

Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica

Anuário do Programa de Pós-
Graduação em Direito da
Unisinos

Mestrado e Doutorado
Nº 15

Fernanda Frizzo Bragato
Lenio Luiz Streck
Leonel Severo Rocha
Orgs.

DIREITO
Mestrado e
Doutorado

ESCOLA
de Direito


UNISINOS



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

**Fernanda Frizzo Bragato
Lenio Luiz Streck
Leonel Severo Rocha
(Orgs.)**

Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica

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

Mestrado e Doutorado
n. 15



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
Dorotea Frank Kersch

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito
Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato

Corpo Docente PPG Direito

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

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. [ebook] Nº 15 / Orgs. Fernanda Frizzo Bragato, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019.

395p.

ISBN: 978-85-68730-43-0

1. Direito; 2. Teoria do Direito; 3. Lawfare; 4. Direitos Humanos; I. Fernanda Frizzo Bragato; II. Lenio Luiz Streck; III. Leonel Severo Rocha.

CDD 340

© Dos autores – 2019

© Editora Karywa – 2019

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
O CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL E SUA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE CONSTRUÇÃO MATERIAL	10
<i>ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA</i>	
A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS E AS EXIGÊNCIAS MORAIS POR DIREITOS.....	22
<i>ANDRÉ LUIZ OLIVIER DA SILVA</i>	
A RELAÇÃO DIREITO E POLÍTICA EM TEMPOS DE PROTAGONISMO JUDICIAL: ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A DINÂMICA ENTRE OS TRÊS PODERES	45
<i>CLARISSA TASSINARI</i>	
EPISTEMOLOGIA DAS PRESUNÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO	60
<i>DARCI GUIMARÃES RIBEIRO</i>	
VULNERABILIDADE CLIMÁTICA E URBANISMO RESILIENTE	72
<i>DÉLTON WINTER DE CARVALHO</i>	
A COLONIALIDADE DO PODER POR TRÁS DOS RISCOS DE ATROCIDADES E DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	96
<i>FERNANDA FRIZZO BRAGATO</i>	
ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO E OS LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	117
<i>GABRIEL WEDY</i>	
FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA BIOÉTICA.....	141
<i>GERSON NEVES PINTO</i>	
RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS PARA O EXERCÍCIO DA JUSTIÇA UNIVERSAL	154
<i>JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA</i>	

POR UM JUDICIÁRIO MUNDANO: UMA VISÃO CRÍTICA DA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO	175
<i>JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ</i>	
A RELAÇÃO DIREITO, MORAL E POLÍTICA: PRELÚDIO DE UMA GUERRA ANUNCIADA	188
<i>LENIO LUIZ STRECK</i>	
OBSERVAÇÃO LUHMANNIANA	200
<i>LEONEL SEVERO ROCHA</i>	
O MERCOSUL COMO FORO DE CODIFICAÇÃO EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR: ESTADO DA ARTE E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO... 233	
<i>LUCIANE KLEIN VIEIRA</i>	
A ECONOMIA DO CONHECIMENTO COMO REDUTORA DA DESIGUALDADE DE RENDA E RIQUEZA?	257
<i>MARCIANO BUFFON</i>	
AS PROVAS ILÍCITAS E DERIVADAS DAS ILÍCITAS E O ART. 157 DO CPP .. 275	
<i>MIGUEL TEDESCO WEDY</i>	
AS CATEGORIAS DE RISCO E PERIGO NA TEORIA DE NIKLAS LUHMANN: CARACTERIZANDO RISCO E PERIGO DE MODO A POSICIONAR O DIREITO EM UM CENÁRIO DE COMPLEXA DISTINÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS	290
<i>RAQUEL VON HOHENDORFF</i>	
DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO E DEFICIÊNCIA: CRITÉRIOS PROIBIDOS DE DISCRIMINAÇÃO, HIV/AIDS E O “DILEMA DA DIFERENÇA”	311
<i>ROGER RAUPP RIOS</i>	
CIBERTRANSPARÊNCIA E OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.....	331
<i>TÊMIS LIMBERGER</i>	
UM TRIÁLOGO SOBRE SEGURANÇA, LIBERDADES E IGUALDADE.....	349
<i>VICENTE DE PAULO BARRETTO, LUCIANO FILIZOLA DA SILVA</i>	
ESTRUTURANDO UM AMBIENTE REGULATÓRIO PLURALÍSTICO A PARTIR DA GESTÃO DOS RISCOS NANOTECNOLÓGICOS E DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL.....	368
<i>WILSON ENGELMANN</i>	

APRESENTAÇÃO:
A PESQUISA JURÍDICA E SEUS (NOVOS) RUMOS

O Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, “Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica”, em sua 15ª edição, é a reafirmação do propósito de apresentar à comunidade acadêmica brasileira a produção científica de suas linhas de pesquisa, marcando a tradição de excelência da pesquisa realizada pelos professores deste Programa.

O trabalho que aqui se apresenta insere-se em uma trajetória marcada pelo esforço de um grupo de professores organizados no ano de 1997, que criou um programa de pós-graduação com a pretensão de se tornar um polo irradiador de práticas e pensadores inovadores na área do Direito, abrigados em uma Universidade de forte viés humanista. Passados 22 anos, esse programa se consolidou com a contribuição de inúmeros outros pesquisadores que se somaram a essa iniciativa e que, juntos, vêm produzindo trabalhos de altíssima qualidade teórica e de repercussão nacional e internacional, refletido na consolidação de sua nota 6 nas duas últimas avaliações da CAPES.

Na trilha desta tradição inaugurada há mais de duas décadas, o corpo docente não só publica anualmente e em conjunto uma amostra de sua produção científica e a apresenta à comunidade acadêmica, como também reafirma a sua vocação de fomentar reflexões e práticas jurídicas inovadoras e afinadas com as transformações e problemas sociais para os quais o Direito precisa encontrar respostas justas e adequadas. A publicação anual e conjunta é um meio de o Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos reafirmar o seu compromisso com uma pesquisa que alie rigor e alinhamento com o conjunto de valores que se expressam na ideia do Estado Democrático de Direito.

Cada texto que compõe esse anuário é resultado de uma pesquisa alinhada a uma das duas linhas desenvolvidas no PPG/Unisinos e os autores são os professores que compõem o corpo docente deste Pro-

grama. Da linha 1, “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, fazem parte os professores Anderson Vichinkeski Teixeira, Clarissa Tassinari, Darci Guimarães Ribeiro, Gabriel Wedy, Jânia Maria Lopes Saldanha, Lenio Luiz Streck, Marciano Buffon, Miguel Tedesco Wedy e Têmis Limberger. À linha 2, “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”, pertencem os professores André Luiz Olivier da Silva, Délton Winter de Carvalho, Fernanda Frizzo Bragato, Gerson Neves Pinto, José Rodrigo Rodriguez, Leonel Severo Rocha, Luciane Klein Vieira, Raquel Von Hohendorff, Roger Raupp Rios, Vicente de Paulo Barretto e Wilson Engelmann.

A linha 1 de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” discute o Estado e suas possibilidades de responder às demandas sociais, a partir da concretização dos direitos sociais fundamentais. O objetivo é aprofundar críticas elaboradas aos modelos hermenêuticos tradicionais, a partir dos aportes da Semiótica, da Hermenêutica Filosófica e da Teoria da Argumentação Jurídica. Com isso, investiga a efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas pelos tribunais, por meio, de um lado, da revisão dos conceitos predominantes da doutrina, jurisprudência, Teoria Geral do Estado e Teoria do Direito, e, de outro, do estudo da Constituição e da Jurisdição e seus vínculos com as diversas áreas do Direito Material e Processual.

A linha 2 de pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”, investiga as transformações ocorridas no Direito, incrementadas pelas crises conceitual, estrutural, funcional e institucional que atravessam o Estado Contemporâneo, ocorridas a partir do surgimento de novos Direitos e do fenômeno da globalização. Essas transformações impõem aos juristas a necessidade de reflexões sobre as novas formas de institucionalização. A linha de pesquisa trata, também, dos direitos exsurgentes, como a Bioética, o Biodireito, a proteção da propriedade intelectual, os Direitos difusos e coletivos, o meio ambiente e os Direitos Humanos fundamentais. Os estudos são realizados sob uma perspectiva transdisciplinar ligada à noção de complexidade.

Dessa forma, cada pesquisa contribui para a consolidação de suas respectivas linhas de pesquisa, como importantes referenciais de pesqui-

sa e compreensão do fenômeno jurídico, abrindo novas perspectivas de discussão ao público acadêmico.

Os Organizadores

O CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL E SUA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE CONSTRUÇÃO MATERIAL

Anderson Vichinkeski Teixeira*

Considerações iniciais

O projeto de pesquisa intitulado “constitucionalismo transnacional”, vinculado ao PPGD/UNISINOS, insere-se no âmbito do grupo de pesquisa “Direito Constitucional Comparado” e objetiva, em poucas palavras, analisar os diversos processos políticos, econômicos, sociais e culturais que corroboram para a formação de uma nova espécie – ou seria fase evolutiva? – do constitucionalismo ocidental. Trata-se de um grupo de pesquisa que, por intermédio da colaboração entre vários professores-pesquisadores vinculados a Universidades brasileiras e europeias de reconhecida tradição em pesquisa na temática em questão, tem buscado enfrentar as dificuldades epistemológicas do citado objetivo com base em aportes metodológicos suficientemente autônomos em relação ao próprio Direito Comparado.

No presente ensaio retomamos algumas ideias já sustentadas em outras oportunidades (Ver, em especial, TEIXEIRA, 2011, 2013, 2014, 2016, 2019) no sentido de sustentar o caráter histórico do processo formativo desse constitucionalismo transnacional e sua natureza distintiva dos demais processos de integração internacional como sendo algo notadamente marcado pela qualidade do seu conteúdo material.

* 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>.

Registre-se que as citações no corpo do texto de obras em língua estrangeira foram traduzidas para o vernáculo, objetivando maior fluidez do texto para o leitor. Já as notas de rodapé com citações em língua estrangeira, dado o seu caráter de complementariedade da informação ou argumento tratado, não foram traduzidas.

Constitucionalismo transnacional: sua perspectiva histórica e seu singular conteúdo material

As notórias dificuldades conceituais do termo constituição acabam se tornando um primeiro óbice para uma constituição cosmopolita, como a que muitos defendem, em especial Otfried Höffe (2006). Um constitucionalismo transnacional precisaria conformar-se com as ordens constitucionais existentes, concentrando suas competências em temas notadamente transnacionais, como, por exemplo, Günter Teubner e Andreas Fischer-Lescano referem o Direito Constitucional transnacional voltado para a solução de conflitos normativos (Ver TEUBNER, FISCHER-LESCANO, 2004, p. 999-1045).

No entanto, ao Direito Constitucional transnacional seria necessário atribuir um número maior de competências, do que simplesmente a solução de conflitos normativos, pois existem diversos desequilíbrios nas relações internacionais e demandas por inclusão, bem como pelo reconhecimento de direitos, que precisam ser enfrentadas por uma área do Direito que esteja devidamente estruturada. Recorde-se que autores como Anne Peters sustentam que novas demandas globais chamam por um “constitucionalismo compensatório”. Ela fala (PETERS, 2006, p. 591) em três consequência do enfraquecimento das ordens constitucionais nacionais pelos processos de globalização: (1) os Estados nacionais estão sendo progressivamente desconstitucionalizados mediante a transferência de poder e prerrogativas para atores não-estatais característicos da esfera transnacional; (2) a ausência de legitimidade democrática das formas de Direito criadas pelas ações dos agentes que atuam na ordem transnacional; (3) a ausência de mandato democrático no âmbito da *governance* transnacional. Peters (2006, p. 592) afirma que “a conclusão que se pode tirar de tudo isso, caso se queira preservar um nível mínimo de gover-

nança democrática, é de que devemos então mover para além do Estado e estabelecer estruturas democráticas, transnacionais e compensatórias”.

Considerando essas diferentes possibilidades de compreensão do fenômeno em objeto, devemos fazer uma breve reconstrução do percurso histórico do constitucionalismo liberal – e, posteriormente, social – desde as origens do Estado moderno, de modo que seja possível, então, melhor compreender o atual estado da arte do fenômeno constitucional transnacional.

Tendo em vista que o Estado moderno já se encontrava presente na realidade política não apenas europeia, mas ocidental, desde o final do século XVII e durante todo o século XVIII, vemos que o passo seguinte fora o processo de transformação desse Estado, originalmente ilimitado e eminentemente político, em um Estado limitado pelo Direito e, por consequência, constituído com base no Direito. Em outras palavras, foram os ideais liberais presentes nas duas grandes revoluções europeias desse período (Inglaterra, em 1688; França, em 1789) e na Independência dos EUA que corroboraram para a construção de um modelo de Estado de Direito notadamente liberal.

Maurizio Fioravanti (2007, p. 26-27) pontuou três princípios que sintetizam os nortes daquela que veio a ser chamada de *constituição liberal*, i.e., a constituição de um Estado liberal de Direito: (1) princípio da presunção de liberdade, segundo o qual os indivíduos são livres até que a lei determine o contrário, i.e., aquilo que não é proibido, é permitido; (2) princípio da reserva legal, que se constitui em princípio segundo o qual somente a lei pode limitar ou disciplinar o exercício de direitos individuais; e (3) princípio da constituição como ato que garante os direitos individuais e separa os poderes, estando tal princípio na base estrutural de todas as constituições que se seguiram ao – e se inspiraram no – período de revoluções liberais.

Karl Loewenstein (1976, p. 213) bem lembrava que todas as primeiras constituições modernas ocidentais eram de ideologia liberal porque “o *telos* do constitucionalismo da primeira época foi a limitação do poder absoluto e a proteção dos destinatários do poder contra a arbitrariedade e falta de medida dos detentores do poder”. Já Fioravanti (1995, p. 118) ressalta que, com o advento do Estado liberal de Direito, criou-se o seguinte qua-

dro normativo: “soberania do Estado removida das pretensões contratu-
listas dos indivíduos e das forças sociais, por um lado; e *autonomia da socie-
dade civil* afastada das pretensões digiristas dos poderes públicos, por ou-
tro lado”. Consequência lógica seria o seguinte raciocínio: “se todas as li-
berdades se fundam somente e exclusivamente nas leis do Estado, deve-
se admitir que existe então *um único direito fundamental, o de ser tratado
conforme as leis do Estado*” (FIORAVANTI, 1995, p. 125).

O esgotamento do modelo liberal em solo europeu ocasionou uma
transição, ocorrida no início do séc. XX, para o Estado social de Direito.
Todavia, restou sempre conservada a ideia de *supremacia da lei* na resolução
dos conflitos sociais, o que implica na sua utilização como instrumento de
tutela dos direitos contra o arbítrio. A lei é dotada de tão grande significân-
cia porque “é o caminho indispensável para as liberdades. O indivíduo é
livre na medida em que age dentro dos limites da lei, e esta, por sua vez, é
o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio” (COSTA, 2002, p. 94).
O que há de derradeiramente significativo no constitucionalismo social é a
ampliação da ideia de liberdade, deixando de ser pensada apenas como
um “não fazer” por parte do Estado (sentido negativo) e passando a ser
havida como um “fazer”, i.e., um dever prestacional por parte do Estado
(sentido positivo). Ernst Fortshoff (1973, p. 31-33) ressaltou que, paralela-
mente ao Estado de Direito, estava surgindo uma outra ordem de valor em
termos de regulação político-social: o Estado social.

