direito penal e da punição sob prisma mais marcante da finalidade das penas, surgem as primeiras teorias da recuperação ou da emenda do criminoso, por intermédio das quais seus idealizadores centraram os esforços na justificativa da punição ao redor da pena como instrumento do Estado para a correção e recuperação do delinquente, que por meio de sua vontade injusta praticara o delito.

Nesse contexto, sob forte influência das primeiras manifestações do positivismo cientificista, é que se destaca a obra de Tobias Barreto com suas peculiaridades. Para Tobias Barreto, o direito de punir é essencial à existência da própria sociedade, como os territórios são essenciais à constituição dos Estados. O autor conceitua o direito de punir como sendo *“uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase quotidiano da imposição de penas aos criminosos”* (BARRETO, 1892, p. 164), que são aqueles que com seus atos ofendem a ordem social. Vê-se, portanto, que neste conceito de direito de punir há uma ligação essencial entre a pena, que por meio do exercício de tal direito é aplicada, e a existência de fatos criminosos na presença dos quais ela opera.

O autor examina, então, o questionamento que porventura se possa fazer à existência do direito de punir, e afirma que isso se dá pela resposta a duas indagações iniciais: a primeira delas, consistente em verificar se há realmente ações perturbadoras da harmonia social e se o homem é mesmo capaz de praticar tais ações ; e a segunda, que diz respeito a responder se a sociedade, ao empregar medidas repressivas contra o crime, procede de forma racional e de acordo com seu destino, ou satisfaz com isso uma necessidade imposta pela mesma lei de sua existência.

Ao responder à primeira daquelas indagações, conclui ser inquestionável que haja na sociedade fatos anômalos, como assim os define, que contrariam o modo de viver comum dos cidadãos e por isso colidem com o direito. Ademais, tendo em vista que tais fenômenos em regra partem de uma causa livre, ligada ao agir de homens capazes de responderem por seus atos, a simples ocorrência do fato que colide com a lei penal constitui a condição ou a ocasião de um mal que deve ser repellido.

Nem mesmo nos casos em que o crime decorra de fatores psicopatológicos do agente, ou mesmo nos casos em que a doença acometa o delinquent, dando azo à substituição da indignação com a sua prática, pela compaixão com o sofrimento por essas circunstâncias, seria possível impedir o poder público de segregar a pessoa do seio social, porquanto sempre deveria agir segundo a necessidade social de harmonia.

Nessa linha de pensamento, Barreto (1892, p. 165) afirma a imprescindibilidade da manutenção da coesão social harmônica, e critica aquilo que denomina de *“romantismo socialisitco”* que pretende enxergar a punição fundamentada em viés meramente consequencialistas, o qual não pode confrontar o direito de punir do Estado e a sua decorrente faculdade de exercer o poder de polícia para prevenir a prática de crimes e as ações delituosas contra a sociedade. Por isso acrescenta que é desprovida de conteúdo, e própria de um *“sentimentalismo liberal”*, a pretensão de inadmissibilidade do direito de punir e impor penas aos que violam a ordem estabelecida mediante a qual se organiza e vive a sociedade.

E é por intermédio da resposta àquela primeira indagação que se chega automaticamente à resposta à segunda questão, elaborada com vistas a estruturar a existência do direito de punir, qual seja o fato dele ser mesmo uma *“necessidade imposta ao organismo social por força de seu próprio desenvolvimento”*.

Identificada, assim, a existência incontestável do direito de punir, Barreto aduz que, como todo fenômeno físico ou moral, o direito de punir está revestido de um princípio histórico, ou seja, um primeiro momento, que posteriormente se transforma em ideia, e um fato que se transforma em direito. Ele está enraizado na fase bárbara da guerra de todos contra todos. O direito de punir que hoje se impõe, decorre da ori-

gem primitiva, rude e violenta com que se estabelecia o processo de eliminação das irregularidades em fases anteriores da existência e convivência humana, mas que com o tempo acaba por vir a ser imposto segundo regras.

O próprio direito em si é para Barreto (1892, p. 170) um sistema de regras derivado da indução, e estruturado mediante uma base puramente experimental. Não é anterior e superior à experiência, como pretendia o racionalismo jurídico, nem um dom divino, mas resultado de um trabalho desenvolvido no tempo, um conhecimento que toma forma posteriormente, como resultado de uma pluralidade de casos que por indução se unificam. Ele decorre inequivocamente de um progresso social.

E se a pena, nas fases mais primitivas do desenvolvimento social, estava ligada à ideia de sacrifício humano em favor da sociedade, isso perdura de alguma forma até os dias de hoje, ainda que de maneira inconsciente nas pessoas. Esse sacrifício pode ser mais ou menos cruel conforme o estágio do povo ou civilização, mas sempre necessário e acomodado a uma medida jurídica, que também é própria das sociedades organizadas, e que não pode ser abolido, segundo o autor, por um pretendido "*humanitarismo*", já que se trata de algo sem o que a própria humanidade não poderia existir (BARRETO, 1892, p. 171s).

A pena assumiu ainda, nesse percurso histórico, o caráter mais religioso da expiação, mas na medida em que ia sendo separada da religião, ia dando margem ao crescimento concomitante do aspecto do sacrifício, o da vingança, que é então de cunho social e político. A questão do sentido conceitual não passa despercebida por Barreto, e, por isso, observa que como a língua evolui menos do que a sociedade, o nome, *pena*, que significava mais o arrependimento religioso, prosseguiu e prossegue identificando, na verdade, uma vingança, que acabou sendo institucionalizada nas formas do Estado de direito.

Ocorre que, para o autor, os teóricos pretenderam fazer com a pena o mesmo que com outros institutos jurídicos, racionalizando-a e atribuindo-lhe fins que não se identificam com essa sua origem. Os penalistas tentam, então, fundamentá-la mediante uma explicação do direito de punir, ou sob o fundamento jurídico ou um fim racional da pena, o que dá mar-

gem às diferentes teorias da pena (absolutas, relativas ou mistas). E isso é para Barreto (1892, p. 173) um equívoco, porquanto a vingança não é um sistema, mas sim a própria pena fincada na sua raiz histórica atrelada à organização social, com vistas à “*comunhão de sangue e paz*” da sociedade.

A reflexão que faz o autor sobre o caráter histórico da pena, atrelado ainda hoje à ideia de vingança, tem respaldo na análise do viés psicológico que a consciência primitiva do talião conserva nos tempos de hoje (coisa que inclusive Hegel já dissera anteriormente), fincado na concepção de conservação psicológica na organização dos povos. A devolução do mal está nos “*sentimentos naturais do espírito do povo*”. A coletividade quer a pena em razão de um sentimento de justiça que se confunde com o de vingança, e se transforma no “*momento subjetivo do direito de punir*”. Pune-se para satisfazer um sentimento geral de que deve haver uma vingança social ao ato criminoso. Esse sentimento, contudo, não foi absorvido nem excluído pelo poder público nos Estados modernos, o que se pode verificar pela persistência em quase todos os lugares das ações penais privadas, movimentadas pela queixa dos ofendidos (BARRETO, 1892, p. 174).

Todavia, embora a base psicológica da pena prosseguisse sendo a ideia de vingança pessoal, com o desenvolvimento das sociedades, ela foi sendo substituída pouco a pouco pelos ideais da comunhão social, mas sempre no sentido de uma resposta justa à violação cometida. Assim, para Tobias Barreto, as teorias especulativas do direito de punir buscam um fundamento racional para a pena abstratamente considerado, desconsideram o desenvolvimento de seu correlato, o crime, que possui um caráter histórico universal, surgido nas sociedades arcaicas, mas que segue, entretanto, por todos os momentos da história das civilizações e da cultura (BARRETO, 1892, p. 175).