Todavia, a maior contribuição para a Teoria Constitucional do sé-
culo XX feita pelo próprio Estado Social de Direito e, por consequência,
pelo Constitucionalismo Social, parece ser a redefinição da função nor-
mativa da constituição dentro de um Estado de Direito: de documento
mais político do que propriamente jurídico, passa a ser então, em especial
com as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, documento jurídi-
co dotado de normatividade como qualquer outra lei, mas com a prerro-
gativa de ser a lei maior de um sistema jurídico. Com isso, supera-se a
supremacia da lei e chegamos à *soberania da constituição*¹.

¹ Nesse sentido, Matteucci (1998, p. 26) afirma que “El ideal de Estado de derecho nace del
derecho administrativo, el constitucional del derecho público”.

Fioravanti (2009, p. 5) possui uma definição de constitucionalismo que destaca com propriedade esse processo histórico, pois entende se tratar de “um movimento do pensamento voltado, desde suas origens, a perseguir as finalidades políticas concretas, essencialmente consistentes na limitação dos poderes públicos e na afirmação de esferas de autonomia normativamente garantidas”. Nicola Matteucci (1998, p. 127), por sua vez, acentua o caráter finalístico do fenômeno: “[C]om o termo ‘constitucionalismo’ geralmente se indica a reflexão acerca de alguns princípios jurídicos que permitem a uma constituição assegurar nas diversas situações históricas a melhor ordem política”. Em suma, seja lá qual for a espécie a qual estamos nos referindo, veremos o fenômeno constitucional exercendo a *limitação do poder político* e a *tutela de direitos fundamentais*.

Retornando ao nosso contexto histórico de início do século XXI, é incontestável que o Estado nacional se encontra acometido por um processo progressivo de perda de prerrogativas do princípio de soberania, as quais são transferidas para atores que figuram na esfera transnacional e terminam ocupando posição central no âmbito normativo, especializando a jurisdição ou âmbito normativo de acordo com a natureza da matéria envolvida. Organização Mundial do Comércio, Organização Internacional do Trabalho, as diversas cortes internacionais de justiça especializada ou arbitrais, apenas para citar alguns exemplos, constituem-se em claras representações de transferência de prerrogativas do poder soberano, que outrora residiam no Estado nacional, para esferas transnacionais de regulação normativa ou mesmo de jurisdição.

Günter Teubner (2012, p. 14) sustenta que estamos diante de uma *new constitutional question*, pois o tradicional paradigma nacional não responde mais pelo fenômeno constitucional, visto que os diversos processos de globalização passaram a promover a privatização e a transnacionalização da política². Ele afirma que “[A]s organizações internacionais, os regimes transnacionais e suas redes estão sendo não apenas juridicizados,

² Registre-se que ele fala em privatização da política no sentido de que muitas questões de ordem política que eram decididas pelo Estado nacional agora são objeto de deliberação por parte de estruturas decisórias desvinculadas da matriz estatal e pertencentes à ordem internacional.

mas também passando por um processo de constitucionalização” (TEUBNER, 2012, p. 19). Todas essas principais instituições transnacionais surgidas após os anos 1940, em especial, após o *Washington Consensus*, formam aquilo que Teubner chama de uma *global societal constitution*.

Como referido anteriormente, as constituições possuem a função de institucionalizar a limitação do poder político, mas, ao mesmo tempo, na medida em que tutelam os direitos fundamentais, também devem constituir toda a sociedade. Cria-se assim uma oscilação constante entre regulação política e regulação social, uma vez que contemporaneamente deverá a constituição regular ambas esferas. Todavia, Teubner (2012, p. 8) destaca que o advento da globalização transferiu para a ordem internacional os polos responsáveis por tal oscilação, uma vez que as influências externas tanto ao fenômeno político quanto ao social são constantes e incontroláveis. Ele recorda que diferentemente do conceito de “governo”, que sempre decorre de um poder político instituído, o conceito de *governance* é definido com base nas intervenções sociais, políticas e administrativas que atores públicos e privados adotam para resolver problemas sociais (TEUBNER, 2012, p. 21). A chamada *societal governance* exerceria então o papel de assumir, no âmbito da ordem internacional, muitas daquelas intervenções que eram realizadas internamente pelos Estados nacionais³.

Entre os ideólogos do constitucionalismo societal, destaca-se, pela originalidade da tese na época, o sociólogo estadunidense David Sciulli. Partindo do paradoxo do processo de racionalização que caracterizaria a Modernidade sob a perspectiva weberiana, Sciulli (1992, p. 56-57) questiona quais forças deveriam existir para enfrentar uma deriva evolutiva (*evolutionary drift*) que se faz presente em quatro eixos distintos rumo ao autoritarismo: (1) a fragmentação das racionalidades de ação, tendo como consequências a diferenciação, a pluralização e a compartimentação social das diversas esferas sociais; (2) a predominância da racionalidade instrumental como a única racionalidade em condições de obter reconhecimento em todos os domínios; (3) a progressiva substituição dos processos informais de coordenação social por processos de organização burocrati-

³ Para um melhor estudo do conceito de *societal governance*, ver Kooiman (2000, p. 138-163).

zados; (4) a proliferação de organizações formais nas mais diversas esferas sociais, conduzindo o indivíduo para um processo abrangente de controle absoluto das suas orientações individuais segundo parâmetros impostos por essas organizações formais. Sciulli (1992, p. 81) focava-se em problemas predominantemente internos aos Estados nacionais e apontava o constitucionalismo societal como suposta única alternativa para essa *massive evolutionary drift*, por já ter apresentado efeitos no passado e poder ainda ser útil. Tratar-se-ia da institucionalização de procedimentos empiricamente identificados e legitimados pelas próprias esferas sociais (subsistemas sociais, em outras palavras), formando uma vasta e ampla rede de normatividade com diferentes fontes de legitimidade.

Questionando os moldes em que Sciulli concebia o constitucionalismo societal, Teubner (2012, p. 41) chama a atenção para o fato de que ele pode acabar agravando o problema que se propõe a resolver, pois tenta eliminar as externalidades negativas dos subsistemas autônomos mediante pressões externas que os forcem a estabelecer meios para suas próprias autolimitações sem claramente ter a tão necessária institucionalização consolidada em cada subsistema autônomo. A alta complexidade e capacidade de diferenciação funcional da sociedade global demandaria um constitucionalismo transnacional – semelhante em certo modo à versão societal bem ilustrada com a obra de Sciulli – focado em processos internos aos subsistemas sociais autônomos existentes na ordem internacional que sejam devidamente codificados em termos de uma racionalidade que possa ser compartilhada, ainda que minimamente, com os demais subsistemas. Surge aqui um ponto que na obra de Teubner (2012, p. 110-111) se mostra fundamental para qualquer concepção de um constitucionalismo transnacional: a codificação binária híbrida. No entanto, retomaremos essa questão no item 3 a seguir, por ser ponto elementar na estruturação do Direito Público transnacional.

Uma síntese conceitual pode ser encontrada em J. J. Gomes Canotilho (2006, p. 281-300), que define o constitucionalismo societal como um fenômeno normativo, característico da ordem internacional, que se baseia em verdadeiras constituições jurídicas que se destinam a conter mecanismos de produção jurídica para o estabelecimento de marcos regulatórios para dado setor específico da economia, de modo que o elevado grau

de especialização normativa lhes atribui uma suposta legitimidade, como se fossem normas constitucionais. A compreensão de constitucionalismo societal, independentemente da versão que se tome em consideração, implica em uma redefinição da própria ideia de Direito: de uma concepção que, no Ocidente, historicamente esteve vinculada ao poder político, sobretudo poder estatal, com o advento do Estado moderno, vemos que o fenômeno constitucional societal permitiria que o conceito de Direito viesse a ser definido como uma categoria multifacetada e dependente das fontes sociais, econômicas e políticas a lhe atribuir, por um lado, legitimidade e, por outro, efetividade.

Verifica-se, desse modo, que o constitucionalismo transnacional é incompatível com uma estrutura funcional centralizada de poder, pois existem diferentes fontes de poder que se encontram dispersas em diversas esferas transversais e em atores com diferentes e variadas competências normativas/jurispcionais. O constitucionalismo transnacional pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados apenas a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo à integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais (Ver TEIXEIRA, 2013, p. 09-32).

Até aqui foi tratado do aspecto eminentemente funcional do constitucionalismo transnacional, analisando-se sua condição na história da evolução do constitucionalismo e o modo de acoplamento dos subsistemas sociais que o compõem ou podem compô-lo. Antes de encerrar o presente tópico, é imperioso que algumas considerações sejam feitas sobre o modo de elaboração e a forma dessa constituição supranacional dita em formação.

É notório que para o paradigma nacional do constitucionalismo mostra-se relevante a existência de uma constituição escrita, havendo

pouquíssimos Estados que optaram por constituições não-escritas ao longo da história recente. No entanto, Michel Verpeaux (2013, p. 69) salienta que as “constituições escritas constituem um fenômeno recente na história das sociedades políticas. A Constituição Federal dos EUA, de 1787, embora seja uma das mais antigas constituições escritas ainda em vigor, não foi a primeira”. Verpeaux (2013, p. 69) recorda que a Constituição da República de San Marino e as de alguns Estados americanos, como a da Virgínia e a Constituição de New Hampshire, todas ainda do século XVII, marcam o início das constituições escritas. Em contrapartida, o mesmo autor lembra que antes do século XVII a quase totalidade dos Estados era regida por uma organização política consuetudinária, o que resulta falar em constituições históricas (VERPEAUX, 2013, p. 68).

Todavia, o mesmo não ocorre com paradigma supranacional do constitucionalismo. A existência de documentos jurídicos historicamente garantidos e legitimados pelos atores da ordem internacional permite falar da existência, no que concerne à forma, de uma *constituição histórica*, enquanto que, no que toca ao conteúdo, de uma *constituição material*. Nesse sentido, é oportuno recordar a singular contribuição teórica de Costantino Mortati. Ele afirmava que “um conceito material de constituição somente poderia ser dado fazendo referência a um momento determinado do desenvolvimento histórico” (MORTATI, 1998, p. 07). Constata-se, assim, que a historicidade será sempre um aspecto a se destacar em uma constituição, independentemente de qual forma assumida. A dimensão unificadora da constituição material é reforçada por ele quando afirmava que o critério material “pode se mostrar apto a unificar as várias fontes de produção, enquanto preexistir a estas, i.e., enquanto tenha em face destas a sua autonomia” (MORTATI, 1998, p. 136).

Embora Mortati (1998, p. 182-183) pensasse a constituição material a partir da perspectiva do Estado nacional, a função de conservação da forma de organização do poder e da própria ordem merece também ser sublinhada, pois aquela terá por função “garantir, acima das modificações dos institutos ou de finalidades específicas, a manutenção do fim essencial que serve para identificar um tipo de Estado frente a outros”. O estudo do constitucionalismo transnacional tomando em comparação a constituição material de Mortati pode servir para ilustrar que mesmo ca-

tegorias próprias do constitucionalismo de matriz estatal também são aplicáveis a um constitucionalismo de matriz transnacional – e, mais do que isso, terminam por atribuir maior consistência teórica a este.

Referências

- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constitucionalismo político e constitucionalismo societal no mundo globalizado. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 281-300.
- COSTA, Pietro. Lo stato di diritto: un'introduzione storica. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). *Lo stato di diritto. Teoria, storia, critica*. Milano: Feltrinelli, 2002.
- DE WET, Erika. International Constitutional Order. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006. p. 51-76.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*. Torino: Giappichelli, 1995.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 7ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KOOIMAN, Jan. Societal Governance: Levels, Models, and Orders of Social-Political Interaction. PIERRE, Jon (ed.) *Debating Governance: Authority, steering and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 138-163.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Barcelona: Ariel, 1976.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

- MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1998.
- PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structure. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, p. 579-610, 2006.
- SCIULLI, David. *Theory of Societal Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. La méthode en droit constitutionnel comparé: propositions pour une méthodologie constitutionnelle comparative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, Vol. 2019, p. 217-234, 2019.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 3, p. 141-166, 2016.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito público transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 19, 2014. p. 400-429.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS*. Vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 09-32.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: Societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TEUBNER, Günther. Societal constitutionalism: alternatives to State-centred Constitutional Theory. JOERGES, Christian; SAND, Inge-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Constitutionalisation and Transnational Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 3-28.

- TEUBNER, Günther; FISCHER-LESCANO, Andreas. "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law." *Michigan Law Journal of International Law*, Vol. 25, 2004. p. 999-1045.
- VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.
- ZOLO, Danilo. *Cosmopolis*. Milano: Feltrinelli, 2001.

A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS E AS EXIGÊNCIAS MORAIS POR DIREITOS

André Luiz Olivier da Silva*

Introdução

O presente artigo aborda o impacto da linguagem dos direitos humanos para a efetivação de exigências e reivindicações por “direitos” que ainda não estão positivados na soberania interna dos países, nem nos documentos de direito internacional. São exigências extrajurídicas enunciadas por ativistas e defensores que pleiteiam “direitos” que não só seriam anteriores a um ordenamento jurídico, como também estariam desprotegidos da tutela de uma instância superior de cobrança para o caso de sua violação. Algumas dessas exigências chegam ao ponto de ser contrárias à letra da lei, o que leva alguns autores a afirmar a existência de direitos “morais” em oposição aos direitos legais. Mas, como podemos compreender o significado desses direitos ditos genericamente como “morais”? Com base em uma metodologia analítico-descritiva, pretende-se rechaçar a tese de que esses direitos são direitos naturais para mostrar que a melhor expressão para clarificar esses “direitos morais” é entendê-los como “exigências por direitos” (*claim-rights*), ou exigências enunciadas como se fossem direitos, pois se justificam mais na crença compartilhada em alguns valores morais do que propriamente em um ordenamento jurídico-normativo que asseguraria os direitos humanos.

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. É bacharel em Direito e Filosofia; possui Mestrado e Doutorado em Filosofia pela Unisinos, com período sanduíche no Birkbeck College da Universidade de Londres.

A linguagem dos direitos humanos

Segundo a dogmática jurídica, os direitos são pensados e entendidos a partir de uma autorização ou permissão que habilita o seu portador a fazer algo ou a possuir alguma coisa, por meio de detentores, alcance e destinatários rigorosamente delimitados, que são definidos e extraem a sua força normativa em razão da legalidade e da sua imposição por meio do ordenamento jurídico. Enquanto algumas obrigações estão positivadas na lei, outras não encontram o respaldo jurídico, como é o caso de uma obrigação extralegal, que não se reduz às regras institucionais que os homens criam e impõem uns aos outros. No caso dos direitos humanos, não deveríamos pensar diferente. No entanto, os usos que fazemos da palavra “direitos”, ou mesmo da expressão “ter ou possuir um direito”, não se limitam a uma esfera estatal e muito menos a uma ordem internacional. Muitas vezes, quando se fala em direitos humanos, fala-se em direitos que existem independentemente da burocracia jurídica e legal, direitos para os quais nos referimos não só com expressões como “direitos humanos”, mas, no campo teórico, também como “direitos naturais” ou “direitos morais”.

O objetivo do presente texto é justamente destacar que a linguagem dos direitos humanos influencia o jogo de exigências e reivindicações que realizamos enquanto seres humanos inseridos em uma comunidade moral. A partir de um procedimento analítico-descritivo, como o empregado por John Austin (1975 e 2005) e John Searle (1979) em suas teorias sobre os atos de fala, pretende-se mostrar que essas exigências são “morais” (e não, propriamente, legais ou jurídicas) por não dependerem do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que a linguagem dos direitos humanos reforça o cumprimento de exigências que, até segunda ordem, não poderiam contar com a força normativa das instituições do Estado ou da comunidade internacional. As exigências por direitos humanos não passam de exigências e reivindicações morais que usam os direitos humanos para fortalecer o respeito a pretensões que surgem dos mais variados tipos de manifestações sociais, sejam elas políticas ou morais.

Direitos anteriores à lei e ausência de uma instância superior de cobrança

A primeira característica apresentada por direitos reivindicados a partir daquilo que “genericamente” se pode chamar de “moral”¹ – o que vários autores da tradição jusnaturalista classificam como “direitos naturais”² – é que são compreendidos não só em um sentido geral³, como

¹ Feinberg (1974, p. 128) diz que os direitos humanos são genericamente considerados direitos morais: “Definirei ‘direitos humanos’ como sendo direitos genericamente morais (...)”. Em sua defesa dos direitos morais, Feinberg (1992, p. 149) mostra que o termo “direito” (humano) pode significar obrigações de cunho estritamente moral. No mesmo sentido, Bobbio afirma o seguinte: “Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta. A não usual expressão ‘direitos morais’ torna-se menos estranha quando é relacionada com a usadíssima expressão ‘obrigações morais’ (...) mas, quando se introduz a noção de ‘direito moral’, introduz também, necessariamente, a correspondente ‘obrigação moral’. Ter direito moral em face de alguém significa que há um outro indivíduo que tem obrigação moral para comigo” (BOBBIO, 2004, p. 8). Sobre os direitos morais, verificar: Brandt (1983, p. 29; 1984, p. 1); Dworkin (1978, p. 184); Feinberg (1973, p. 84; 1992, p. 149-169); Mill (1969, p. 242); Nino (1989, p. 14); Parcerro (2001, p. 55-79); Ross (2002); Sumner (1987, p. 5-6; Tasioulas (2007, p. 75-101); Wellman (2011).

² A expressão “direitos naturais” foi o termo usado por intelectuais da Revolução Francesa para designar aqueles direitos que não estariam vinculados a uma ordem jurídica porque seriam inatos e inerentes ao ser humano, como, por exemplo, o direito à vida e a liberdade para fazer o que bem entender com o seu próprio corpo. São direitos carregados em um conceito metafísico de natureza e que poderiam ser substituídos pela expressão “direitos morais”. Com esta expressão, queremos mostrar, como fez o jusnaturalismo moderno, que falamos em direitos anteriores ao ordenamento jurídico e essa enunciação dos direitos tem como pano de fundo o campo da moral e dos valores entre bem e mal, justo e injusto, dentre outras distinções que revelam a carga moral – para não dizer moralista – da formação dos direitos humanos. Contudo, a moralidade não se constitui como uma perspectiva *a priori* e universal segundo a qual os valores morais também seriam intrínsecos ao sujeito. Toda moral depende da sociabilidade natural que une um ser humano a outro e esse vínculo entre os homens é mediado por sentimentos morais, que se alteram entre uma empatia compassiva e a reação emocional a partir dos sentimentos de culpa, vergonha e indignação. Em razão disso, o melhor é usarmos o termo “direitos morais”, justamente para tentar limpar o fenômeno da reivindicação por direitos de qualquer influência dogmática e metafísica, embora essa pretensão seja praticamente impossível. Sobre os direitos naturais, consultar as seguintes referências: Brown (1955); Cranston (1973); Frankena (1955); Finnis (2007); Hart (1955); Hobbes (1996); Locke (1980); MacDonald (1956); Nozick (1974); Nino (1989, p. 14); Ritchie (1998); Strauss (1965); Tierney (1997); Tuck (1998).

³ Isto é, os direitos humanos são considerados universais e surgem a partir de obrigações que não apresentam uma pessoa em específico para ocupar a figura do detentor ou do des-

também devem ser tomados como pré-legais, direitos que têm a sua origem em uma fonte anterior a qualquer autoridade soberana e independem do reconhecimento por parte dos membros que compõem a sua comunidade.

Deixando de lado a metafísica dos direitos⁴ naturalmente inatos ao ser humano, podemos partir da expressão “direitos morais”⁵, como propôs John Stuart Mill (1969, p. 242) ao observar que nem sempre os direitos estarão positivados ou prescritos em lei e, por causa disso, não dependem do reconhecimento da autoridade estatal para se constituírem, ao menos, enquanto exigências morais por direitos⁶. Mill foi o primeiro a abordar essa modalidade de direitos, sem cair na tese dos direitos naturais inerentes à espécie humana, ressaltando, no fundo, as exigências morais que os indivíduos direcionam entre si quando evocam a palavra “direito”. Conforme explica Nickel: “(...) os direitos humanos não são dependentes para a sua existência do reconhecimento ou promulgação por parte dos governos particulares” (NICKEL, 2007, p. 10, tradução própria). São “direitos” que nem sempre estarão consignados ao pé da letra, embora nada impeça que estejam ou que um dia venham a estar transcritos em norma jurídica. Diz Feinberg:

Pode-se aplicar a expressão “direitos morais” a todos os direitos considerados existentes antes – ou independentemente – de

tinatório do direito, visto que costumamos afirmar que “todos” os seres humanos possuem direitos humanos.

⁴ Para consultar uma definição analítica dos direitos, verificar Edmundson (2004), Wenar (2005, 2008, 2011) e White (1984).

⁵ No presente artigo, pretendemos recusar a tese jusnaturalista de que existem direitos humanos naturais inerentes à espécie humana. Para evitar qualquer relação com o jusnaturalismo, optamos pela expressão “direitos morais”, presente na bibliografia de origem anglo-saxônica, e tentamos, ao longo do texto, desfazer alguns equívocos que possam surgir a partir do emprego dessa expressão. Em razão desses equívocos, sugerimos que a expressão mais adequada para nos referirmos aos direitos morais seria a expressão “exigências por direitos”.

⁶ É bem verdade que, neste ponto, poderíamos discutir, ainda, a existência de “direitos políticos” para designar esses direitos que não estão positivados, mas, em razão do espaço disponível para o debate, essa discussão ficará para outro momento, e, neste artigo, iremos nos ater apenas à expressão “direitos morais”.

quaisquer normas legais ou institucionais. Os direitos morais assim concebidos formam um **genus** divisível em várias espécies de direitos que pouco tem em comum, a não ser o fato de não serem (necessariamente) legais ou institucionais. (FEINBERG, 1974, p. 127, grifo do autor)

As consequências da tese de que os direitos são anteriores à lei e ao ordenamento jurídico torna-os também um tanto quanto ineficazes e muito pouco coercitivos para obrigar e determinar o comportamento dos outros seres humanos. Podemos dizer, inclusive, que, no caso da violação dessa modalidade de direitos, não temos, muitas vezes, a quem recorrer e que possa nos restituir a promessa que foi quebrada. Não há uma instância superior de cobrança e, portanto, não há sanção jurídica para o cumprimento dos direitos.

A sanção jurídica é, aliás, um marco divisório entre as obrigações que os seres humanos estabelecem entre si, pois a sanção se consolida como a principal característica dos direitos legais e das obrigações previstas em lei. A sanção jurídica é, por sua vez, coativa, imposta por quem detém o poder, por uma autoridade constituída, por uma instância superior de cobrança que foi instituída por força de lei; ela obriga o devedor a prestar contas e a pagar pelo que restou prometido com o portador de direitos. Ela não só pune o agente que viola um direito, ou priva o devedor dos seus próprios bens, como serve também de exemplo a todas as pessoas, para que nunca pratiquem o mesmo ato ilícito, sob pena de incidir em suas cabeças a espada da punição jurídica, a violência e a expropriação ditas legítimas. É, pois, um modo eficiente de responder aquele que quebra uma promessa, visto que impõe coativamente uma conduta, opondo as forças institucionais do Estado contra o ato que viola os direitos. A sanção jurídica possui, em resumo, um forte diferencial em relação aos outros tipos de sanção⁷, que é a existência de um sistema superior e institucional de cobrança, ao qual qualquer indivíduo pode recorrer para ter o seu direito respeitado. No caso das obrigações extralegais, como, por exemplo, as obrigações especificamente morais e sociais, não há essa

⁷ Podemos falar em sanção moral, como uma espécie de sanção “interna” que inflige no agente os sentimentos de culpa, vergonha e indignação.

instância a qual apelar, não há a quem recorrer – e essa é uma propriedade importante dos direitos que não estão protegidos por uma legislação, como é o caso do surgimento dos novos direitos.

Direitos em um sentido “fraco”

Se não há uma instância de cobrança e nem mesmo a expressão explícita dos direitos em texto legal, então, o melhor conselho seria abandonarmos o termo “direitos” e abordarmos a questão por meio de uma expressão mais condizente com o fenômeno que ainda não se tornou jurídico. Poderíamos, então, falar em “exigências morais por direitos”, embora muitos autores prefiram insistir na palavra “direitos” com a ressalva de que são tomados em um sentido “fraco”, isto é, como “direitos fracos”, pois, não estão amparados no ordenamento jurídico e nada lhes dá garantia de que serão respeitados.

Em relação a essa discussão sobre o uso da expressão “direito moral”, Feinberg ressalta a necessidade de se distinguir os direitos morais em sentido fraco daqueles direitos que estão positivados. Afirma:

(...) uma distinção deve ser traçada entre direitos morais no sentido que eu tenho designado para este termo e direitos morais em um sentido muito mais fraco, nomeadamente os direitos conferidos às pessoas por regras da ‘moralidade’ convencional – ou o ‘código moral’ como se diz – de suas comunidades. (FEINBERG, 1992, p. 151-152, tradução própria)

É claro que muitos desses códigos morais não estão estruturados a partir de uma noção propriamente dita de “direitos”, embora usem termos para designar valores morais que contêm prescrições oriundas daquilo que consideram o correto e o mais adequado, termos que não deixam de estar na base de geração dos direitos, conforme esclarece Hart:

Mas ainda é importante lembrar que podem haver códigos de conduta muito apropriadamente denominados códigos morais (...) que não utilizam a noção de um direito (...). As ações humanas em tais sistemas seriam avaliadas ou criticadas como conformidade com prescrições ou como bom ou ruim, *certo* ou *errado*, *sábio* ou *tolo*, *adequado* ou *inadequado*, mas ninguém em tal sistema teria, exerceria ou exigiria direitos, ou os violaria ou os

infringiria. (HART, 1955, p. 176-177, grifos do autor, tradução própria)

No fundo, o melhor sentido que podemos dar a esses direitos é tomá-los como um sentido fraco em razão da total ausência de proteção jurídica e legal que deixam de oferecer a algumas exigências que os humanos fazem entre si.

Muitas exigências morais não estão estruturadas a partir de uma noção propriamente dita de “direitos”, embora usem termos para designar valores morais que contenham prescrições oriundas daquilo que consideram o correto e o mais adequado, termos que não deixam de estar na base de gestação de novos direitos. Nesse sentido, os direitos humanos surgem, em especial aqueles que não estão positivados, e são enunciados a partir de valorações de cunho moral, que denotam um uso moral da linguagem dos direitos humanos com a finalidade de reforçar exigências e reivindicações que são não mais do que exigências e reivindicações não-jurídicas (morais) por direitos. No fundo, o melhor sentido que podemos dar a esses direitos é tomá-los em um sentido fraco em razão da total ausência de proteção jurídica e legal que deixam de oferecer a algumas exigências que os homens fazem entre si. Os direitos que são genericamente considerados como “morais” não possuem o mesmo grau de probabilidade que os direitos legais perante a incidência de punição no caso de sua violação. É mais provável que a violação a um direito legal seja punida pelo ordenamento jurídico do que o desrespeito a valores morais que eventualmente são chamados de direitos por defensores e ativistas de direitos humanos.

Bobbio insiste nessa distinção entre direitos fracos e direitos fortes justamente para vincular os direitos humanos às exigências e reivindicações por direitos. É importante observar que, se as soberanias internas fortaleceram os seus ordenamentos jurídicos, no plano internacional não se pode dizer o mesmo. O respeito aos direitos humanos é ainda tímido e discreto. Os sistemas de proteção dos direitos humanos, conforme a atual estrutura normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não deixam de se constituir enquanto direitos fracos, pois, mesmo com a sua transcrição em tratados, protocolos e declarações de direitos humanos,

tais direitos apresentam muitas dificuldades na sua efetivação. Diz Bobbio:

Esse discurso adquire um interesse particular quando se pensa nos direitos do homem que experimentaram historicamente a passagem de um sistema em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais. E hoje, através das várias cartas de direitos promulgadas em fóruns internacionais, ocorreu a passagem inversa, ou seja, de um sistema forte, como o nacional não despótico, para um sistema mais fraco, como o internacional, onde os direitos proclamados são sustentados, quase que exclusivamente, pela pressão social, como ocorre habitualmente no caso dos códigos morais, e são repetidamente violados, sem que as violações sejam, na maioria dos casos, punidas, sofrendo outra sanção que não a condenação moral. (BOBBIO, 2004, p. 76)

Em razão disso, é comum dizermos que um direito não depende do reconhecimento legal porque deve sua origem e existência simplesmente à aceitação social por parte dos membros que compõem a comunidade onde o direito está sendo exigido e reivindicado. Mesmo à revelia da autoridade soberana, a sociedade poderia aceitar a prática de uma determinada conduta, produzir obrigações e, com isso, exigir direitos “morais” que poderiam ser até mesmo contrários à lei. Ora, a base normativa desses direitos não está no ordenamento jurídico, mas na moralidade e na política, que servem como base para a produção de novos direitos. Nesse sentido, a explicação da anterioridade dos direitos em relação à lei positiva, bem como o modo parasitário pelo qual o direito se amarra à moral, conduz a investigação filosófica dos direitos para uma abordagem da moralidade, mais especificamente a uma abordagem sobre exigências e reivindicações morais por direitos.

Embora o rigor analítico e o cuidado com o emprego dos termos da nossa linguagem não nos dê razão para falarmos apropriadamente em direitos que estão fora de um sistema legal de proteção e garantia ou mesmo em direitos que não estão submetidos ao crivo de uma autoridade soberana e competente que dá nome àquilo que considera um direito, é

fato que falamos em direitos no senso comum; em direitos que nem sempre figuram em um texto legal e que, no fundo, não são mais do que meras aspirações do ser humano no anseio de transformar o seu desejo em realidade. Esses direitos nem sempre estarão incorporados nas práticas sociais⁸ e, não raras vezes, entrarão em conflito direto com os hábitos e costumes da comunidade em questão.

Nesse ponto, é preciso alertar que a consideração de um direito que existe na contramão da lei, segundo a dogmática jurídica, não passa de um equívoco, embora seja justamente isso o que ocorra com os direitos humanos e, em razão desse fato, muitos autores, conforme já dissemos, irão preferir o termo “direitos morais” para se referir a essas exigências morais por direitos. Chegamos, como seres humanos, a exigir de todos os outros homens o respeito a direitos que nem mesmo estão definidos em lei – como foi e ainda é o caso de muitos direitos humanos. Desde as suas raízes iluministas até a contemporaneidade, os direitos humanos sempre estiveram presentes no grito de ordem de ativistas e até mesmo de revolucionários que impuseram força e movimento às exigências de seus grupos políticos ao enunciarem, linguisticamente, a posse de um direito humano “(...) contra o ‘mundo em geral’” (FEINBERG, 1974, p. 91, grifo do tradutor). Os direitos humanos são oponíveis aos governantes; são panfletários, persuasivos e retóricos; eles resistem aos agentes estatais e pressionam os Estados, desestabilizando seus governos; são direitos enunciados, linguisticamente, a partir de um pano de fundo de exigências que se valem do discurso dos direitos humanos para obrigar, de modo persuasivo, os Estados a se comportarem de determinada maneira.