Ligar a pena ao crime como condição para estruturar o fundamento do direito de punir é inexorável na concepção de Tobias Barreto. Essa ligação permite a construção de uma fundamentação ético-política da pena para bem antes das justificativas jurídicas e finalidades da sua aplicação, o que acabará sendo também observado e esmiuçado posteriormente por Luigi Ferrajoli.

Nessa toada, é cabível refutar, ainda, a concepção de Claus Roxin, – e nisso seguido de forma semelhante por muitos outros penalistas – de que a fundamentação moral da pena num imperativo categórico de punição por necessidade de justiça, limita-se a ser uma profissão de fé, desprovida de qualquer substrato constitucional decorrente de uma fundamentação vinculante para todos os homens. É que quando se fala de fundamento moral da punição estamos considerando um *a priori*, antes mesmo de examinar questões afetas ao próprio estabelecimento da culpabilidade do agente com base num livre-arbítrio indiferente ou não a fatores objetivos e subjetivos determinantes, o que remete a questão da sua aferição empírica para outro momento *a posteriori*. *Se, quando e como punir*, são questões que só passam a ser discutidas porque diante do mal do crime, natural, histórica e eticamente *a priori* é fundamental punir.

Alguns crimes, como anota Tobias Barreto, são inerentes à própria constituição das sociedades e ligados à coexistência humana coletiva desde sempre, como o homicídio, o roubo, o furto. Outros tantos, foram surgindo com a complexidade das relações sociais, e o autor exemplifica com os crimes de rebelião, sedição e conspiração, daí conceber que em certos tipos de crimes o direito de punir que exerce a sociedade é um direito de sua própria e legítima defesa (BARRETO, 1892, p. 176). Essa distinção feita por Tobias Barreto nos remete ainda a um enfoque contemporâneo, na medida em que hoje é possível observar uma gama de crimes que desafiam o núcleo clássico do direito penal, como é o caso dos crimes ambientais, os crimes contra a ordem financeira e econômica e os cibernéticos.

Prosseguindo em sua abordagem, o autor acrescenta que existem crimes públicos e particulares, e pensar um fundamento abstrato do direito de punir capaz de abarcar todos eles não seria possível, na medida em que tais fundamentos de uns e outros são necessariamente diferentes (BARRETO, 1892, p. 175). A razão para punir crimes contra a vida humana individual por exemplo, não é a mesma que está no bojo da punição de crimes contra bens difusos, ligados à própria existência da sociedade. Todavia, uma coisa parece estar clara para o autor em toda a sua fundamentação da punição: ela não se confunde com as finalidades jurídicas da pena, e nem pode ser levada à condição de uma correspondência meramente jurídica entre obrigações entre culpado e vítima.

Barreto adota, então, a posição de que é impossível fundamentar a punição segundo as finalidades jurídicas que se busca inserir para justificar a pena, e adverte para impossibilidade de combinar numa única fórmula a justiça moral e a utilidade da punição, uma vez que elas encerram coisas diferentes. Para ele a falha das teorias da pena é considerá-la como uma consequência de direito, o que na sua visão seria fruto de um “*humanitarismo sentimental*” dos juristas, que procuram “*livrar o malfeitor do castigo merecido*” ou ao menos torná-lo sempre mais brando. Nessa linha de raciocínio, Barreto irá dizer que a pena pecuniária, por exemplo, preconizada como alternativa a várias penas corporais sobre a liberdade do indivíduo, não assume o caráter próprio da pena criminal, pela ausência daquele conteúdo histórico-político e moral, atrelado aos resquícios da vingança social pelo mal provocado pelo delito. É que quando a infração viola o direito, o único interesse das pessoas ofendidas é que o dano causado seja satisfeito com o restabelecimento do direito na medida do possível, mas não estaria na esfera desse direito, portanto, o sentimento geral ou particular de vingança.

Barreto ainda depura o fundamento da punição numa avaliação que procura desnudar a ideia de que ele possa se confundir com finalidades comutativas. Para Barreto, a indenização material à vítima não se confunde com a punição criminal, assim como a pena criminal aplicada ao criminoso também não tem como restabelecer o direito violado no passado, pois, como ilustra o autor, no caso de um homicídio, por exemplo, a perseverar essa concepção, talvez o certo fosse manter o homicida à disposição da família da vítima, trabalhando para sustentá-la até o necessário. Em alguns casos, outrossim, nem mesmo é possível ao infrator indenizar o mal causado, por não ter bens disponíveis para isso. A pena não se inclui, para ele, no direito das obrigações, por isso é inadmissível que ela seja regulada exclusivamente pela medida do direito (BARRETO, 1892, p. 177).

Fundado nessa concepção ética de resposta justa a um crime cometido, Barreto (1892, p. 178) realça que o direito de punir moderno é fruto de um processo histórico em estágios, e sua estruturação atual não deixa de trazer as marcas de cada uma dessa evolução histórica, inclusive a da primitiva rudeza, própria do estágio em que a punição nada mais era que

vingança e expiação. Barreto insiste no exemplo da presença da queixa privada em quase todos os direitos penais atuais, como resquício dessa atuação do particular lesado em busca de justiça pela punição do culpado. Entretanto, também considera que a sociedade é um sistema de forças em busca de um estado de equilíbrio, razão pela qual a vingança original acabou depurada pelo estado de direito, o qual, paradoxalmente, para sua obtenção e manutenção, carece da utilização de instrumentos (“*armas*”), nem sempre forjadas segundo os mais rigorosos princípios humanitários, como é o caso da pena.

Por isso o autor (BARRETO, 1892, p. 179) compreende a pena como um mal necessário à justiça e à preservação do próprio estado de direito, e é nisso que reside o seu fundamento, razão pela qual a correção ou melhora do criminoso é questão ociosa e metafísica da finalidade penal, acreditando muito mais que a sociedade, como organização de direito, não toma parte com a religião ou a escola na melhora ou correção do homem moral, razão pela qual separa claramente as finalidades da pena de seu fundamento político-filosófico.

Referências

- BARRETO, Tobias. “Fundamento do direito de punir”. In: *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Laemert& C. Editores, 1892.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr.. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.
- QUEIROZ FILHO, Antonio de. Desenvolvimento das doutrinas penais. *Revista Justitia*, s/d, p. 28. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br>>. Acesso em 07/03/2018.

AS NANOTECNOLOGIAS E O MEIO AMBIENTE: ENTRE OS RISCOS E A AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Wilson Engelman*

Considerações preliminares¹

O século XXI se caracteriza pela emergência de uma revolução tecnocientífica sem precedentes, impulsionada pelos avanços de novos produtos e dispositivos com nanotecnologias. Vale dizer: é a possibilidade humana de acessar a escala nanométrica, que equivale à bilionésima parte de um metro, ou a notação científica de 10^{-9} . O número de produtos à base de nanotecnologias cresce rapidamente. De acordo com a *Nanotechnology Products Database* (NPD), se tem os seguintes dados:

Janeiro de 2017	6.764 produtos com alguma parte em escala nano	999 empresas que desenvolveram estes produtos	49 países diferentes de sede destas empresas
Maio de 2018	8.177 produtos com alguma parte em escala nano	1.923 empresas que desenvolveram estes produtos	56 países diferentes de sede destas empresas

* Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado – ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO, cadastrado no CNPq. E-mail: wengelmann@unisininos.br.

¹ Resultado parcial das investigações científicas desenvolvidas pelo autor no âmbito dos seguintes projetos: a) Edital 02/2017 – Pesquisador Gaúcho – PqG: Título do Projeto: “A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos”, com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS; b) Chamada CNPq n. 12/2017 - Bolsas de Produtividade em Pesquisa – PQ, projeto intitulado: “As nanotecnologias e suas aplicações no meio ambiente: entre os riscos e a autorregulação”; c) Edital: Apoio a Projetos de Pesquisa/MCTI/CNPq/Universal 14/2014, projeto intitulado: “Observatório dos Impactos Jurídicos das Nanotecnologias: em busca de elementos essenciais para o desenvolvimento do diálogo entre as Fontes do Direito a partir de indicadores de regulação às pesquisas e produção industrial com base na nano escala”, em prorrogação até 31/07/2018.