Assim, não podemos negligenciar os contornos morais que a palavra “direito” vai adquirindo e nem fechar os olhos para os movimentos

⁸ Um argumento a favor dos direitos morais é condicionar a sua existência à aceitação social, mesmo quando a lei não permite aquela prática social. Trata-se de um argumento falacioso, pois costumamos enxergar a existência de direitos mesmo quando a lei proíbe determinada prática, ou mesmo quando uma comunidade não reconhece aquela prática mediante a sua aceitação, como, por exemplo, no caso do escravo que luta por sua liberdade em um sistema escravocrata ou como os judeus perseguidos durante o regime nazista. Poderíamos dizer que essas pessoas possuíam direitos humanos ao mesmo tempo em que eram mortas e torturadas por regimes políticos totalitários?

de caráter ético e político que ocorrem diariamente no mundo globalizado, nos quais a bandeira dos direitos humanos é erguida por manifestantes no sentido de reivindicar a proteção daquilo que acreditam ser um direito – mesmo quando o “direito” reivindicado não está positivado e, portanto, não é outorgado por lei, nem é juridicamente reconhecido por um sistema legal. Também não se pode desprezar o fato de que as pessoas dão ouvidos a essas manifestações e compartilham a crença de que se está a enunciar e a requerer um direito efetivo e existente – como se fosse legal. Mais do que isso, no caso dos direitos humanos, muitas autoridades governamentais e até mesmo a comunidade internacional, por meio de organismos internacionais – como Organizações Não-Governamentais (ONGs) –, são sensíveis ao eco dos gritos dos manifestantes e chegam ao ponto de intervir em determinadas regiões do mundo para garantir e efetivar a proteção dos denominados direitos humanos – mesmo sem a outorga expressa desses direitos. Muitas autoridades estatais chegam até mesmo a violar direitos humanos em nome dos próprios direitos humanos, violando direitos básicos dos seus cidadãos ou invadindo outros países em nome de uma suposta intervenção de caráter humanitário. Os direitos humanos estão conectados à moralidade e também a todo tipo de moralismo, para o bem ou para o mal.

Alguns exemplos de direitos genericamente “morais”

Exemplos, aliás, não faltam para mencionar o uso que as pessoas fazem da linguagem dos direitos para reforçar suas exigências morais por “direitos”. Tais exigências não dependem do reconhecimento de uma autoridade competente, nem precisam estar conectadas ao aceite social da maioria dos membros da sua comunidade para que as pessoas possam chamá-las de “direitos”. Feinberg arrola uma série desses exemplos em sua “**defesa dos direitos morais**” (FEINBERG, 1992, p. 149, grifo do autor, tradução própria), mostrando que os direitos existem no mundo (e não são simplesmente uma criação idealizada por filósofos e juristas) como parte do nosso aparato para fazer julgamentos morais e políticos. Diz:

Quando afirmamos os nossos direitos ou os direitos dos outros, muito frequentemente, os direitos que afirmamos são do tipo que estou chamando de ‘direitos morais’. Uma abundância de

exemplos ilustram o quão comum e familiar é esta categoria de direitos (...) que não é e não poderia ser um direito legal; (...) Estes exemplos são projetados para mostrar que os direitos morais não são uma construção esotérica de filósofos alheios a este mundo, mas partes do aparato conceitual comum da maioria senão de nós todos quando chegamos a fazer julgamentos morais e políticos. (FEINBERG, 1992, p. 151, tradução própria)

Podemos citar como exemplo o caso dos judeus que, ao longo do Holocausto, reivindicaram até a morte os seus “direitos” e os contrapuseram a um sistema legal que nunca os reconheceu como tal. O ordenamento jurídico do Nazismo nunca afirmou aqueles direitos exigidos nos campos de concentração e, naquela época, não existia uma comunidade internacional a quem recorrer ou que reconhecesse como legais os ditos direitos morais que possuíam. Nem por isso a humanidade deixou de se sensibilizar e entender que se tratava, de fato, de um direito (ou vários deles, como a vida e também a liberdade e os direitos à alimentação, moradia, locomoção etc.) que estavam sendo violados por um regime político totalitário – embora nada disso tenha impedido a morte de milhares e milhares de inocentes, dentre eles crianças, mulheres e idosos. No fundo, além de não ser reconhecido dentro de um sistema legal, o direito em questão também não era aceito socialmente e, só após alguns anos de horror e barbárie, é que esse tipo de direito foi institucionalizado. Poderíamos, então, falar, naquela ocasião, em direitos para se referir às exigências dos judeus? Os judeus não estariam a reivindicar um direito que todas as pessoas possuiriam pelo fato de se reconhecerem como humanos?

Outro exemplo interessante é o do escravo que exige o seu direito à liberdade em uma sociedade escravocrata, dentro da qual não se reconhece o direito exigido pelo escravo e muito menos há aceitação por parte dos seus membros sobre a legitimidade da reivindicação por alforria. “Alguns podem pensar que a escravidão não é errada, mas todos irão admitir que são certas formas de tratamento para os outros que estão erradas e que o sofredor tem o direito de se livrar, seja este direito reconhecido pela sociedade ou não” (ROSS, 2002, p. 51, tradução própria). Conforme diz Ross, ao ressaltar que a existência de direitos morais independe do seu reconhecimento por parte dos membros de uma determinada sociedade: “(...) embora a existência de direitos legais dependa do grau de es-

clarecimento da comunidade, a existência de direitos morais claramente não, mas dependem da natureza e das relações das pessoas em causa". (ROSS, 2002, p 52, tradução própria). O que se quer destacar com isso é que direitos não dependem, exclusivamente, de um pacto ou de um contrato consensual pelo qual se reconhece a sua existência. Isto é, "direitos" podem existir mesmo quando o contrato não se apresenta.

Por exemplo, o escravo X pode reivindicar "direitos" contra um sistema institucional de segregação social, como o foram muitos sistemas escravagistas, e passar a exigir liberdade por meio do exercício desta liberdade mesmo a contragosto dos seus senhores. Trata-se, pois, de um direito? Hoje, por certo; mas, naquele contexto, não, visto que o escravo agia, inclusive, na ilegalidade. Mas, qual é, a propósito, a natureza desse tipo de exigência? Não poderíamos interpretar esse direito como um direito natural? Tratava-se, sim, da luta por liberdade, contra a opressão aos seus, da luta por sobrevivência em um sistema que roubava a liberdade, mas falar em direitos já pode ser um pouco mais complicado. Podemos, se muito, falar em exigências, talvez em exigências por direitos, exigências por igualdade e liberdade, como os exemplos acima mencionados, que revelam uma exigência por direitos no campo moral, uma exigência que pode até mesmo ser justificável e legítima dentro de um ordenamento jurídico, mas que, por algum motivo envolvendo a autoridade competente ou mesmo a sociedade onde o direito é reivindicado, nunca se concretizou e restou positivado em lei, figurando, enfim, como um direito legal.

Outros exemplos parecidos podem ser trazidos à colação, como é o caso da tolerância religiosa e o culto de celebrações místicas em países que ainda hoje proíbem a prática religiosa diferente daquela que impõem e obrigam a todos os membros da comunidade; ou o exercício do voto em eleições livres e periódicas quando os direitos políticos estão cassados; ou a participação feminina na discussão política (FEINBERG, 1992, p. 150) da coisa pública, quando se proíbe as mulheres de frequentarem determinados locais e de participarem em pé de igualdade aos homens das eleições e do exercício da política; ou a polêmica prática do aborto (MACKIE, 1990, p. 197-199; THOMSON, 1971, p. 47-66) ou da eutanásia; dentre tantos outros exemplos de direitos humanos que não estão positivados, mas merecem,

mesmo assim, a nossa consideração e respeito moral em resguardo daqueles que exercem ou, ao menos, tentam exercer tais direitos.

O direito ao voto, por exemplo, em especial no caso do sufrágio feminino, representa essa conexão entre direitos morais e direitos legais. Segundo Feinberg, pode-se dizer que as mulheres possuem o direito ao voto, mesmo que não haja uma legislação concedendo tais direitos: “Mesmo quando as mulheres como uma classe não têm o direito legal de votar, elas claramente têm o direito moral, derivado de sua humanidade e o princípio moral de igualdade para votar junto com os homens” (FEINBERG, 1992, p. 150, grifos do autor, tradução própria). Continua Feinberg:

O que elas estavam afirmando é que possuem o direito a ser concedido um direito, um direito moral contra o Estado para ser dado um novo direito legal. As funções do direito moral como as bases do seu entitamento ao direito legal análogo ao modo pelo qual um título estabelece uma exigência para a propriedade. Sem o direito moral, as mulheres poderiam ainda *demandar* o direito legal de novo e lutar por ele de forma eficaz, mas elas não poderiam fazer exigências por isto como legitimamente delas, e empurrar esta exigência contra a consciência dos legisladores. O que as mulheres queriam não era simplesmente algo que seria bom ter, mas algo *que fosse devidamente seu*, e isso é uma ideia que a linguagem dos direitos, com seu tom de urgência e retidão, está particularmente adequada para transmitir. (FEINBERG, 1992, p. 153, grifos do autor, tradução própria)

Se não quisermos nos restringir aos direitos que se referem ao humano, que ora figura como detentor, ora como destinatário de direitos, podemos arrolar outro tipo paradoxal de direito moral que não deixa de ser menos intrigante à nossa investigação filosófica sobre a natureza moral da linguagem dos direitos humanos, que é o direito dos animais⁹, pois

⁹ Sobre a análise do direito dos animais, ver: Brandt (1983, p. 40; 1984, p. 1); Feinberg (1974, p. 43-68); Jones (1994, p. 71); Ross (p. 50, 52 e 54). O direito dos animais, assim como o direitos das crianças e dos incapazes, não estão adstritos à correlação entre direitos e deveres, visto que podemos atribuir direitos a alguém que não pode figurar na posição de devedor,

o direito animal constitui também um exemplo robusto de direito em contraste com os direitos legais. Além disso, muitos manifestantes e reivindicantes por direitos, assim como juristas e filósofos, exigem direitos que não estão escritos na lei, direitos para sujeitos de direito que, no fundo, não podem figurar na posição de possuidor de direitos – assim como os animais.

A oposição moral dos direitos contra a lei

O traço de vanguarda dos direitos humanos não se revela apenas nas exigências por direitos que são anteriores à legalidade, mas também nas exigências que se opõem ao ordenamento jurídico – e é aqui que podemos perceber o impacto da linguagem dos direitos humanos para as exigências por direitos. As manifestações por direitos humanos nos mostram que alguns deles simplesmente não existem na lei, enquanto outros chegam ao ponto de serem contrários a ela, como se fossem evocados para destacar a imoralidade do direito positivado¹⁰. Em razão disso, acabam sendo exigidos por pessoas que usam a linguagem dos direitos, em especial a linguagem dos direitos humanos, para produzir exigências que não são puramente jurídicas, mas, sim, extrajurídicas, ou, genericamente, exigências e direitos morais. O uso moral da palavra “direito” não pressupõe a reconhecimento por parte de um sistema legal,

como afirma Feinberg: “Os animais constituiriam, então, um tipo de exceção à doutrina de correlação moral, e talvez os infantes e deficientes mentais humanos sejam outras exceções do mesmo tipo” (FEINBERG, 1974, p. 95). Segundo Feinberg, os direitos humanos referem-se a todos os seres humanos, o que não excluiria os animais e os direitos que reivindicamos em nome deles: “Finalmente, deve-se observar que nossa definição inclui a expressão ‘**todos** os seres humanos’, mas não fala em ‘**apenas** os seres humanos’, de modo que um direito humano de que os animais também compartilhem não é excluído por definição” (FEINBERG, 1974, p. 128).

¹⁰ Nesse ponto, podemos destacar, conforme aduz Dworkin, que as pessoas realizam reivindicações contra os seus governantes ao enunciar a posse de direitos morais. No entanto, a sua preocupação diz respeito às implicações das teses que defendem os direitos morais, que são, por certo, polêmicas e, muitas vezes, até mesmo temerárias: “(...) não me preocuparei em defender a tese de que os cidadãos têm direitos morais contra seus governos; ao contrário, pretendo explorar as implicações dessa tese para aqueles, inclusive o atual governo dos Estados Unidos, que afirmaram aceitá-la” (DWORKIN, 2007, p. 284).

pois, são “direitos” que estão em via de serem positivados e, nesse sentido, aquele que está a exigir um direito, está, na verdade, a exigir o seu reconhecimento enquanto direito legal por parte desta ou daquela autoridade competente, conforme esclarece Cranston ao diferenciar direitos morais de direitos positivos a partir do poder de uma autoridade constituída. Diz:

Há outra característica que distingue direitos morais de direitos positivos. Podemos descobrir o que são os nossos direitos positivos através da leitura das leis que foram promulgadas, olhando para os livros de direito, ou ir a tribunal e demandar a um juiz. Não existe uma autoridade semelhante para consultar sobre os nossos direitos morais (...) O que você pode fazer é tentar justificar o seu pedido, e o seu crítico pode tentar justificar as suas críticas. Mas a justificação é uma coisa muito diferente da prova e da obtenção de uma decisão da autoridade de alguma instituição de direito positivo”. (CRANSTON, 1973, p. 5-6, tradução própria)

Os denominados direitos morais não podem ser interpretados exclusivamente a partir do paradigma da legalidade e estão aquém, situados nas fronteiras da moralidade para serem compreendidos como não-legais, quicá como direitos morais. São, então, fortes pretendentes a direitos legais e se constituem como a antessala “moral” dos direitos legais, servindo como um estágio preliminar para aqueles direitos que estão prestes a serem positivados ou que já se encontram positivados no plano internacional, mas ainda não foram incorporados dentro da soberania em questão. Esses direitos também podem ser direitos revolucionários que vão contra a lei e se opõem ao ordenamento jurídico, de modo que o seu exercício só se torna possível na ilegalidade, quando posto em ação de maneira clandestina¹¹.

¹¹ Nem todos os direitos são exercíveis, tendo em vista que alguns direitos – como é o caso do sufrágio universal e do devido processo legal – dependem exclusivamente do ordenamento jurídico. Alguns direitos, mesmo na contramão da lei, podem ser exercidos até mesmo na ilegalidade, como é o caso do direito a seguir uma crença religiosa e a participar de cultos e celebrações.

Os direitos humanos – ou as exigências morais por direitos humanos – são, assim, melhor entendidos a partir de sua oposição à lei, ou, para amenizar o seu rompante revolucionário, a partir de sua independência em relação aos direitos legais. Eles são considerados genericamente morais apenas pelo fato de não estarem vinculados a um sistema legal de obrigações jurídicas e, nesse sentido, podemos apontar não só a sua anterioridade à lei como uma primeira característica desse tipo de direito, mas também a sua independência em relação a ela, visto que alguns desses direitos poderão até mesmo ser contrários à lei. Alguns direitos são considerados para além da legalidade e das obrigações jurídicas ou legais, de modo que os elementos morais que se resguardam por detrás deles são mais facilmente verificáveis quando o direito legal é julgado sob o prisma dos valores morais e condenado pelos seres humanos quando provocam aquilo que consideram uma injustiça ou ofensa moral.

Nesse ponto, podemos identificar que não somente a anterioridade e independência ao ordenamento jurídico constituem aquilo que chamamos “direitos morais”. Temos que dar um passo adiante e constatar que os direitos morais estão amarrados aos valores que constituem a moralidade.

Os direitos são julgados a partir de juízos morais – como o uso que fazemos das palavras como bem e mal, certo e errado, justo e injusto, e, nesse caso, outros exemplos podem ser levantados para mostrar que se lança mão das exigências morais por direitos não apenas para comprovar que algumas exigências são produzidas para gerar novos direitos dentro de um sistema legal, mas também para servir de oposição aos direitos legais, tendo em vista que a legalidade pode ocasionar alguma aberração jurídica e proporcionar, legalmente, a prática de um ato moralmente condenável.

Casos polêmicos podem ser apontados para corroborar a relação entre a moral e os direitos, como são os casos de aborto e eutanásia, segundo os quais as exigências morais por direitos vão de encontro aos direitos positivados. O aborto e a eutanásia entram em conflito com declarações e outros tratados subsequentes de direitos humanos que explicitam o valor pétreo que deve ter a vida do ser humano em um sistema jurídico democrático. Isto é, o “direito legal” é explícito ao proclamar o “di-

reito à vida”. O ponto controvertido é que não podemos fechar os olhos para os reivindicantes do aborto e da eutanásia que, para não dizer que se opõem ao direito à vida, dão outra interpretação ao que seja uma vida ou um modo de bem viver e defendem casos em que é possível abortar ou, para alguns, matar alguém, ou, ainda, no caso da eutanásia, se não matar, ao menos deixar morrer.

No caso da eutanásia, os seus defensores alegam que um doente terminal, inconsciente e em estado vegetativo há muitos anos, não leva uma vida digna e, por isso, merece a morte¹². Segundo esses defensores, perpetuar o sofrimento simplesmente por causa das exigências legais é, nada mais, nada menos, do que provocar uma injustiça moral e, para evitar essa injustiça, exigem um direito que se apresenta como moral, um direito que, para ser reivindicado, terá que se opor à aplicação irrestrita do direito legal à vida.

Dentre os primeiros direitos reivindicados à margem da lei, a herança liberal e revolucionária do Iluminismo apresenta o caso mais interessante para se observar a busca por direitos que são “ilegais”, como é o caso da desobediência civil, à qual se vincula uma justificativa moral, pois se opõe às regras instituídas com o argumento de que a continuidade dessas regras é ruim ou não é algo moralmente bom. A manutenção de um ordenamento jurídico que provoca mais mal do que bem só prossegue com o mesmo modelo de injustiças e ofensas tradicionalmente instituído à sociedade, à qual não resta saída a não ser se rebelar contra o *status quo ante*. Neste ponto, verifica-se claramente a verve explosiva e revolucionária dos direitos humanos e dos direitos reivindicados a partir do fenômeno moral, tanto é que fez Bentham¹³ e Burke¹⁴ se amedrontarem com o “horror” levado às ruas pelas declarações liberais de direitos que eram promulgadas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França.

¹² Conferir o direito à eutanásia de um doente terminal em: Feinberg (1992, p. 161-162); Feinberg (1978, p. 92-123); Mackie (1990, p. 196-199).

¹³ Ver as *Anarchical Fallacies* de Bentham (1987, p. 46-76).

¹⁴ Ver as *Reflections on the revolution in France* de Burke (1955).

Diz Bentham contra os direitos “ilegais” supostamente tomados como naturais para se oporem à lei:

O que quero dizer com criticar não é o sujeito ou cidadão deste ou daquele país (...) mas todos os direitos antilegais do homem, todas as declarações de direitos. O que quero dizer com criticar não é a execução de tal projeto nesta ou naquela instância, mas o projeto em si. (BENTHAM, 1987, p. 68, tradução própria)

Segundo Bentham, que é um crítico conservador dos direitos humanos, os direitos reivindicados contra a lei são direitos tomados como naturais para serem lançados contra a lei e os seus governantes, figurando à margem, na ilegalidade, mas que, nem por isso, deixam de ser reconhecidos informalmente como direitos pelos revolucionários liberais e progressistas – ou, como disse Bentham, pelos subversivos do governo. Continua Bentham:

Direito, o substantivo direito, é o filho de lei: de leis reais provêm direitos reais, mas de leis imaginárias, das leis de natureza, imaginadas e inventadas pelos poetas, retóricos e comerciantes de venenos morais e intelectuais, surgem direitos imaginários, uma ninhada bastarda de monstros, górgonas e quimeras terríveis. E assim é, que a partir de direitos legais, a descendência do direito, e de amigos da paz, provêm direitos antilegais, os inimigos mortais da lei, os subversivos do governo, e os assassinos de segurança. (BENTHAM, 1987, p 69, grifos do autor, tradução própria)

O que Bentham quer dizer é que não se pode negar que tais casos são paradoxais e trazem, por certo, insegurança jurídica à definição dos direitos, em especial quando grupos políticos reivindicam direitos contra os seus governantes, direitos estes que chegam a afrontar a legislação de alguns países. Mais do que a insegurança que advém dos ditos direitos morais que confrontam os ordenamentos normativos, é o uso que usurpadores fazem disso, quando, por exemplo, chegam ao cúmulo de tremular a bandeira dos direitos humanos (em oposição aos direitos legais) para intentar manobras militares e intervenções bélicas para, por exemplo, sob o pretexto da defesa dos direitos humanos, invadir de forma ilegal um país que detenha petróleo ou alguma fonte de riqueza natural. A linguagem dos direitos humanos está sujeita não só a valores morais, mas

também a todo tipo de moralismo. Se fôssemos rigorosos com a dogmática jurídica no plano internacional, não poderíamos permitir algumas intervenções “moralmente” justificáveis, pois, não raras vezes, vão contra o que tratados e declarações de direitos apregoam. À parte esses conflitos políticos, que exigiriam de nós uma tomada de posição moral para dizer o que é um bom ou um mau uso dos direitos humanos, não podemos negar que a aplicação dos direitos legais nem sempre acarreta uma aprovação moral por parte dos membros de uma comunidade, ou, quiçá, dos membros da comunidade internacional. Nem sempre os membros da comunidade moral aprovam a aplicação desta ou daquela lei. De qualquer modo, os direitos humanos sempre geram uma reação moral nos seres humanos – seja uma reação favorável, seja uma reação contrária –, que se sensibilizam com a aplicação dos direitos legais e se manifestam a favor ou contra, de acordo com algum padrão de julgamento moral.

Considerações finais

A linguagem comum mostra que os seres humanos usam o termo “direitos” ou proposições como “eu possuo um direito” para exigir coisas que não são legalmente consideradas como direitos, justamente porque o seu uso, quando direitos são reivindicados, tem por objetivo que as suas exigências ganhem força moral ao serem chamadas de direitos. Em razão disso, os direitos são considerados “genericamente” como morais, pois a sua característica básica é a ausência de inserção e institucionalização em uma esfera jurídica de poder – o que poderia ser melhor definido pelo termo “direitos extralegais”, ou “exigências-direitos”, ou, ainda, “exigências por direitos”. São direitos que não estão expressos no texto da lei e, seguindo uma concepção mais positivista, não poderiam ser considerados direitos, pois não estão previstos em norma escrita, não se originam do ato de vontade da autoridade constituída, nem implicam nenhum tipo de sanção jurídica. São direitos estruturados, muitas vezes, em alguma fundação metafísica e ditos em um sentido mais retórico e persuasivo justamente com a finalidade de provocar, no mínimo, o seu reconhecimento por parte de um sistema jurídico. Com efeito, são justamente essas exigências por direitos que impulsionam o movimento internacional de di-

reitos humanos, dando força às suas reivindicações e obrigando o seu respeito em todos os países da comunidade internacional.

Referências

- AUSTIN John. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1975.
- AUSTIN, John. 1885. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. London: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005.
- BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London/New York: Methuen, 1987. p. 46–76.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRANDT, Richard B. The concept of a moral right and its function. *The Journal of Philosophy*, v. 80, n. 1, p. 29-45, jan. 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em: 18 maio 2019.
- BRANDT, Richard B. Utilitarianism and Moral Rights. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 14, n. 1, p. 1-19, mar. 1984. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BROWN, Stuart M. Inalienable Rights. *The Philosophical Review*, v. 64, n. 2, p. 192-211, abr. 1955. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em: 18 maio 2018.
- BURKE, Edmund. *Reflections on the revolution in France*. London: J. M. Dent, 1955. 369p.
- CRANSTON, Maurice. *What are human rights?* London: Bodley Head, 1973. 170p.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- EDMUNDSON, William A. 2004. *An Introduction to Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 223p.
- FEINBERG, Joel. *Filosofia social*. Tradução de Alzira Soares da Rocha e Helena Maria Camacho. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

- FEINBERG, Joel. In Defense of Moral Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 12, n. 2, p. 149-169, 1992. Disponível em: <<http://ojls.oxfordjournals.org>>. Último Acesso em: 17 mar. 2019.
- FEINBERG, Joel. Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life. *Philosophy & Public Affairs*, v. 7, n. 2, p. 92-123, winter 1978. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em: 24 maio 2019.
- FINNIS, John. 1980. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007. 403p.
- FRANKENA, William K.. Natural and inalienable rights. *The Philosophical Review*, v. 64, n. 2, p. 212-232, abr. 1955. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em: 30 mar. 2019.
- HART, Herbert Lionel Alphonso. Are There Any Natural Rights? *The Philosophical Review*, Duke University Press, v. 64, n. 2, p. 175-191, abr. 1955. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em: 2 mar. 2019.
- HOBBS, Thomas. 1651. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).
- JONES, Peter. *Rights: issues in political theory*. Hampshire: Palgrave/Macmillan Press, 1994. 258p.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978[1689]. p. 31-131 (Os Pensadores).
- MACDONALD, Margaret. Natural Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 47, p. 225-250, 1946-1947. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em: 20 maio 2019.
- MACKIE, John Leslie. *Ethics: inventing right and wrong*. Harmondsworth: Penguin, 1990. 249p.
- MILL, John Stuart. Utilitarianism. In: ROBSON, John M (Org.). *Essays on ethics, religion and society*. Canada: University of Toronto Press / Routledge & Kegan Paul, 1969. p. 203-260.
- NICKEL, James. *Making Sense of Human Rights*. 2. ed. Malden: Blackwell, 2007.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989. 494p.

- NOZICK, Rorbert. 1974. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford / Cambridge: Blackwell, 1999. 367p.
- PARCERO, Juan A. Cruz. Derechos morales: concepto y relevancia. *Isonomía*, n. 15, p. 55-79, out. 2001. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 19 maio 2019.
- RITCHIE, David George. 1895. *Natural rights: a criticism of some political and ethical conceptions*. Bristol: Thoemmes Press, 1998. 304p.
- ROSS, Wiliam David. *The right and the good*. Edited by Philip Stratton-Lake. New York: Oxford University Press, 2002. 183p (British moral philosophers)
- SEARLE, John. *Expression and Meaning: studies in the theory of speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- STRAUSS, Leo. *Natural rights and history: a cogent examination of one of the most significant issues in modern political and social philosophy*. Chicago / London: The University of Chicago Press, 1965. 326p.
- SUMNER, Leonard Wayne. *The moral foundation of rights*. New York: Oxford University Press, 1987. 224p.
- TASIOULAS, John. The moral reality of human rights. In: POGGE, Thomas (ed.). *Freedom from proverty as human right: who over what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 75–101.
- THOMSON, Judith Jarvis. *The realm of rights*. Harvard University Press, 1990.
- TIERNEY, Brian. *The Idea of Natural Rights: studies on natural rights, natural law, and church law, 1150 – 1625*. Cambridge: Scholars Press for Emory University, 1997. 380p.
- TUCK, Richard. 1979. *Natural rights theories: their origin and development*. New York: Cambridge University Press, 1998. 185p.
- WELLMAN, Carl. *The moral dimensions of human rights*. New York: Oxford University Press, 2011. 238p.
- WENAR, Leif. Rights. In: ZALTA, Edward N (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Wed Sep 2015 Edition*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu>>. Acesso em: 12 maio 2019.

- WENAR, Leif. The analysis of rights. In: KRAMER, Matthew H; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony. *The Legacy of H.L.A. Hart*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2008. Cap. 14. p. 251–274.
- WENAR, Leif. The nature of rights. *Philosophy & Public Affairs*, v. 33, n. 3, p. 223-253, summer 2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>. Acesso em: 16 dez. 2018.
- WHITE, Alan R. *Rights*. Oxford Clarendon Press, 1984.

A RELAÇÃO DIREITO E POLÍTICA EM TEMPOS DE PROTAGONISMO JUDICIAL: ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A DINÂMICA ENTRE OS TRÊS PODERES

Clarissa Tassinari*

Átrio: o que pulsa como ideia?

Introduções são escritas para contextualizar o leitor. Não por acaso, esta introdução chama-se “átrio” – a “recepção” deste capítulo. Esta metáfora já foi por mim utilizada anteriormente. Mas talvez não tão bem como agora. Afinal, na condição de primeiro texto para o Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, a proposta é fazer deste espaço o lugar para “apresentações”. E o átrio da minha veia acadêmica, há muito tempo, tem sido espaço para pensar a dinâmica existente entre direito, política e Judiciário.

Há vários modos de problematizar esta relação, sob pressupostos teóricos distintos. Lenio Streck, por exemplo, com profundidade e ênfase nas raízes filosóficas das questões que podem ser colocadas à atuação do Judiciário no Brasil, vem fazendo há muito tempo sua “cruzada hermenêutica”. Com isso, Streck (2017) busca demonstrar os riscos que a vulgata da filosofia da consciência representa para a tomada de decisão judicial, concebendo este paradigma filosófico como incompatível com os pressupostos do constitucionalismo brasileiro e com a democracia que dá contornos ao agir do Estado, através de suas instituições e de seus atores.

* Doutora e Mestre em Direito Público pela Unisinos, com bolsa CNPq em ambos os níveis. Professora dos cursos de mestrado do PPG Direito e da Graduação em Direito da Unisinos (São Leopoldo/RS). Coordenadora do grupo de pesquisa *GPolis* – Direito, Política e Diálogos Institucionais, vinculado ao PPGD/Unisinos. Advogada (OAB/RS). E-mail: clarissa@tassinari.adv.br.

Assim, com esta proposta, que reconstrói o elo entre o pensamento filosófico e o jurídico, Lenio Streck funda a sua matriz teórica, a Crítica Hermenêutica do Direito. Através dela, são possibilitadas teorizações sobre o sistema jurídico – e, invariavelmente, sobre a disputa argumentativa (de sentido) que envolve a interpretação/aplicação do direito – a partir de um viés crítico, num processo de revisão constante das sedimentações criadas pela dogmática jurídica (brasileira).

Considerando este fio condutor, que guiou minha trajetória acadêmica desde a graduação na Unisinos, o projeto de pesquisa que direciona de forma temática as pesquisas do grupo “GPolis – Direito, Política e Diálogos Institucionais”, por mim coordenado, pega impulso na dimensão reflexiva que é própria da Crítica Hermenêutica do Direito. Desse modo, sob o título “Diálogos institucionais: a relação Direito e Política em tempos de protagonismo judicial”, o projeto toma como ponto de partida a crítica ao excessivo apelo ao Judiciário existente no Brasil (que ora se desdobra em ativismo judicial, ora em judicialização da política e, até mesmo, em supremacia judicial).

Partindo disso, direciona-se o olhar para a existência de um cenário propício a problematizar a relação direito e política, especialmente tomando como referência os desenhos institucionais projetados pela Constituição brasileira para os três Poderes do Estado (que fixa competências a essas instituições como responsabilidades e limites). Afinal, a descaracterização na atuação de cada um dos Poderes, modificando a ideia de capacidades institucionais constitucionalmente fixadas e delimitadas, pode repercutir no deslocamento das tensões políticas ao Judiciário (no Brasil, em especial, ao Supremo Tribunal Federal), que, muitas vezes, figura não apenas como o Poder garantidor de estabilidade social (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2016), mas como o tradutor dos anseios populares (algo que pode ser associado, por exemplo, à tese de que, sob certas circunstâncias, este Tribunal assumiria função majoritária) (BARROSO, 2016).