Observa-se que, entre os períodos onde os dados foram coletados, houve um aumento considerável de produtos disponíveis no mercado consumidor, com um crescimento do número de empresas fabricantes, espalhadas em diferentes países, que também se diversificam. Os principais setores onde se encontram os produtos são alimentos, cosméticos, eletrônicos, equipamentos domésticos, petróleo, energias renováveis, têxteis, medicina², indústria ambiental (SUN, 2015, p. 340-351), como água, remediação e purificação de água, tratamento de água residual (MITRANO, 2017, p. 480-492) e purificação de solo, além de artigos esportivos e *fitness*, e a preocupante utilização militar (NASU, 2015, p. 486-517). Verifica-se uma grande versatilidade na aplicação da escala nano, o que lhe garante o sucesso e o crescimento rápido e em um curto espaço de tempo³. Como destaca Schwab, as nanotecnologias estão no centro da estruturação da denominada quarta revolução industrial (SCHWAB, 2018).

Na aplicação ambiental se podem destacar os seguintes setores, com dados colhidos em 31 de maio de 2018:

Dados das nanotecnologias relacionados a questões ambientais:	Remediação do ar (despoluição): purificação do ar; sensores ambientais; ar condicionado; filtros de ar ambiental	Remediação do solo: remoção de poluentes tóxicos; redução da necessidade de irrigação; incremento da aeração do solo	Água e esgoto: membranas e filtros de água; plantas que fazem nano filtragem; purificadores de água
501 produtos	158 produtos	18 produtos	325 produtos
199 indústrias	65 indústrias	13 indústrias	122 indústrias
30 países	20 países sede destas indústrias	5 países sede destas indústrias	23 países sede destas indústrias

Em aplicações ambientais se verificam três setores, mas se percebe um expressivo número de produtos para água e remediação da água e es-

² A utilização de um nano sensor para detectar o DNA de alguma bactéria que esteja no corpo humano (KELLEY, 2015, p. 49-51); e outro exemplo: a utilização de um nanorrobô para a realização de cirurgias (ABBONDANZA, 2015, p. 6-13).

³ Os desafios gerados a partir da convergência tecnológica, onde se situam as nanotecnologia, a biologia sintética, as tecnologias da informação e a neurociência/novas formas de conhecimento foram objeto de publicação (HUPFFER; ENGELMANN, 2018, p. 25-46).

gato. Isso evidencia uma grande possibilidade de aplicação das nanotecnologias para as questões socioambientais, especialmente aquelas que estão nos objetivos da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, Publicada em 2017 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO/ONU, 2017). Do conjunto destes objetivos, a aplicação das nanotecnologias em questões ambientais se relacionam aos seguintes: vida terrestre, vida na água, consumo e produção sustentáveis, água potável e saneamento, indústria, inovação e infraestrutura⁴.

Para tanto, e considerando a ausência de uma regulação nano específica, se pretende, a partir destes objetivos para o desenvolvimento sustentável – que podem ser colocados como referenciais éticos, que dialogarão com os elementos estruturantes do *Responsible Research and Innovation* (NORDMANN, 2014, p. 87-98) – propor modelos de autorregulação, que sejam visuais e flexíveis, para disciplinar o *direito dos riscos* e seus reflexos no *direito dos danos* no Brasil, focados na perspectiva de antecipação e gestão dos riscos num cenário de probabilidade de danos futuros e incertos, a partir de contribuições de governança (MAY, 2015) e do Direito em rede (CASTELLS, 2016; OST; KERCHOVE, 2010). Por isso, se pretende estudar e propor a denominada *autorregulação regulada*, no sentido de que os modelos de regulação serão viabilizados por meio da participação de atores privados, mas com filtros ou etapas de controle público, como é o caso dos objetivos de desenvolvimento sustentável para 2030, propostos pela UNESCO, como expressão dos direitos humanos globais de uma inovação responsável e antecipatória no tocante à gestão dos riscos⁵. Estas são as projeções, que ainda serão mais trabalhados ao longo dos projetos de pesquisa referidos no início deste trabalho.

⁴ As referidas aplicações ambientais das nanotecnologias já foram objeto de pesquisa e publicação, conforme se poderá ler nas seguintes fontes: 1) Nanotechnology and the environment - Potential benefits and sustainability effects. Disponível em: <<https://www.nanowerk.com>>. 2) Nanotechnology and water treatment. Disponível em: <<https://www.nanowerk.com>>. 3) Low-cost nanotechnology water filter. Disponível em: <<https://www.nanowerk.com>>. 4) ZHANG, Bangwei et al. Environmental Impacts of Nanotechnology and Its Products. In: *Proceedings of the 2011 Midwest Section Conference of the American Society for Engineering Education*. Disponível em: <<https://www.asee.org>>.

⁵ Parafrazeando um livro de Mireille Delmas-Marty (2010), o ser humano está construindo um mundo perigoso.

Do direito dos riscos ao direito dos danos: novos caminhos para a responsabilidade civil

Há diversas publicações e em diversos formatos (artigos científicos, artigos em jornais e outras mídias) dando conta de questões preocupantes relacionadas às nanotecnologias, especialmente como: “Como gerir melhor os riscos de nanomateriais”⁶. Aqui surge uma questão que também deverá receber a atenção do Direito: como se poderá estruturar a gestão dos riscos? Dadas as peculiaridades dos avanços nanotecnológicos, uma alternativa serão os modelos autorregulatórios, a partir do pluralismo jurídico e das possibilidades do Direito em rede (LEENES, 2012, p. 143-169; BROWNSWORD, 2015, p. 1-51).

O ciclo de vida da nanotecnologia aplicada aos alimentos, por exemplo, apresenta inúmeras incertezas quanto às características de risco, pois ela pode afetar a biodisponibilidade e o valor nutricional dos alimentos com base nas suas funções. Os *nanofoods* proporcionam o melhoramento da segurança alimentar, estendendo a vida útil, melhorando o sabor e nutrientes, permitindo detecção de patógenos/toxinas/pesticidas e servindo alimentos funcionais (HE; HWANG, 2016, p. 671-681). Outro exemplo: Os vários nanomateriais que estão sendo desenvolvidos, como se mostrou acima, para a remediação da água (SANTHOSH et al., 2016, p. 1116-1137; MALINAUSKAITE et al., 2017, p. 66-80). Além dos demais usos das nanotecnologias mencionados acima, também se destaca o aspecto interessante sobre a nanomedicina: se tem muitos avanços e possibilidades de cura de doenças que são incuráveis até o momento, mas, por outro lado, não se conhece integralmente os efeitos que as partículas em nano escala poderão gerar no organismo humano e, depois, no meio ambiente (GUERRA, 2008, p. 87-97; DUCRAY et al., 2017, p. 1-14). Estes exemplos mostram a perspectiva paradoxal das nanotecnologias: trazem benefícios, ao mesmo tempo em que carregam problemas e dificuldades que ainda não se conhecem, ou se compreendem parcialmente.

⁶ Material publicado em 29 de maio de 2017 e disponível em: <<http://www.processalimentaire.com>>. Acesso em 31 maio 2018.

Por isso, de acordo com Warheit, “the assessments of nanomaterial-related health risks must be accurate and verifiable”. Os pontos de atenção são: “nanoparticle physicochemical characterization, as well as consideration of potential routes of exposure, justification of nanoparticle doses, and inclusion of benchmark controls” (WARHEIT, 2010, p. 4777-4782). Aqui se tem aspectos que ainda deverão ser melhor estudados, a fim de viabilizar a criação de estruturas regulatórias mais precisas.

No tema também se deverá lidar com a dicotomia entre risco e perigo. No cenário ambiental se entende que o perigo remete a características intrínsecas do produto ou do processo; já o risco supõe o grau de exposição a tal perigo (FOLADORI, 2016, p. 8-20). Ao se examinar o ciclo de vida do nanomaterial, se pode vislumbrar que o perigo poderá estar nas seguintes fases/processos: raw material; process; product; packaging; application/use; reuse/recycle/disposal; end of live. Já o risco é a exposição do trabalhador/consumidor/meio ambiente em cada uma destas fases (SHATKIN; KIM, 2015, p. 477-499). Aqui surge uma questão: será que o último estágio “end of live” efetivamente é a parte final, especialmente se considerar as possibilidades de reuso e reciclagem? Essa é uma outra questão que ainda deverá receber atenção.

A preocupação sobre o risco na literatura não é nova (WANSLEY, 2016, p. 401-478). Aqui se destacam alguns dos autores que já se dedicaram ao tema, segundo pesquisa que se encontra em andamento por pesquisadores do Grupo de Pesquisa JUSNANO⁷.

Luhmann apresenta uma distinção entre então o risco e perigo, o que poderá ser apropriado para lidar com as nanotecnologias. Para o au-

⁷ O Grupo de Pesquisa JUSNANO, é um grupo de pesquisa vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, cadastrado no CNPq, e que se dedica, desde 2008, às pesquisas sobre riscos, princípios da precaução, gestão jurídica dos riscos em relação às nanotecnologias. Para mais detalhes, consultar: <<http://jusnano.blogspot.com.br>>. Aqui se registra o agradecimento à Mestra em Direito - Daniele Weber da Silva e à Doutora Raquel von Hohendorff que, sob a orientação do Prof. Dr. Wilson Engelmann, continuam fazendo o resgate da evolução dos principais estudos publicados sobre o risco, relacionando-os com as nanotecnologias.

tor, a distinção entre risco e perigo significa que existe uma incerteza⁸ em relação a danos futuros. Pode-se considerar que o potencial é uma consequência da decisão, e, então se fala de risco e, mais precisamente, do risco da decisão. Ou bem se entende que o potencial dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente, e, neste caso, se fala de perigo (LUHMANN, 2006, p. 67). Deste modo, o risco está associado à decisão, expectativa, probabilidade de coisas que ocorrerão no futuro, é uma comunicação voltada ao futuro.

Já perigo é a perspectiva da vítima, de quem não tinha o poder de decisão (de quem recebe a carga de risco sem decidir sobre aquilo). Menciona ainda que acredita que os riscos são atribuídos às decisões, enquanto que os perigos estão sujeitos à atribuição externa e que quando se trata de perigo, a sociedade é exposta a um problema que não foi causado pela pessoa que recebe o dano (LUHMANN, 2006, p. 52-57).

Segundo Niklas Luhmann:

(...) la distinción entre riesgo y peligro se haga depender de atribuciones no significa de ninguna manera que queda al arbitrio del observador clasificar algo como riesgo o como peligro. Ya hemos mencionado algunos casos limite, sobre todo el de que no hay al presente ningún criterio reconocible para una decisión diferenciable o, por lo menos, no hay criterios que tengan que ver con una probabilidad diversa de ventajas y posibles daños. (LUHMANN, 2006, p. 71)

Mas adiante, aduz: “(...) solamente podemos hablar de una atribución a decisiones cuando es posible imaginar una elección entre alternativas y esa elección se presenta como algo razanable, independiente de que quien tome la decisión se percate o no del riesgo y de la alternativa” (LUHMANN, 2006, p. 71s).

É uma tomada de decisão que define se a situação representa risco ou perigo, ou seja, toda decisão gera algum tipo de risco, em menor ou maior grau, bem como todas as demais adversidades que ocorrem e que

⁸ Em outro livro, Luhmann (2010, p. 301) apresenta uma ideia sobre incerteza: “(...) é expressa em forma de uma pluralidade de critérios, os quais não podem ser todos satisfeitos, de maneira ótima, ao mesmo tempo”.

não são oriundos de uma tomada de decisão são considerados perigo. O risco sempre decorre de uma tomada de decisão e o perigo decorre das perspectivas do agente passivo, ou seja, de alguém que não faz nada para que aquilo aconteça, que não tem ação, do ambiente e não há forma de evitar. Portanto, cabe sublinhar: se deverá tomar uma decisão sobre o modo de regular as nanotecnologias. Vale dizer, pelo modo tradicional – por meio da produção de uma lei – ou pela autorregulação regulada, que é o modelo que se pretende investigar⁹.

Em 1986 é publicado o livro de Ulrich Beck (2010) – “*A sociedade do risco: rumo a uma nova modernidade*” – onde o autor apresenta uma teoria baseada em distinções da modernidade, num momento pós-industrial descrevendo uma modernidade reflexiva (também denominada pelo autor como segunda modernidade) que seria a fase de radicalização dos princípios da modernidade. Enquanto a primeira modernidade caracterizou-se pela confiança no progresso e controlabilidade do desenvolvimento científico-tecnológico, pela procura de pleno emprego e pelo controle da natureza, a modernidade reflexiva é uma fase na qual o desenvolvimento da ciência e da técnica não pode dar conta da predição e controle dos riscos que ele (o desenvolvimento da ciência e da técnica) contribuirá para criar (aí a reflexividade desta modernidade). Este livro se fundamenta no desenvolvimento da sociedade industrial, analisando uma nova sociedade, imbuída em risco inerente às transformações sociais ocorridas àquela época, dadas as catástrofes históricas, como guerras mundiais, Chernobyl, ameaças nucleares. Busca explicar a avaliação de “peri-

⁹ Este capítulo de livro está preocupado com o modo como o conhecimento científico é comunicado à sociedade, que fica sujeita às decisões, sofrendo os impactos de riscos e perigos. Uma matéria recentemente publicada na Revista *Nature*, menciona: “todos são importantes, mas o que é esquecido por muitos é como a ciência está perdendo sua relevância como fonte de verdade. Para recuperar esta relevância, cientistas, comunicadores, instituições e financiadores devem trabalhar para mudar o que é apresentado ao público como socialmente relevante. Não se trata de um melhor treinamento de mídia para pesquisadores. Exige um repensar sobre o tipo de ciência que queremos comunicar à sociedade em geral. Esta mensagem pode soar familiar, mas o novo foco na pós-verdade mostra que agora há um perigo tangível que deve ser abordado. A forma como a ciência é comunicada na mídia popular, deixa o público vulnerável à falsa certeza” (MAKRI, 2017, p. 261).

gos”, onde todos dependem de instrumentos de medição e teorias, bem como entender sobre o próprio “desconhecimento” (BECK, 2010. p. 7-10).

Posteriormente, a lição de 1986 foi revisada com a publicação do livro: *World Risk Society*, em 1999, apresentando novos cenários, avaliando de outra forma a percepção do risco. Beck resgata o reconhecimento de que o conhecimento científico pode identificar e demonstrar que as consequências e os perigos da produção industrial desenvolvida seriam agora globais, exigindo políticas formuladas por instituições transnacionais. Mas a perspectiva construtivista seria chave para respostas às questões acerca de como, por exemplo, se produz a auto evidência segundo a qual os riscos são reais, e sobre quais atores, instituições, estratégias e recursos são decisivos para sua fabricação. Isto é, os riscos existem e não são meramente uma construção social, mas a sua transformação depende de como são percebidos socialmente (GUIVANT, 2001, p. 102).