Indo mais além, fomentando as discussões que envolvem o aprofundamento e a revitalização da democracia (representativa), considerada em falência (ou em crise) em diferentes tradições jurídicas, o projeto de pesquisa eleva as possibilidades de diálogo entre Executivo, Legislati-

vo e Judiciário (com base naquilo que a doutrina estrangeira e local passou a denominar de diálogos institucionais), que aparecem, então, como elementos de provocação. Ou seja, o objetivo geral da proposta é realizar um estudo que avalie os impactos teóricos e institucionais decorrentes da crise política que atinge o Brasil, explorando as possíveis interações entre os três Poderes do Estado, com o intuito de desconstruir discursos de supremacia, em especial aqueles direcionados ao Judiciário (supremacia judicial), reforçando as conquistas do desenvolvimento democrático traçado desde o constitucionalismo de 1998, sob a perspectiva das capacidades institucionais.

Como a teoria do direito constitucional brasileira está lidando com os impactos da crise política (e do rearranjo institucional consequente) sob os pressupostos do constitucionalismo e da democracia? Existem propostas teóricas alternativas ao atual modelo e como elas podem ser concebidas? É possível visualizar caminhos institucionais de diálogo entre os três Poderes, que aprofundem o projeto democrático sem romper com conquistas históricas do constitucionalismo? Estas são apenas algumas das perguntas que podem surgir no seio desta proposta de estudo. Em breve síntese, então, este é o átrio que criei para o desenvolvimento de minhas investigações acadêmicas no âmbito do PPGD-Unisinos, através do projeto de pesquisa acima mencionado. E o que pulsa, agora, como ideia especificamente para este texto?

Primeiro, demonstrar como a relação direito e política atravessa os diferentes papéis assumidos pelo Judiciário brasileiro – na judicialização da política, no ativismo judicial e na ideia de supremacia judicial. Posteriormente, brevemente expor os possíveis “antídotos”, hipóteses teórico-institucionais a esses fenômenos que de certo modo colocam o Judiciário no centro do debate político. Por fim, de forma breve e provocativa, apontar alguns elementos que surgem especificamente no contexto brasileiro para tratar destas questões afetas à relação direito, política e Judiciário.

Judiciário brasileiro e os diferentes cenários para a dinâmica direito e política: judicialização da política, ativismo judicial e supremacia judicial

Norberto Bobbio já nos disse que política se refere ao que diz respeito ao público (BOBBIO, 2010). Aristóteles escreveu uma de suas obras com este nome para tratar sobre a natureza, as funções do Estado e as formas de governo. É possível dizer, então, que Estado e política são temas afins, conexos? Claro. Disso decorre que política é monopólio do Estado? Aqui a questão se torna mais instigante. De fato, novamente, Bobbio nos recorda que um dos modos de compreender a política é justamente a partir de certos elementos que caracterizam a formação do Estado (BOBBIO, 2010). Mas tratar deste tema exclusivamente sob este enfoque seria reduzir a complexidade das discussões que envolvem a relação Estado e política. Afinal, esboçando uma resposta muito simples a este questionamento, basta atentar para o texto da Constituição brasileira que ficará perceptível que a opção por um projeto democrático implica a escolha estatal de legitimar o exercício de seu poder via soberania popular, o que acontece de forma direta ou indireta (representatividade), mas também através de fixação de limites e objetivos para atuação de suas instituições (o que se pode considerar o cerne do constitucionalismo, a limitação do poder).

Não por acaso, Jeremy Waldron, em seu “Political Theory”, afirma que as constituições “(...) não dizem respeito apenas a conter ou a limitar o poder; mas a empoderar as pessoas em uma democracia, autorizando-as a controlar as fontes do direito e a fazer uso do aparato do governo para as suas legítimas aspirações” (WALDRON, 2016, p. 43). Ao fazer esta afirmação, Waldron está apontado para os desafios que se impõem às tentativas de conjugar constitucionalismo e democracia. Afinal, sua preocupação é a de que o constitucionalismo não se torne um “slogan vazio” – um manto teórico incapaz de espelhar também conteúdo, isto é, expectativas democráticas (para além da ideia de organização e limitação de poder que lhe pressupõe) (WALDRON, 2016, p. 43).

Mais uma vez aqui, agora através da perspectiva de Waldron, é possível visualizar como pensar a atuação do Estado hoje implica lançar luzes sobre o modo de compreender a relação direito e política, através de suas instituições, em especial para os interesses deste estudo, dos três

Poderes. Aliás, este é o contexto que provoca afirmações como as que são feitas por Antoine Garapon, no livro “O Guardador de Promessas”: “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afecta as instituições políticas clássicas, devido ao desinteresse e à perda do espírito público” (GARAPON, 1998, p. 45); “A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia” (GARAPON, 1998, p. 46). Garapon relacionava aqui a crise de representatividade (ou crise política) com a concessão de maiores poderes ao Judiciário. Talvez esta seja a grande marca das democracias modernas. E, com certeza, acontecimentos como estes suscitam uma série de reflexões.

É possível que o problema da confiança nas instâncias majoritárias não esteja apenas relacionado ao Judiciário, mas ao sistema de justiça (que envolve a atuação de outras instituições, como o Ministério Público, por exemplo, especialmente em tempos quando escândalos de corrupção ganham destaque). Isso significa (ou pode significar) que, em certa medida, o sistema político perde espaço – até, muitas vezes, esvaziar – para o conjunto de instituições nas quais se acredita que estejam imunes à política, porque agem “por direito”. E talvez essa seja a melhor ilustração – e, ao mesmo tempo, a pior – dos descompassos que corroem a relação direito e política: a ausência de um equilíbrio institucional, em que cada uma das instituições cumpra seu compromisso, e não exista concentração de responsabilidades em poucas ou apenas numa. O resultado mais evidente é o surgimento de disfunções, tais como aquelas que atingem o Judiciário e que são tomadas como pressupostos aos possíveis desdobramentos das reflexões pretendidas com o projeto de pesquisa já referido, porque considerados como cenários possíveis para se pensar a relação direito e política: judicialização da política, ativismo judicial e supremacia judicial.

Em que pese estes três fenômenos possam encontrar referências em teorias constitucionais de outros países (especialmente no que diz respeito ao sistema jurídico norte-americano), torna-se relevante relacioná-los com diferentes momentos do constitucionalismo brasileiro. Neste sentido, a assembleia constituinte de 1987-1988 foi marcada por um “impulso democratizante”, que, organizado de modo veloz e eficaz, ao mesmo tempo em que proporcionou uma abertura à sociedade (e um estímulo aos movimentos

sociais), gerou sua antítese: o surgimento de grupos de oposição que, não conseguindo vencer a luta para o reconhecimento dos direitos sociais, posteriormente, dando vida ao conservadorismo, tratou de “enfraquecer os meios destinados à sua execução e implementação” (RODRIGUEZ, 2016, p. 83). Seu ápice: a promulgação da “Constituição Cidadã”, um texto extenso, tão detalhadamente rico em direitos, muito repleto em garantias – a instituição de um projeto de sociedade.

Sendo a Constituição de 1988 um novo paradigma para o Estado brasileiro, então, dando ênfase para a abordagem que trata do perfil assumido pelo Poder Judiciário em razão disso, é possível identificar dois momentos. O primeiro deles diz respeito ao que José Rodrigo Rodriguez vai denominar de “primeira onda de democratização” (RODRIGUEZ, 2016, p. 83), que se caracteriza pelo fortalecimento do sistema de justiça. Ocorre que, logo que foi inaugurado o constitucionalismo democrático no Brasil, os avanços promovidos por um texto constitucional revolucionário encontraram entraves para sua efetivação, seja sob uma perspectiva política, mas também teórica (ainda sob os resquícios do positivismo exegeticó e da ideia de legalidade como centro gravitacional do direito). Diante desse descaso com o texto constitucional, o que passou a ser dito, então? É preciso do Judiciário para concretizar direitos.

As expectativas de consolidação da democracia foram conduzidas, desse modo, diretamente para o Judiciário, seja pela sociedade ou até mesmo pela comunidade jurídica. Diante da inércia e da desconfiança que atingia os poderes eleitos, decorrente dos fatos que a história contava (período ditatorial), desenhou-se para o contexto brasileiro um “estado de delegação permanente” direcionado à esfera jurisdicional (no mesmo sentido da expressão criada por Guillermo O’donnell (1991) – “democracia delegativa” –, mas voltado para outro âmbito, o poder judicial). É assim que surge o que ficou conhecido como judicialização da política – um fenômeno decorrente de uma conjuntura política e social específica, com repercussão mundial (na Europa, por exemplo, vinculado ao pós-Segunda Guerra Mundial), direcionado a privilegiar o cumprimento das promessas constitucionais (concretização); a garantir a força normativa da Constituição. Um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável (ao contex-

to ao qual se desenvolve), mas contingencial, produto de um cenário marcado por carências constitucionais (TASSINARI, 2013).

Ocorre que a presença de fragmentação política e o esvaziamento do papel dos poderes Legislativo e Executivo trouxe modificações ainda mais radicais: se, anteriormente, o partido político era o grande ator da democracia constitucional, isto é, o responsável pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais inscritos nas constituições, essa situação será bastante alterada, na medida em que o Poder Judiciário passou a assumir a função de protagonista do debate e das práticas constitucionais (BERCOVICI, 2016), o que foi em grande medida direcionado ao Supremo Tribunal Federal no Brasil. É possível dizer, ainda, que a aceitação desse protagonismo foi muito incentivada pelo surgimento das teorias neoconstitucionalistas, que, como proposta teórica, potencializaram a interferência do Judiciário nas novas democracias a partir do reconhecimento da discricionariedade judicial (via ponderação). Tudo isso repercute no surgimento do ativismo judicial, compreendido como uma postura/uma conduta dos membros do judiciário pautada por critérios não jurídicos, ou no que Jose Luis Bolzan de Moraes vai chamar de sacralização da atividade jurisdicional (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60-61).

Dois momentos distintos do constitucionalismo brasileiro; duas possíveis leituras sobre a atividade jurisdicional: judicialização da política e ativismo judicial. Na primeira concepção, está pressuposta a ideia concretização da Constituição; com o ativismo judicial, toma-se o argumento político como justificativa (e norte) para a tomada de decisão, considerada, então, como uma intervenção soberana – que não é passível de ser constrangida por nenhum outro elemento (seja no que diz respeito à relação com os demais Poderes; às balizas constitucionais que o processo constituinte estabeleceram; ou, até mesmo, ao devido processo legislativo). Ativismo é, portanto, decisão fora do direito, elevando o Judiciário a ser fonte de si mesmo (STRECK, 2014).

Só que esses elementos nem sempre podem ser visualizados de modo tão claro à primeira vista: ativismo judicial pode surgir com mera aparência (ou discurso) de concretização de direitos; judicialização da política pode representar tamanha intervenção que extrapole os limites das competências do Judiciário. Nesse sentido e a partir disso, é que surge o

discurso de supremacia judicial, algo recente, que aparece relacionado aos rótulos judicialização da política e ativismo judicial, elementos que seduzem a sociedade, a pretexto do papel concretizador exercido pelo tribunal, a fechar os olhos para o que já afirmou Conrado Hübner Mendes (embora esse autor perceba o ativismo judicial com certo fatalismo, como inevitável): “O STF vive o ápice de suas patologias institucionais” (MENDES, 2016).

Atravessando estes dois conceitos, mas indo além deles, é possível identificar três elementos que sustentam o discurso de supremacia judicial no Brasil, que, simultânea e metaforicamente, colocam o STF em três papéis. A tese de que a última palavra do Supremo Tribunal Federal é fonte exclusiva de construção do direito constitucional (possuindo autoridade interpretativa); a ideia de sobreposição desta instituição sobre a atuação do poder político, numa transferência de competências direcionada à jurisdição (possuindo autoridade política); a crença que esta instância judicial possui aptidão para melhor resolver as controvérsias sociais, associada à confiança nela depositada (possuindo autoridade simbólica) – esses são os três componentes, que, unidos, formam um desenho possível para a supremacia judicial. Supremacia judicial envolve, portanto, monopólio.

Sob certo ponto de vista, então, o desenho delineado acima para a supremacia judicial no Brasil assume perfil monocromático, pois o traço que lhe dá vida é esboçado através de um único tom: o argumento constitucional, manipulado para justificar este tipo de postura do Judiciário. É possível demonstrar o que isso significa ou como isso é construído (apesar de igualmente ser possível – e necessário – fazer enfrentamentos a cada um dos argumentos que relacionam supremacia judicial e legitimidade constitucional). Assim, o STF é considerado o *intérprete autorizado*, na medida em que também é o *guardião da Constituição* ou, ainda, porque o texto constitucional define que ele é a instituição quem decide por último. Neste caso, tanto o fato de que ele é o destinatário do derradeiro apelo em matéria constitucional quanto o de que possui competência para verificar a constitucionalidade das leis em sede de controle concentrado (com efeito vinculante) acabam sendo entendidos como funções que lhe concedem o monopólio de apresentar definições/interpretações que criam o

“DNA do direito” brasileiro (para usar uma terminologia de Lenio Streck), em uma assimilação das teses realistas (Oliver Wendell Holmes).

Seguindo quase a mesma linha de raciocínio, o STF vira *o governante bem intencionado* sob a alegação de que se trata de uma exigência do constitucionalismo democrático que ele interfira naquelas situações em que os demais Poderes não se posicionaram – e que se esperava que houvesse uma conduta proativa, seja do Legislativo ou do Executivo. Sua atuação acaba atingindo dimensão majoritária a pretexto da defesa de interesses contramajoritários. Isto é, fundamentado pela proteção dos direitos das minorias (premissa do contramajoritarismo), acaba virando demanda constitucional que o Tribunal faça política pública.

Por fim, talvez o STF como *o poder mais admirado* seja o único elemento que não esteja tão diretamente ligado a uma radicalização (ou deturpação) das funções que a Constituição atribui a este órgão judicial, como ocorre nas outras hipóteses, mas, sim, com o desenvolvimento de uma espécie de cultura constitucional, incentivada por aportes teóricos que elevam o Judiciário ao papel de protagonista em democracias constitucionais. Tudo isso revela que, nessas três leituras, a supremacia judicial aparece como algo já entranhado no direito constitucional brasileiro; algo próprio, intrínseco, inerente. Fica fácil e confortável sustentar que o Supremo Tribunal Federal possui supremacia com tamanha elasticidade e extensão empregadas no argumento constitucional, que, por isso mesmo, torna-se um discurso falacioso.

Neste momento, ilumina-se outro ponto, que é a noção de autoridade. Para Hannah Arendt, autoridade (*authority*) significa algo que é atribuído a alguém ou é investido em algum posto, posição. Trata-se de um “reconhecimento inquestionável por aqueles a quem se pede obediência”. Isto é, a autoridade não exige coerção, tampouco persuasão. Entretanto, não significa que seja natural (inerente), pois ao elemento de autoridade está implicada uma dimensão de respeito, que é adjudicada como condição para que uma pessoa/instituição/entidade mantenha seu perfil de autoridade. Por isso, como afirma Arendt: “o maior inimigo da autoridade é o desrespeito” (ARENDR, 1972, p. 142-145). Assim, estar em autoridade também exige concessão.

Como isso se relaciona com a tese de supremacia judicial, desenvolvida para o contexto brasileiro? Para efeitos da proposta aqui apresentada, a supremacia judicial, como já foi de certo modo antecipado, é composta por uma dimensão de autoridade, apresentada em três desdobramentos: autoridade interpretativa, política e simbólica. Mas talvez o último deles – a autoridade simbólica – seja o *fio de ouro* que costura todos os pontos. Afinal, a última palavra do Supremo Tribunal Federal sem a dimensão simbólica de supremacia é apenas o reconhecimento de que a interpretação final da Constituição (ou de uma lei) é feita por esse órgão, o que, numa leitura técnica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, é impossível de contestar. Ou seja, sem atribuir efeitos simbólicos ao que representa o papel do STF como último intérprete da Constituição, a autoridade interpretativa pode ser lida como mero controle de constitucionalidade.