Talvez uma pré-avaliação da situação atual e uma preparação para a obra que seria publicada em 2007, tenha sido a publicação do artigo *Living in the world risk society* (BECK, 2006, p. 329-345). Nesse artigo, Beck aborda alguns pontos muito intrigantes sobre a noção de risco, quando menciona que não se deverá perder de vista

(...) o ponto mais óbvio sobre o risco: ou seja, a distinção-chave entre risco e catástrofe. Risco não significa catástrofe. Risco significa a antecipação de uma catástrofe. Os riscos existem em um estado permanente de virtualidade e tornam-se “tópicos” apenas na medida em que são antecipados. Os riscos não são “reais”, eles estão “se tornando reais”. (...) Os riscos já se deslocaram para outros lugares: antecipação de novos ataques terroristas, inflação, novos mercados, guerras ou a redução das liberdades civis [aquí caberiam as nanotecnologias]. Riscos são sempre eventos que estão ameaçando. Sem técnicas de visualização, sem formas simbólicas, sem meios de comunicação, etc., os riscos não são nada. Em outras palavras, é irrelevante se vivemos em um mundo que é de fato ou em certo sentido “objetivamente” mais seguro do que todos os outros mundos; se a destruição e desastres forem antecipados, então isso produz uma compulsão para agir. (BECK, 2006, p. 332)

Aqui está o ponto nodal: antecipar as ações acerca dos riscos já conhecidos, mesmo que parcialmente. A gestão do risco é uma forma de ação, devendo considerar este pensamento de Beck como pressuposto. Isso é real e não poderá ser descuidado.

Em 2007, vem a público um novo texto de Beck, *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida* (BECK, 2015), onde o autor retoma as discussões acerca da nova complexidade apresentada na sociedade, desta vez numa percepção globalizada de riscos, dadas as tecnologias, fomentado pelas diversas publicações mais recentes de especialistas. Contudo, a obra que mais lhe instigou a elaborar a nova obra foi a *Sociología del Riesgo*, de Luhmann. Neste novo livro, Beck avança o debate nas alterações climáticas, ainda observando a percepção do risco através do processo de modernização para a decisão, insegurança e probabilidade, e ainda ressalta a semântica do risco em respeito a “perigos” futuros tematizados no presente. Chega a afirmar que a dramatização do risco, onde verdades relativas dominam o mesmo, afetaria sobremaneira as ciências naturais, que o futuro ainda inexistente, ameaçaria restringir a liberdade de investigação. Comenta a possibilidade de cálculo de risco, unindo diversas ciências e técnicas, como se fosse previsível, o que novamente, poderia parecer uma confusão entre perigo (ENGELMANN, 2017, p. 387-491)¹⁰.

De qualquer forma, e aqui está o paradoxo, não se pode ter a ilusão de que com o manejo de mecanismos da gestão do risco se chegue ao grau zero de risco. Isso não tem mais sentido. O risco integra a sociedade contemporânea¹¹. O próprio Luhmann enfatiza: “(...) diante da inexistência de decisões isentas de risco, convém abandonar a esperança (...) de que um maior número de investigações e estudos sobre o risco, possam neutralizá-

¹⁰ Este texto foi produzido a partir do comentário ao Recurso Extraordinário nº 627.189/SP.

¹¹ Nesse sentido, também escreve François Ost (2001, p. 324-326): “(...) o nosso futuro desta vez, seria *verdadeiramente contingente, verdadeiramente indeterminado*. (...) A modernidade assentava no triplo postulado de um futuro que seria radicalmente novo, resolutamente melhor que o passado, e integralmente produzido pela vontade humana. Hoje, essas certezas vacilam. (...) A objetividade científica é posta em questão, da mesma forma que a universalidade das nossas resoluções éticas. As nossas representações do mundo são atingidas pela relatividade, as nossas certezas abaladas (...)”.

lo em favor de um maior nível de segurança” (LUHMANN, 2011, p. 149s). Esse cenário paradoxal, é caracterizado, de uma forma original, por David Owen (2011), quando menciona: “como a inovação científica, o aumento da eficiência e as boas intenções podem piorar os nossos problemas de energia e clima”, ou seja, “o ponto é que, mesmo quando atuamos com o que acreditamos ser a melhor das intenções, nossos esforços são frequentemente atravessados pelos objetivos”. Esse é o paradoxo (*conundrum*). As nanopartículas engenheiradas podem ser encontradas nas seguintes fontes: produtos de consumo; produtos industriais e na fabricação.

Assim, aumenta o possível potencial de exposição ambiental: ar, água e solo. Aqui é a maior possibilidade de riscos e o “efeito *conundrum*”: mesmo quando agimos com o que acreditamos ser a melhor das intenções (remediação de água, alimentos saudáveis, medicamentos com menos efeitos adversos, roupas que precisam ser lavadas com menos frequência, pois elas são auto limpantes, entre outras possibilidades), nossos esforços são frequentemente cruzados com nossos objetivos (apesar da boa oportunidade trazida pelas nanotecnologias, elas também abrem possibilidades para a geração de riscos desconhecidos). O desafio mencionado se localiza nesta zona paradoxal, ou de efeito *conundrum*: quanto melhor e mais eficientes forem as aplicações nanotecnológicas, maiores serão os riscos a que o ser humano e o meio ambiente estará exposto. Aqui se exigirá uma decisão. Que provocará riscos.

A abordagem sobre riscos se insere na análise desenvolvida por Jenny Steele: a) risco como uma fonte para a tomada de decisão; b) risco e tecnologia coletiva; c) risco, controle e governança; d) risco e perigo (STEELE, 2004). Tais aspectos são fundamentais para se estruturar um Direito dos Danos.

A existência de um dever geral de prevenção dos danos possui raízes antigas, cabendo a recordação dos preceitos gerais do Direito Romano que consistiam “viver honestamente, não causar mal a ninguém e dar a cada um o que é seu” (JUSTINIANO, 1889. p. 5).

O dever de não causar danos traz consigo não apenas a ideia de reparação, mas sim, e, em primeiro lugar, o dever de prevenção (no caso da escala nanométrica, de precaução), para que os danos sejam evitados

(e se não forem, então cabe uma reparação adequada para a vítima). De allí que en el moderno derecho de daños se autoricen mecanismos jurisdiccionales de tutela preventiva para evitar la “realización posible del daño”, otorgando una solución *ex ante* (COSSARI, 2016).

Vale dizer, já não se propugna mais uma responsabilidade civil que está ancorada nonexo causal, mas uma responsabilidade civil estruturada no Direito de Danos, que se projeta para o futuro e as incertezas de dados sobre os reais efeitos que o acesso à nanométrica efetivamente poderá gerar. Opta-se pelo uso da expressão Direito de Danos uma vez que se está preocupado com a precaução, como uma provável forma de estabilização das expectativas cognitivas por meio do sistema do Direito.

A responsabilidade por danos esteia-se nos princípios do *neminem laedere*, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima. Ela reescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, prospectivamente, com a extensão e a inovação de direitos e de deveres as vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis e à sociedade (FROTA, 2014, p. 231).

O direito de danos altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vítima* (FROTA, 2008, p. 158). Segundo Barroso e Frota, o instituto do Direito de Danos pretende, entre outros:

(...) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização da culpa e da relativização do nexocausal; fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa; concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causá-lo; densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange aos riscos de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde e ao meio ambiente. (BARROSO; FROTA, 2010)

Como toda criação humana, o direito positivo de ir se aperfeiçoando e evoluindo para ir polindo suas imperfeições. Nessa paulatina evolução, o regime da responsabilidade civil já não consiste em apenas punir quem adotou uma conduta reprovável mas deve se preocupar também em resguardar as vítimas de danos injustos propiciando um modelo que se fundamenta em uma maior preocupação pelo bem estar do homem como sujeito de direitos e centro do ordenamento jurídico (DELMAS-MARTY, 2004, p. 353-394).

Conforme Cossari,

Así, se pretende resguardar su integridad frente a las situaciones de riesgo en las que se ve expuesto como consecuencia de las nuevas tecnologías. El derecho de daños debe contemplar especialmente estas realidades en donde la reparación se vuelve difícil, con el objeto de otorgar acciones amplias tendientes a evitar consecuencias perjudiciales y nocivas. (COSSARI, 2014)

O nexo de causalidade como construído pela responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea impossibilita, em expressiva quantidade de casos, imputar responsabilidade àquele(s) que deve(m) responder pelos danos causados (FROTA, 2008, p. 158).

As nanotecnologias trazem consigo danos e riscos não tão fáceis de terem suas causas determinadas de forma precisa, e com isso questiona-se a necessidade da flexibilização do nexo causal dentro de uma perspectiva de direito de danos, além da ideia de precaução e de prevenção dos danos, eis que hoje, para o instituto da responsabilidade civil trabalha-se com probabilidades e responsabilidade proporcional, o que nem sempre é adequado para as novas situações decorrentes do uso de novas tecnologias.

As respostas conferidas pela responsabilidade civil¹², que não abarcam as situações surgidas pelas novas nanotecnologias

¹² El Derecho de la responsabilidad civil o Derecho de daños se encuentra , en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo , factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción. El deseo de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones, con la idea subyacente de que , de este modo, se realizaba una labor de sociali-

(ENGELMANN; PORTO BORJES; GOMES, 2014), indicam seis perspectivas possíveis para o acolhimento da ideia de responsabilidade por danos: foco na vítima; pressuposto ético na alteridade; rompimento com a ideia de culpa e dolo; substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social e mitigação das excludentes do dever de reparar (FROTA, 2014, p. 228).

Cabe lembrar que uma proposição de uma responsabilidade por danos, não abandonou o passado para se pensar o presente e projetar o futuro (FROTA, 2014, p. 229), pois como menciona Fachin: “não é possível pensar no futuro olvidando-se o presente e apagando o passado. O ser humano, individual e coletivamente, se faz na história de seus caminhos e na vida em sociedade, à luz dos valores que elege, por ação ou omissão, para viver e conviver” (FACHIN, 2008, p. 261-274). A insuficiência de soluções para a expansão dos danos é um dado real. O avanço tecnológico torna as pessoas mais vulneráveis, o que autoriza a objetivação do dever de reparar (CATALAN, 2013, p. 95).

Há que se pensar em uma ética da responsabilidade para o futuro (JONAS, 2006, p. 234) que pretende uma “nova” responsabilidade, não só direcionada aos fatos pretéritos, mas, principalmente, aos futuros danos, em uma exigência de prevenção e de precaução que recai sobre a humanidade futura, sempre levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Precisa-se admitir que onde há tecnologia há risco e caberá às pessoas decidir quais riscos estarão dispostas a correr quando se utilizarem das nanotecnologias. Assim, em matéria de responsabilidade civil, é o momento de se desenvolver um novo tipo de responsabilidade (direito de danos

zación y las consiguientes tensiones entre culpa y riesgo como criterios de imputación de la responsabilidad, son otros tantos datos que han significado una cierta crisis del sistema legislativo. A ello hay que añadir los principios implícitos en toda una serie de leyes especiales que han incidido de forma muy importante en esta materia (PICAZO, 1999, p. 19).

com flexibilização do nexa causal), dado o caráter grave e irreversível dos danos potenciais que as nanotecnologias poderão produzir.

A flexibilização do nexa causal será aplicável às nanotecnologias, a despeito do que já tem ocorrido com a responsabilidade decorrente dos danos ambientais. Na dúvida de quem causou todos serão responsáveis pela flexibilização do nexa e dever de solidariedade à vítima, que não poderá ficar sem ressarcimento.

Por conta disso, se deverá projetar as estruturas da responsabilização dos atores envolvidos no cenário da inovação nanotecnológica e da produção autorregulatória.

É o que já dizia Mireille Delmas-Marty: avaliar o papel do Direito “na perspectiva de responsabilizar os atores”, no “processo de tomada de consciência na confluência do universalismo de valores e da globalização de atores”, acentuando “o caráter grave e talvez irreversível de danos potenciais”. Enfrentando, finalmente, a “coragem de assumir a responsabilidade com respeito às famosas gerações futuras”, por meio da seguinte mudança: “Porque ao invés de responder “a” uma pessoa, a outrem, a pessoa diretamente lesada pela culpa cível ou penal, trata-se de responder “de” alguma coisa, responder a uma situação, a fim de preservar um estado de equilíbrio ecológico, por exemplo, necessário à vida coletiva”¹³.

Pluralismo jurídico e autorregulação regulada

Gunther Teubner, que defende o sistema do Pluralismo Jurídico, no qual se reforça a importância e utilização de normas informais, de outras esferas e organizações, resolvendo-se assim o problema de ausência de normas estatais, que na atual sociedade pós-moderna sequer resolveriam as demandas dotadas de complexidade:

O pluralismo jurídico fascina os juristas pós-modernos, que não se preocupam mais com o direito oficial do Estado centralizado e suas

¹³ Aula de Mireille Delmas-Marty no Collège de France, em 13 de maio de 2008, degravada e traduzida do francês para o português por Leonardo Subtil e disponível, no original, em: <<http://www.collegedefrance.fr>>. Acesso em 31 maio 2018.

aspirações de abstração, generalidade e universalidade. É na “lei do asfalto” das grandes cidades norte-americanas ou no “quase direito” das favelas do Brasil, nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas dos grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da “justiça privada” e, ainda nos regulamentos internos de organizações formais e redes informais que se encontram todos os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural, o subversivo. A diversidade dos discursos fragmentados e hermeneuticamente fechados pode ser identificada por meio de numerosos tipos informais de regras, geradas quase independentemente do Estado e operando em várias esferas informais. O pluralismo jurídico descobre, assim, no “lado obscuro” do direito soberano, o potencial subversivo dos discursos reprimidos. As mais diversas quase-normas informais e locais são tidas como *supplément* ao moderno ordenamento jurídico oficial, formal, centralizado. Exatamente esta ambivalência, esse caráter dúplice, faz o pluralismo jurídico tão atraente aos olhos dos juristas pós-modernos. (TEUBNER, 2005, p. 81)

Através deste sistema, seria possível a utilização no âmbito interno de normas “quase direito”, através da aceitação de normas informais das culturas políticas alternativas, nas normas dos grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da “justiça privada” e, ainda nos regulamentos internos de organizações formais e redes informais (TEUBNER, 2005, p. 81). Aqui se localizam os modelos de autorregulação que ainda se pretende estudar e construir ao longo da investigação que está em andamento¹⁴.

Teubner entende ser possível o acoplamento de normas não estatais no atual contexto, diante de novas complexidades enfrentadas, onde um Direito fechado não é suficiente para regular tais demandas. Neste sentido, é possível inserir as nanotecnologias e seus possíveis impactos no meio ambiente. Para o reconhecimento ser possível, os sistemas precisam desenvolver clausuras operacionais, e simultaneamente, abrir-se ao seu ambiente de maneira nova e diversa, onde as informações são recons-

¹⁴ Será preciso enfrentar a questão da responsabilidade social das organizações que integrarão o rol de atores responsáveis pela formulação da autorregulação (TRICKER, 2015).

truídas por perturbações e acoplamentos estruturais (TEUBNER, 2005, p. 84). Por fim, a percepção e prática do pluralismo jurídico representa considerável progresso de uma visão mais antiquada e legalista do pluralismo jurídico, que define como um problema do Direito oficial reconhecer ordens normativas subsidiárias entre elas as de regime corporativo, e se liberta da herança do institucionalismo tradicional, incorporando-se em instituições, corporações e organizações formalmente estruturadas, sendo seu tema as interações dinâmicas entre uma enorme variedade de ordens jurídicas num campo social (TEUBNER, 2005, p. 86s).