Do mesmo modo, a legitimidade do exercício da jurisdição conjugado a funções de governo só garante a supremacia do Tribunal porque existe certa empatia com a tese, o que em grande medida está vinculado às boas intenções desta instituição ao promover tais ações que não são de sua competência. Portanto, sua autoridade política se desenvolve e se consolida na medida em que, simbolicamente, fixa-se no imaginário jurídico a ideia de que o STF é a instituição mais apta a resolver os problemas e dirimir os conflitos da sociedade. A supremacia judicial, que acontece através do deslocamento de certas autoridades ao Judiciário (em especial, ao Supremo Tribunal Federal) é, portanto, uma *supremacia consentida, concedida*.

Sobre “antídotos”, o caso brasileiro e reflexões finais

A forma escolhida para tematizar os influxos da dinâmica entre direito e política consiste na caracterização de alguns cenários possíveis (judicialização da política, ativismo judicial e supremacia judicial). Em cada um deles, a ideia de política se relaciona de modo diferenciado no que diz respeito ao papel exercido pelo Judiciário brasileiro. Isso, de certo modo, revela as diferentes dimensões que estão vinculadas a esta dinâmica existente entre os sistemas político e jurídico.

Assim, pode-se dizer que, quando se está tratando de judicialização da política, a palavra que diretamente se relaciona com o tema é concretizar. Na melhor expressão, concretizar direitos. A política aqui vincula-se ao que é projetado pela própria Constituição como *política de Estado* (que fixa competências político-institucionais); *projeto de Estado*. Afinal, não podemos esquecer, como bem nos lembra Lenio Streck, Marcelo Cattoni, Gilberto Bercovici, Martonio M. Barreto Lima, Marcelo Neves e outros tantos importantes juristas (não só brasileiros, como é o caso de Jürgen Habermas), a Constituição é o elo entre o direito e a política – e isso implica um compromisso, uma normatividade que se dá não apenas no âmbito político-organizacional do poder, mas que traça responsabilidades, a partir da determinação de objetivos republicanos, que aparecem textualmente como princípios fundamentais.

Por outro lado, o ativismo judicial mobiliza a relação direito-política sob outra perspectiva. Considerando que o ativismo consiste numa postura judicial que está para além dos limites das capacidades institucionais projetadas pela Constituição ao exercício da jurisdição através de um ato de vontade (de uma escolha) do julgador, a política, então, aparece nas decisões judiciais como critério de decisão que por vezes substitui o devido processo legislativo, por vezes a própria elaboração de política pública. Em outras palavras, seria possível afirmar que, aqui, a decisão judicial constitui *política de governo*, compreendida como aquelas medidas a serem elaboradas, desenvolvidas e/ou executadas pelos Poderes que possuem legitimidade democrática (detentores de mandatos eleitorais), orientadas pelo projeto desenhado pela Constituição, a partir de certa discricionariedade, que é própria do poder político.

E como fica a supremacia judicial neste contexto? Partindo da concepção que compreende a supremacia judicial como o monopólio do Judiciário no tratamento das questões políticas sensíveis da sociedade a partir da construção de sua autoridade via concessões que lhe são feitas (seja pelo próprio poder político – por conveniência –, pela doutrina constitucional ou pela sociedade, carente de que suas demandas sejam atendidas por alguma instituição), o Judiciário (o Supremo Tribunal Federal) é projetado como agente político. Aqui, portanto, política é sinônimo de representação.

Como é possível perceber a partir da linha argumentativa construída acima, a dinâmica que é subjacente a relação direito-política pode ser positiva (a partir da ideia de concretização de direitos) ou negativa (quando tudo se torna judicializável, monopólio do STF, esvaziando o âmbito da disputa política). Diante de cenários como estes, já existem posicionamentos teóricos que visam a enfrentá-los, como, por exemplo, os diálogos institucionais, proposta teórica que emblematicamente foi debatida no Canadá, sendo fomentada por sua Carta de Direitos e Liberdades, de 1982 (HOGG, 1997).

Em breve síntese, os diálogos institucionais consistem justamente na perspectiva de que o Judiciário (em especial, mas mais altas cortes constitucionais dos diferentes Estados) pode até possuir a última palavra (como esgotamento da via judicial de discussão), mas ela não é final. Isso possibilita, por exemplo, que o Legislativo possa revisar uma decisão judicial ou modificá-la, a partir dos mecanismos institucionais próprios para isso (do exercício do devido processo legislativo, por exemplo). Na verdade, o que esta corrente de pensamento propõe, sob vieses distintos, é que a disputa sobre o sentido constitucional de algum direito seja compartilhada (BATEUP, 2006), isto é, que ocorram processos institucionais capazes de colocar sob debate até mesmo o conteúdo de decisões judiciais (o que não precisa ocorrer através da criação de instituto próprio para revisar decisões judiciais – na esteira de uma deliberação política posterior sobre determinada manifestação judicial –, mas, fundamentalmente, através do exercício das próprias capacidades institucionais ou da criação de canais institucionais para diálogo).

Nesse mesmo sentido, o livro de Louis Fisher, chamado “Diálogos constitucionais”, foi escrito para confirmar a tese de que os princípios constitucionais emergem do diálogo existente entre os três braços do Estado e o público em geral (FISHER, 1988). A ideia de diálogo constitucional de Fisher, portanto, está na compreensão de que o constitucionalismo democrático é marcado por uma ampla interação entre os diferentes poderes e, sobretudo, no reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas adversidades nesse aspecto. Esta concepção de diálogos constitucionais contribui para a pesquisa, porque abre um horizonte teórico de investigação. Primeiro, porque, com

esse conceito, Fisher desafia a noção de supremacia judicial, indicando a participação de outras entidades (como os poderes eleitos, como a opinião pública, que pressiona o Legislativo e o Executivo) na construção do direito (e de novos direitos) ou na definição constitucional das controvérsias sociais. Segundo, porque também a ideia de diálogos constitucionais revela a importância do estabelecimento de uma relação interinstitucional entre os três Poderes que favoreça a ideia da única supremacia possível: a constitucional.

A partir disso, é possível dizer que os diálogos institucionais surgem, então, justamente para contrapor a ideia de supremacia judicial. “Ativismo judicial dialógico” e “pacto entre os três Poderes” seriam casos de diálogos institucionais no Brasil? Seriam exemplos desta necessária tentativa de aproximar o diálogo entre os três Poderes? As perguntas são, de fato, provocativas. Isso porque, com base na abordagem assumida para o ativismo judicial neste texto, não há perspectivas de diálogo quando se está diante de um ato de vontade de quem julga. O que existe, sim, é a tentativa de legitimar um posicionamento político através de uma decisão que não foi objeto de deliberação pública, porque o critério é extraordinário.

Por outro lado, o que pode significar um pacto entre os representantes dos três Poderes? Talvez seja ainda muito precoce esboçar críticas (ou elogios) ao que pode representar este “pacto entre os três Poderes”, porque ainda não se tem acesso ao seu conteúdo; é evento recente. Mas, como antecipação, não seria exagerado afirmar que a ideia de diálogo institucional não pressupõe *negociações constitucionais*.

Nesse sentido, considerando o cenário exposto, é que se vê necessário um processo de revitalização da democracia. Isso significa não apenas uma reflexão que gire em torno de sua concepção, mas, fundamentalmente, visualizar a construção de caminhos institucionais para sua efetivação, como é o caso da criação de mecanismos de controle social dos Poderes Executivo e Legislativo. A tarefa de ultrapassar o Estado de crise política no qual se encontra o país não é fácil – mas necessariamente isso passa por um intenso debate sobre como compreender a relação direito e política.

Referências

- ARENDRT, Hannah. *Crises of the republic*. San Diego/New York/London: A Harvest Book/Harcourt Brace & Company, 1972.
- BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre et al (Orgs.). *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 159-175.
- BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, p. 1174-1176, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu>>.
- BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 49, p. 81-100, jul. dez. 2006.
- BOBBIO, Norberto. Política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). *Dicionário de Política*. 13. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Editora UNB, 2010. v. 1. p. 954-962.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. p. 75-124.
- O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 31, p. 25-40. out. 1991.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas onda de democratização radical no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas*

sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 83-96.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Judiciário deve ser ponto de equilíbrio, não instigador da ira na política*. Consultor jurídico, Coluna Diário de Classe. Publicada em: 19 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>.

WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: essays on institutions*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016.

EPISTEMOLOGIA DAS PRESUNÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

Darci Guimarães Ribeiro*

Noções gerais

É verdade que, se pudéssemos conhecer, simultaneamente, os fatos através de nossa percepção direta, as coisas, e em particular as decisões, seriam bem mais fáceis, porém nosso conhecimento seria reduzidíssimo, na medida em que a percepção direta pressupõe sempre uma coincidência espaço-temporal entre o fato a ser percebido e o observador. Nesses termos, jamais há no processo percepção direta entre o fato, objeto da li- de, e o magistrado, porque este se vale sempre das alegações das partes para a delimitação do processo, constituindo, esse instrumento criado pe- lo Estado, uma reprodução de uma realidade havida anteriormente.

As formas de raciocínio que o homem faz, e em especial o juiz, ba- seiam-se muito nas presunções. Elas têm uma importância fundamental em todos os campos do saber; por exemplo, se a testemunha, ao depor, começar a se contradizer, gaguejar, enrubescer, presume-se que esteja a mentir. Se um caçador for caçar perdiz, e o cachorro farejar o rastro, é presumível que ela tenha passado por ali. Enfim, essa modalidade de prova indireta do conhecimento é, segundo Malatesta (1945, p. 150), *“el triunfo de la inteligencia humana sobre la oscuridad que la circunda”*.

* 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.

A falta de certeza gerada pela realidade exige, segundo Michelli (1989, p. 178), que “*con frecuencia el legislador, a fin de prevenir la falta de certeza en la aplicación de una regla jurídica, ha regulado la hipótesis legal en forma de hacer resultar con más precisión determinados elementos, cuya existencia es necesaria y suficiente a fin de que se produzca un determinado efecto jurídico*”¹. Essa é a razão íntima da necessidade de as presunções existirem, pois, se assim não fosse, não haveria justificativa para sua existência. É a presunção, para utilizar uma bela representação metafórica de Gorphe (1967, p. 163), um “*testimonio mudo*”.

Conceito de presunção e prova

O art. 374, inc. IV do NCPC, esclarece: “Não dependem de prova os fatos: (...) IV- em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Vale dizer, a regra legal está muito bem escrita e é muito mal compreendida, posto que a presunção é composta necessariamente de dois fatos, como veremos a seguir, um conhecido² e outro desconhecido, o fato em favor do qual milita a presunção legal de existência ou veracidade é somente o fato desconhecido, razão pela qual obviamente este fato está dispensado da prova, e não poderia ser diferente, já que não se pode exigir a prova de um fato desconhecido. Agora, o outro fato, o conhecido, certamente a parte tem o ônus de provar se quiser dele deduzir o fato desconhecido.

Para saber se as presunções independem de prova ou não, é necessário saber primeiro quais são os elementos que compõem a presunção, para, então, saber se necessitam de prova ou não.

Segundo Couture,

¹ Com razão M. Greenleat (*apud* BONNIER, 1914, p. 459, n. 835), quando diz: “*Los principios sobre las presunciones legales no se refieren ya a la fe del testimonio, sino que son reglas de protección (rule o protection) establecidas para el bien general*”.

² A doutrina brasileira, em geral, confunde o fato conhecido da presunção com indício, entre os quais cabe citar: Didier Jr.; Braga; Oliveira (2010, p. 57ss); e Bueno (2007, p. 239). Isto se deve ao posicionamento de autores brasileiros clássicos que são bastante citados, entre os quais cabe citar: Barbosa Moreira (1988, p. 55ss); e Pontes de Miranda (1979, p. 355ss).

una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad. Lo que en realidad queda fuera del campo del objeto de la prueba son los dos últimos de esos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidad. Pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse. (COUTURE, 1988, p. 228)

Ou seja, nenhuma presunção está livre da prova do fato conhecido³, pois, para que a parte se beneficie da presunção invocada, necessário se faz demonstrar a base, o fato constitutivo em cima do qual ela vigora. O que efetivamente fica fora do campo da prova é a relação de causalidade e o fato desconhecido, mas não o fato conhecido⁴. Por isso a redação contida no inc. IV, do art. 374, do NCPC, está absolutamente correta, como vimos anteriormente, pois o que está dispensado da prova é exatamente o fato “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”, e este fato é o fato desconhecido, posto que é em favor dele que a presunção legal de existência ou de veracidade milita e não sobre o fato conhecido. Esta é a razão pela qual muitos doutrinadores entendem, equivocadamente, que a presunção não depende de prova⁵.

O art. 163 do CC diz “Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”; se um dos credores arguir em seu favor esta presunção, estará ele dispensado da prova? A resposta deve ser negativa,

³ A legislação argentina, no art. 163, 5º do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, prevê que “Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica” (grifo nosso). Isso significa dizer, segundo o Direito argentino, que as presunções estabelecidas pela lei estão dispensadas da prova, e as demais necessitam ser provadas. Neste sentido: Oteiza (2009, p. 300s).

⁴ Assim se expressava, também, Bonnier (1914, p. 462, n. 840), já no início do século passado, para quem o Código Civil Francês, no seu art. 1.352, era nesse sentido. Segundo ele: “no es exacto decir que el que invoca una presunción legal no tiene nada que probar, porque es preciso que acredite que se halla en posesión de invocar la presunción de la Ley”.

⁵ Dizendo que a presunção não necessita de prova, encontramos, entre tantos autores: Lopes (2006, p. 105) e Tucci (1989, p. 356).

porque ele tem o ônus de provar, se ele quiser beneficiar-se da presunção, *primeiro*, que o devedor é insolvente, porque se não for insolvente e o bem não estiver constricto, não há fraude; *segundo*, que o devedor tenha dado uma garantia de dívida a algum credor. São os fatos conhecidos da presunção, para, através do nexo de causalidade, se beneficiar da fraude gerada, que é o fato desconhecido; do contrário, isto é, não sendo feita a prova da insolvência do devedor ou que ele tenha dado alguma garantia a um credor, o autor não poderá beneficiar-se da presunção, porque não terá havido fraude.

Agora que identificamos os elementos que compõem a presunção, podemos conceituá-la como *a dedução que identifica o fato desconhecido, a partir do fato conhecido*.

Classificação

Presunções legais

As presunções podem ser *legais* (*praesumptiones iuris*) ou *comuns* (*praesumptiones hominis*), conforme a origem da dedução feita através do nexo de causalidade.

Nas *praesumptiones iuris*⁶, o raciocínio dedutivo é feito pelo legislador. Encontram-se estabelecidas na lei, e quem as tem em seu favor, se-

⁶ O que faz com que uma presunção seja *iuris et de iure* ou *iuris tantum*, isto é, permita a prova em contrário ou não, é o grau de credibilidade que existe no nexo de causalidade, que é o raciocínio presuntivo, pois toda presunção equivale, segundo Chiovenda (1969, p. 139, n. 348) “a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas”. Isso equivale dizer que todo nexo de causalidade é originário de uma experiência comum que pode ter maior ou menor grau de credibilidade e, quanto maior o grau de credibilidade, menor a possibilidade de contestá-lo. Essa variação de credibilidade pode ser medida, quando o nexo de causalidade for *constante* ou *ordinário*, e deve-se entender essas palavras, conforme esclarece Malatesta (1945, p. 158), como “*es constante lo que se presenta como verdadero en todos los casos particulares comprendidos en las especies: es ordinario, lo que se presenta como verdadero en el mayor número de los casos comprendidos en la especie (...) lo ‘constante’ de la especie es ‘ley de certeza’ para el individuo: lo ‘ordinario’ de la especie es ‘ley de probabilidad’ para el individuo*”. Portanto, se o raciocínio presuntivo, feito pelo legislador, for gerado por um fato considerado *constante*, a presunção será absoluta, e não se admitirá prova em contrário, *e.g.*, presume-se que o menor

gundo inc. IV, do art. 374 do NCPC⁷, está dispensado do ônus da prova do nexo de causalidade e do fato desconhecido, mas não do fato conhecido, obviamente. Estas, por sua vez, se dividem em *iuris et de iure* (também chamadas *absolutas* ou *peremptórias*)⁸ e *iuris tantum* (também chamadas de *relativas* ou *condicionais*) que se divide em *contraprova livre* e *contraprova vinculada* (também chamadas de *mistas*)⁹.