Desta maneira, este sistema “*pluri-jurídico*” de Teubner validaria os instrumentos com potencial regulatório, oriundos da metarregulação e autorregulação, encontradas em sistemas diversos ao jurídico, e que desta forma possibilitariam a regulação de maneira mais adequada (DANA, 2012). Assim, viável a utilização da teoria proposta por Gunther Teubner, que se mostra mais efetiva e adequada para dar conta das atuais peculiaridades das nanotecnologias (TEUBNER; PEREZ, 2006; TEUBNER, 2014).

Aqui ingressa a necessidade de se estudar as contribuições das fontes e sociedades em redes. Segundo Castells, “rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos”. Além do mais, “(...) redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação” (CASTELLS, 2016, p. 553s). Aqui se poderá estudar as contribuições de François Ost e Michel van de Kerchove: os Estados, com modelo de governo “baseado na autoridade, hierarquia e na burocracia”, e a necessidade de governança refletem um sério desafio para, como um “processo policêntrico e negociado”, uma “multiplicidade de ajustes parciais, uma rede de relacionamentos em busca de princípios de coordenação”. A atuação do Estado se insere em um contexto de governança multinível, que se traduz entre organizações (MUKHTAR, 2015, p. 5-18) intergovernamentais (regionais e globais), governos (locais, nacionais e internacionais) e seus órgãos de representação, empresas (nacionais, multinacionais, pequenas *startups*, grandes corporações globais), comunidades epistêmicas e organizações não governamentais. Inclusive

envolvendo relações nas quais o Estado não tem ação privilegiada de comando, a “governança sem governo” (OST; KERCHOVE, 2010, p. 22s). Aqui o desafio da *governança* e da produção dos modelos de autorregulação regulada.

Se evidencia a importância de desenhar os elementos necessários para os sistemas de provas, a partir de cada aplicação da nano escala, e as questões relacionadas com o direito de danos e a responsabilidade civil. Quem será o responsável por um dano futuro? Todo esse conjunto exigirá muita atenção por parte do Direito, que é o responsável pela regulação. Parece interessante observar como colocar em prática a chamada “autorregulação normativa e direito na globalização”, pois, segundo M. Mercè Darnaculleta I Gardella: “(...) en la sociedad global del riesgo, sin embargo, el aumento de la complejidad, la especialización y la tecnificación de las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse el Derecho están transformando completamente estas instituciones (El Estado, El Derecho y las instancias con facultades para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes) (...)” (GARDELLA, 2015, p. 197). As novidades se produzem no contexto das Ciências Exatas, porém ainda não estão promovendo reflexos e transformações no Direito e na concepção acerca de suas fontes de expressão.

Aqui ingressa a necessidade de antecipação, de operar com precaução:

Uno puede estar preparado para el futuro sin buscar saber cómo será el futuro. De hecho, intentar demasiado difícil imaginar futuros posibles o plausibles puede disminuir nuestra capacidad de ver lo que está sucediendo. La idea no es nueva y, sin embargo, se esparció sigilosamente sobre los responsables de la formulación de políticas y los asesores de tecnología, que estaban fijos en la noción de que la combinación energética del futuro estará determinada por los últimos avances científicos y tecnológicos y por lo que podrían traer. Si no se anticipaba, es porque los poderes de la anticipación estaban orientados hacia el futuro y perdían lo que estaba justo ante sus ojos. (NORDMANN, 2014)

A proposta de autorregulação regulada deverá trabalhar com esta antecipação, projetando cenários futuros, buscando precaver ações para mitigar eventuais danos.

A governança se situa neste caminho de antecipação.

Gobernanza (governance) es una palabra y un concepto que se ha vuelto últimamente muy popular. Durante mucho tiempo, la palabra “gobernanza” significó simplemente “gobernar”, y esto referido al aspecto del proceso de gobierno. Sin embargo, en la actualidad el término se utiliza, sobre todo, para indicar un nuevo modo de gobernar. Tengo que llamar a este nuevo modo de gobernar “gobernanza moderna”. (VANDENBERGH, 2014)

Governança moderna

significa una forma de gobernar más cooperativa, diferente del antiguo modelo jerárquico, en el que las autoridades estatales ejercían un poder soberano sobre los grupos y ciudadanos que constituían la sociedad civil. Además de la cooperación directa de los actores públicos y privados en las redes de políticas, la gobernanza moderna incluye algunas formas de autorregulación de la sociedad. Aquí, los actores corporativos privados cumplen con funciones reguladoras que, en definitiva, son de interés público y les han sido asignadas, explícita o implícitamente, por el Estado. (MAYNTZ, 2001)

Esta modalidade de governança que deverá orientar a implantação das nanotecnologias (LANDEWEERD, 2015, p. 1-22).

Aqui se pretendeu traçar alguns delineamentos que estão sendo investigadas no Grupo de Pesquisa JUSNANO, no contexto dos projetos de pesquisa identificados no início. A autorregulação regulada possibilita a liberdade de criação de normativas por parte das organizações, mas com a iluminação estatal trazida, no caso, pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU, que se encontram na agenda para 2030. Por este caminho, se terá uma vigorosa forma para a utilização das nanotecnologias para fins de melhoramento das condições ambientais, sem esquecer as possibilidades trazidas pelas nanopartículas para a Geoenge-

nharia¹⁵, que será objeto de novas publicações (ENGELMANN; MACHADO, texto ainda inédito).

Referências

ABBONDANZA, Sébastien. Les Enjeux de la robotique. In: *Destination Science Les Thématiques*, Naintré, França, n. 1, p. 6-13, novembro 2015.

Aula de Mireille Delmas-Marty no Collège de France, em 13 de maio de 2008, degravada e traduzida do francês para o português por Leonardo Subtil e disponível, no original, em: <<http://www.collegedefrance.fr>>. Acesso em: 31 maio 2018.

BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *RTCD Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 11, v. 43, p. 99-115, jul-set. 2010.

BECK, Ulrich. Living in the world risk society, a Hobhouse Memorial Public Lecture given on Wednesday 15 February 2006 at the London School of Economics. In: *Economy and Society*, v. 35, n. 3, August 2006. p. 329-345.

BECK, Ulrich. Living in the world risk society, a Hobhouse Memorial Public Lecture ministrada em 15 de fevereiro de 2006, no London School of Economics. In: *Economy and Society*, v. 35, n. 3, p. 332, August 2006.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: em busca da segurança perdida*. 2015.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

¹⁵ A Geoengenharia é a modificação ou manipulação do clima, que ocorre em larga escala, de forma artificial, cujo resultado pode atingir as mais diferentes regiões. As práticas de engenharia do clima geram muitas dúvidas, especialmente as incertezas sobre os possíveis riscos que sua execução pode representar. Os métodos da Geoengenharia podem ser os mais variados, exigindo, em regra, grandes operações para sua realização. Logo, são necessários altos investimentos. Existem atualmente diversas propostas, leiam-se técnicas que, em tese, visam proteger o planeta Terra dos raios solares excessivos ou reduzir níveis de dióxido de carbono na atmosfera (HAMILTON, 2014, p. 439-451).

- BROWNSWORD, Roger. In the year 2061: from law to technological management. In: *Law, Innovation and Technology*, v. 7, Issue 1, p. 1-51, 2015.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 17. ed. rev. e atual. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz & Terra, 2016.
- CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- Como gerir melhor os riscos de nanomateriais. Material publicado em 29 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.processalimentaire.com>>. Acesso em: 31 maio 2018.
- COSSARI, Maximiliano N. G. La necesidad de prevención de daños ante los límites del régimen clásico de reparación argentino. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay. Segunda época, año 9, n. 10, p. 13-40, diciembre de 2014.
- COSSARI, Maximiliano. Comunicação pessoal, 2016.
- DANA, David A. (Ed.). *The Nanotechnology Challenge: creating legal institutions for uncertain risks*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Des risques globaux. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit*. Le relative et l'universel. Paris: Seuil, 2004. p. 353-394.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010.
- DUCRAY, Angélique D. et al. Effects of silica nanoparticle exposure on mitochondrial function during neuronal differentiation. In: *Journal of Nanobiotechnology*, v. 15, p. 1-14, 2017.
- ENGELMANN, Wilson. Os desafios jurídicos da aplicação do princípio da precaução. *Revista dos Tribunais*, v. 981, ano 106, p. 387-491, julho 2017.
- ENGELMANN, Wilson; MACHADO, Cristine Pinto. *Pulverização atmosférica de aerossóis (geoengenharia) e o Direito: trabalhando com o princípio da precaução*. Texto ainda inédito.

- ENGELMANN, Wilson; PORTO BORJES, Isabel Cristina; GOMES, Taís. *Responsabilidade Civil e Nanotecnologias*. São Paulo: Atlas, 2014.
- Fachin, Luiz Edson. O futuro do Direito e o direito ao futuro. *Revista OAB-RJ*, v. 24, p. 261-274, 2008.
- FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-EU. In: *Vigilância sanitária em Debate*. v. 4, n. 2, p. 8-20, 2016.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por Danos: Imputação e nexos de Causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.
- GARDELLA, M. Mercè Darnaculleta I. Autorregulación Normativa y Derecho en la Globalización. In: GARDELLA, M. Mercè Darnaculleta I; ESTEVE PARDO, José; SPIECKER, Gen. DÖHMANN, Indra (Eds.). *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GUERRA, Giorgia. European Regulatory Issues in Nanomedicine. In: *Nanoethics*, v. 2, p. 87-97, 2008.
- GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*, 16, p. 95-112, abril 2001. Disponível em: <<https://revistaesa.com>>. Acesso em: 31 maio 2018.
- HAMILTON, Clive. Ethical anxieties about geoengineering. In: SANDLER, Ronald L. *Ethics, and emerging technologies*. Palgrave Macmillan, Boston, 2014.
- HE, X.; HWANG, H.-M. Nanotechnology in food science: functionality, applicability, and safety assessment. In: *Journal of Food and Drug Analysis*, v. 24, n. 4, p. 671-681, 2016. Disponível em: <<http://www.jfda-online.com>>. Acesso em: 31 maio 2018.
- HUPFFER, Haide Maria; ENGELMANN, Wilson. Convergência tecnológica na NBIC (Nano-Bio-Info-Cogno) e a revolução transhumanista: como posicionar o direito da personalidade? In: MIRANDA, José Eduardo de; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Orgs.). *Direitos da persona-*

- lidade: reconhecimento, garantias e perspectivas*. Porto/Portugal: Juruá Editorial, 2018. p. 25-46.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Traduzido do original alemão por Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
- JUSTINIANO. *Cuerpo del derecho civil romano, primera, segunda y tercera parte*, Jaime Molinas Editor, traducción y compilación por D. Idelfonso García del Corral, Barcelona, 1889. p. 5.
- KELLEY, Shana O. Disease Detector. IN: *Scientific American*, v. 313, n. 5, p. 49-51, noviembre 2015.
- LANDEWEERD. Laurens et al. Reflections on different governance styles in regulating science: a contribution to ‘Responsible Research and Innovation’. In: *Life Sciences, Society and Policy*, v. 11, n. 8, p. 1-22, 2015.
- LEENES, Ronald. Framing techno-regulation: an exploration of state and non-state regulation by technology. In: *Legisprudence*, v. 5, n. 2, p. 143-169. Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series n. 10/2012.
- Low-cost nanotechnology water filter. Disponível em: <<https://www.nanowerk.com>>. Acesso em: 31 maio 2018.
- LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. 3. ed. Barcelona: Anthropos, 2011. p. 149-150.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. México: Herder, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- MAKRI, Anita. Give the public the tools to trust scientists. In: *Nature*, v. 541, p. 261, 19 janeiro 2017.
- MALINAUSKAITE, J.; JOUHARA, H.; SPENCER, N. Waste Prevention and Technologies in the Context of the EU Waste Framework Directive: Lost in Translation? In: *European Energy and Environmental Law Review*, p. 66-80, June 2017.

- MAY, Christopher. *Global Corporations in Global Governance*. London: Routledge, 2015.
- MAYNTZ, Renate. El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. In: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 21, (Oct. 2001), p. 1-8.
- MITRANO, Denise M. et al. Mobility of metallic (nano)particles in leachates from landfills containing waste incineration residues. In: *Environmental Science: Nano*, v. 4, p. 480-492, 2017.
- MUKHTAR, Maseeh and PILLAI, Unni. Nanomanufacturing: Application of Nanotechnology in Manufacturing Industries. In: *Nanotechnology Law & Business*, v. 12, n. 1, p. 5-18, Spring 2015.
- Nanotechnology and the environment - Potential benefits and sustainability effects. Disponível em: <<https://www.nanowerk.com>>. Acesso em: 31 maio 2018.
- Nanotechnology and water treatment. Disponível em: <<https://www.nanowerk.com>>. Acesso em: 31 maio 2018.
- NASU, Hitoshi. Nanotechnology and the Future of the Law of Weaponry. In: *International Law Studies*, v. 91, p. 486-517, 2015.
- NORDMANN, Alfred. Responsible innovation, the art and craft of anticipation. In: *Journal of Responsible Innovation*, v. 1, n. 1, p. 87-98, 2014.
- NPD – Nanotechnology Products Database. Disponível em: <<http://product.statnano.com>>. Acesso em: 31 maio 2018.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2^a tirage, février 2010.
- OWEN, David. *The Conundrum: how scientific innovation, increased efficiency, and good intentions can make our energy and climate problems worse*. New York: Penguin Group, 2011.
- PICAZO, Luis Diez. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- SANTHOSH, C.; VELMURUGAN, V.; JACOB, G.; BHATNAGAR. Role of nanomaterials in water treatment applications: a review. In: *Chemistry*

- cal Engineering Journal*, v. 306, p. 1116-1137, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org>>. Acesso em: 31 maio 2018.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2016.
- SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.
- SHATKIN, J. A.; KIM, B. Cellulose nanomaterials: life cycle risk assessment, and environmental health and safety roadmap. In: *Environmental Science: Nano*, v. 2, p. 477-499, 2015.
- STEELE, Jenny. *Risks and legal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- SUN, Tian Yin et al. Probabilistic modelling of engineered nanomaterial emissions to the environment: a spatio-temporal approach. In: *Environmental Science: Nano*, v. 2, p. 340-351, 2015.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.
- TEUBNER, Gunther; PEREZ, Oren (Eds.). *Paradoxes and inconsistencies in the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006;
- TRICKER, Bob. *Corporate Governance: principles, policies, and practices*. Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- UNESCO/ONU. *Educação para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: objetivos de aprendizagem*. Brasil: UNESCO, 2017.
- VANDENBERGH, Michael P. The implications of private environmental governance. In: *Cornell Law Review Online*, v. 99, p. 117-139, 2014.
- WANSLEY, Matthew T. Regulation of Emerging Risks. In: *Vanderbilt Law Review*, v. 69, n. 2, p. 401-478, 2016.
- WARHEIT, D. B. Debunking Some Misconceptions about Nanotoxicology. In: *Nano Letters*, v. 10, n. 12, p. 4777-4782, 2010.
- ZHANG, Bangwei et al. Environmental Impacts of Nanotechnology and Its Products. In: *Proceedings of the 2011 Midwest Section Conference of the*

American Society for Engineering Education. Disponível em:
<<https://www.asee.org>>. Acesso em: 31 maio 2018.