As presunções *iuris et de iure* apresentam como características, mesmo sendo raras: a) não admitem provas em contrário¹⁰; b) não permi-

de 16 anos seja absolutamente incapaz, conforme inc. I do art. 3º do CC, sendo nulo o negócio jurídico quando por ele celebrado, art. 166, inc. I do CC. Agora, se o raciocínio presuntivo, feito pelo legislador, for gerado por um fato considerado *ordinário*, a presunção será relativa, e se admitirá prova em contrário, *v. g.*, regra geral as cercas são feitas para dividir os campos; entre dois campos existe uma cerca; logo, é verossímil que a cerca separe os dois campos. Para melhor aprofundamento, confira Chaïm Perelman (1996. § 49, p. 600s), *Ética e Direito*.

⁷ Está equivocado o entendimento de Rogério Lauria Tucci (1989, p. 356), quando o mesmo afirma que a presunção *iuris et de iure* “dispensa qualquer prova dos fatos presumidos. A outra, mais restritamente considerada, dispensa, apenas, do ônus da prova o litigante que a tem a seu favor”. Confunde o prestigiado autor o ônus da prova com o fato de a presunção não depender de prova; tanto num caso como no outro, o beneficiário da presunção está livre da prova do fato desconhecido.

⁸ Sobre esse tipo de presunção, confira, obrigatoriamente, Nicola Framarino Dei Malatesta (1945, p. 222s), *Lógica de las pruebas en materia criminal*.

⁹ A expressão *mista* foi utilizada por Pontes de Miranda (1947, p. 256); e Santos (2004, p. 512). Essa expressão, que serve para identificar uma categoria intermediária entre a presunção absoluta e a presunção relativa, é equivocada, como bem observou Greco Filho (1996, p. 209), “porque não existe uma categoria lógica entre o absoluto e o relativo; tudo o que não é absoluto relativo é. A relatividade, sim, comporta graus ou classificações”.

¹⁰ Para Barbosa Moreira (1988, p. 55), esta expressão no fundo quer dizer “que ‘nada adiantaria’ ministrar tal prova, pois, a despeito dela, o órgão judicial continuaria adstrito a pôr, como fundamento fáctico de sua decisão, aquilo que a lei presume”. Neste particular convém destacar que a não admissão de provas em sentido contrário refere-se unicamente a impossibilidade de se atacar o fato desconhecido, não sendo lícito afirmar que a parte contrária esteja impossibilitada de atacar o fato conhecido, pois em virtude do sagrado princípio do contraditório, a parte contrária poderá se valer de todo tipo de prova em direito admitido para desqualificar o fato conhecido em cima do qual se baseia a presunção. Exemplificando, o art. 163 do CC diz que: “Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”. Aqui temos como fato desconhecido, a fraude a credores, e, como fato conhecido, que necessita ser

tem ao juiz convencer-se em sentido contrário e c) limitam a liberdade do juiz na avaliação da prova (LOPES DA COSTA, 1946, p. 428); são delas os exemplos dos arts. 163; 174¹¹ e § único, do art. 1.802¹², todos do CC, entre outros.

As presunções *iuris tantum* apresentam como características: a) admitem prova em contrário para quebrar a presunção de verdade (*prae-sumptio cedit veritati*); b) invertem o ônus da prova¹³, não o eliminam, porque quem a tem em seu favor não precisa prová-la, mas quem quiser quebrá-la deverá fazer prova em sentido contrário. São delas os exemplos

provado pelo credor, se da presunção ele quiser se beneficiar, *primeiro*, que o devedor é insolvente, porque se não for insolvente e o bem não estiver constricto, não há fraude; *segundo*, que tenha dado uma garantia de dívida a algum credor. Certamente o devedor, neste caso, poderá produzir prova em sentido contrário aos fatos conhecidos desta presunção, *e. g.*, que ele, devedor, não é insolvente, na medida em que possui outros bens para garantir o crédito ou então que ele não deu nenhuma garantia a outro credor. Agora, uma vez comprovada pelo credor que o devedor é insolvente e que efetivamente deu uma garantia a outro credor, nenhuma outra prova poderá ser feita pelo devedor para desconstituir o raciocínio presuntivo contido no fato desconhecido, qual seja, que ele, devedor, agiu em fraude a credores. Em sentido análogo, porém com argumentos distintos, Varela, Bezerra e Nora (1985, p. 504) quando afirmam que “se a parte contrária impugna a realidade do fato que serve de base à presunção, não é a presunção que ela ataca, mas a prova testemunhal, documental, pericial etc., que convenceu o juiz da realidade desse fato”. A impossibilidade de não admitir prova em contrário ao fato desconhecido é tão forte que, segundo Pontes de Miranda (1947, p. 253; 1979, p. 355), “inclusive a notoriedade do fato não lhe pode ser oposta”.

¹¹ Reza este artigo: “É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava”. Mesmo aqui há necessidade de prova do fato conhecido, conforme acertada opinião de Maria Helena Diniz (1995, p. 147), ao comentar o antigo art. 150 do CC de 1916, para quem “a prova da ratificação tácita competirá a quem a argüir”.

¹² Esclarece o parágrafo único deste artigo que: “Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder”. E, segundo Mauro Antonini (2008, p. 1962), “a presunção de simulação é absoluta, não admitindo prova em contrário”.

¹³ Assim, entre outros: Michelli (1989, p. 177); Lopes da Costa (1946, p. 429, n. 411); Pontes de Miranda (1979, p. 357). Diverge dessa possibilidade: Lessona (1957, p. 182).

dos arts. 8^o14, 133¹⁵; § único, do art. 1.201¹⁶; 1.203¹⁷; 1.231¹⁸; 324¹⁹, todos do CC, entre outros.

As presunções *relativas de contraprova vinculada* apresentam como característica: a) admitirem somente as provas previstas na lei; logo, se for apresentada a prova especial, a presunção estará quebrada; porém, se não for apresentada a prova especial, o juiz não poderá convencer-se em sentido contrário. Por conseguinte, limitar-se-á a liberdade do juiz na avaliação da prova. São delas os exemplos dos inc. I a V, do arts. 1.597²⁰, que têm como prova especial as hipóteses do art. 1.598²¹ e 1.599, todos do CC.

¹⁴ Reza o artigo: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

¹⁵ Determina o artigo: “Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes”.

¹⁶ Assim esclarece o parágrafo único do citado artigo: “O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção”.

¹⁷ Diz o artigo: “Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”. Para Francisco Eduardo Loureiro (2008, p. 1097), “a presunção, como se extrai do preceito, é relativa, comportando, portanto, prova em sentido contrário”.

¹⁸ Assim expressa o artigo: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

¹⁹ Reza o artigo: “A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento”.

²⁰ Diz o artigo: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

²¹ Sobre este artigo convém destacar o que diz Milton de Carvalho Filho (2008, p. 1686) “não se pode deixar de notar que o sistema de presunção não prevalecerá diante da prova técnica, que, nos tempos atuais, permite com segurança identificara paternidade”.

Presunções judiciais

Nas *praesumptiones hominis*²², também conhecidas por *simples*, *commons* ou *de homem*, e que para os criminalistas, chamam-se *indícios* e, para os ingleses, denominam-se *circunstâncias*, o raciocínio dedutivo é feito pelo homem. Aqui, o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o raciocínio necessário, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando a experiência comum ou técnica, a fim de obter o convencimento necessário. Ela está relacionada aos *estados de espírito* ou, como diz Lopes da Costa (1946, p. 429), “para alcançar as realidades do mundo do espírito, a presunção é o único caminho”. Enquanto as presunções legais servem para dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual, porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, contido no art. 371 do NCPC. Tanto é verdade que, para Furno (1940, p. 69), “*Il comportamento processuale delle parti si presenta così come fondamento di una “praesumptio hominis”*”. Os requisitos para sua aplicação são os mesmos da prova testemunhal²³, com a especialidade de um enlace preciso e persuasivamente racional entre os fatos conhecido e desconhecido²⁴.

²² Para um melhor aprofundamento, confira, obrigatoriamente, as clássicas obras de Manuel Serra Dominguez: **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales** (1991.t. XVI, v. 2, p. 781ss) e, também, **Estudios de Derecho Probatorio** (2009, p. 663ss). Também merece destaque a obra de Gorphe (1967, p. 261ss).

²³ Essa exigência surgiu no art. 188, do Reg. 737. O Código Civil atual prevê norma expressa a esse respeito, art. 230, segunda a qual: “As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”, da mesma forma que o Código Civil Português, art. 351.

²⁴ Exigindo esta mesma vinculação, encontramos a redação do art. 1.253 do CC Espanhol, segundo o qual: “Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. No direito brasileiro, comunga deste entendimento Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015, p. 294).

Seu campo de atuação é vastíssimo, tanto no processo civil quanto no processo penal, máxime para apreender os conceitos de simulação, dolo, fraude, má-fé, boa-fé, intenção de doar etc.

A contraprova que pode ser oposta às presunções, exceto as *iuris et de iure*, é a prova do contrário daquilo que a presunção gera e deve referir-se ao fato presumido, isto é, ao nexo de causalidade que levou ao fato desconhecido, pois, afirmam Varela, Bezerra e Nora (1985, p. 504): “*Se a parte contrária impugna a realidade do fato que serve de base à presunção, não é a presunção que ela ataca, mas a prova testemunhal, documental, pericial etc., que convenceu o juiz da realidade desse fato*”.

Presunção e poderes ex officio

Questão interessante é saber se o juiz pode utilizar uma presunção de ofício. Presumo que não, pois, independentemente do tipo de presunção, toda ela necessita, como dito anteriormente, da prova do fato constitutivo, conhecido para dela poder se beneficiar. Além do mais, o raciocínio presuntivo incide a partir do nexo de causalidade para se deduzir o fato desconhecido. Vejamos um exemplo bem comum: ao parar num semáforo, Xenofonte tem a traseira do seu veículo abalroada pelo automóvel de Sófocles, que não parou no tempo devido. Xenofonte, então, interpõe uma ação de indenização decorrente de acidente com veículo em desfavor de Sófocles, e deve, se quiser beneficiar-se da presunção de que quem bate atrás presume-se culpado, *alegar* e *provar* que o abalroamento se deu na traseira de seu veículo, não podendo o juiz, mediante a falta de alegação e prova, buscá-la de ofício, pois estaria violando os arts. 141 e 492 ambos do NCPC, que deixa à disposição das partes as questões relativas à relação de direito material.

Distinção entre presunções e indícios

A diferença entre presunção e indício é extremamente difícil. Difere de autor para autor, e muitos não os distinguem²⁵. É interessante notar a re-

²⁵ Não as distinguem: Santos (2004, p. 507-509, n. 700); Varela, Bezerra e Nora (1985, p. 504, n. 165); Greco Filho (1996, p. 208, n. 43.7); Santos (1996, p. 392, n. 603) etc.

lação entre fato e indício, e ninguém melhor do que Carnelutti (1955, p. 191/192, n. 45) para esclarecer, pois, segundo ele “un hecho no ‘es’ indicio en sí, sino se “convierte” en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no existencia de éste”. Nesse sentido, já se manifestou o STF acerca da prova no desvio de finalidade da administração pública, quando salientou que: “Indícios vários e concordantes são prova” (RTJ (DF) 52/140).

Hodiernamente, quem melhor estudou o tema foi Malatesta (1945, p. 155), que afirma: “El raciocinio de presunción alcanza lo desconocido por la vía del principio de identidad; el raciocinio indiciario, por la del de causalidad”. E continua mais adiante o prestigiado autor:

El raciocinio del indicio se reduce ordinariamente a un entinema, en la cual se calla la mayor; suele decirse, por ejemplo: Ticio ha huido, luego es reo. El de presunción, en cambio, redúcese de ordinario a la simple conclusión; suprimiendo la mayor y la menor; suele decirse, por ejemplo: el acusado se presume inocente. (MALATESTA, 1945, p. 155)²⁶

Para Pontes de Miranda (1947, p. 251-252), indício não se confunde com presunção, e pode ser concebido como “o fato ou parte do fato certo, que se liga a outro fato que se tem de provar, ou a fato que, provado, dá ao indício valor relevante na convicção do juiz, como homem”, razão pela qual o indício pode estar “na prova testemunhal, no documento, na coisa, na confissão extra-judicial, na carta, no próprio sorriso da parte ou da testemunha”.

²⁶ Também fazendo a distinção entre presunção e indício, se bem que salientando que não tem nenhum valor prático no campo da prova penal, encontramos Florian (1924, p. 82, n. 38), para quem “*indizio serve ad indicare più specialmente una cosa, un fatto, una circostanza, ovvero una serie di cose, di fatti, di circostanze, insomma l'elemento di fatto concreto, da cui si può trarre una prova (indiretta). La presunzione, invece, è la conclusione d'un ragionamento, che può muovere anche da un indizio, ma che più frequentemente muove da una premessa suggerita dal l'esperienza di ciò, che il più delle volte avviene nel corso naturale delle cose. A nostro avviso, l'indizio ha sempre un presupposto concreto, la presunzione un presupposto astratto ed attinge sempre od assai spesso ad alcunchè di generale*”. Também adota essa distinção Gorphe (1967, p. 163, n. 16).

Referências

- ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BONNIER, Eduardo. *Tratado de las pruebas en el derecho civil*. Trad. José Vicente y Caravantes. Madrid: Hijos de Reus, 1914, t. 2.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ábado de Rodolfo Depalma, 1955.
- CARVALHO FILHO, Milton de. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Juspodium: 2010, v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FLORIAN, Eugenio. *Delle Prove Penali*. Milão: F. Valardi, 1924, v. 1.
- FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: CEDAM, 1940.
- GORPHE, F. *La apreciación de las pruebas*. Trad. Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1967.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.
- LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Madrid: Reus, 1957, t. 1.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araujo. *Direito Processual Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946.

- LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2.
- LOUREIRO, Eduardo. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole, 2008.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Buenos Aires: Gen. Lavalle, 1945.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.
- MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Themis, v. 2, 1989.
- OTEIZA, Eduardo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires anotado y comentado*. Coord. Roland Arazi et al. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009, t. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1979, t. 4.
- SANTOS, Moacyr A. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio E. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 1985.

VULNERABILIDADE CLIMÁTICA E URBANISMO RESILIENTE

Délton Winter de Carvalho*

“O Direito nunca será construído em um dia e, com sorte, nunca será terminado”. (Roger J. Traynor)

Introdução

O presente texto tem por objeto de investigação uma reflexão acerca das forças normativas dos Planos de Bacia Hidrográfica, em especial os efeitos irradiados por estes sobre decisões de ordenação territorial e planejamento urbanístico. Para tal enfrentamento, especial importância recai sobre áreas dotadas de vulnerabilidade física e social, propensas a riscos de desastres em áreas urbanas. Cumpre destacar que a ausência, em nossa doutrina jurídica, de maiores aprofundamentos sobre a temática, apesar de sua inegável relevância para a gestão e planejamentos das cidades em um processo de aumento de eventos climáticos extremos e dos prejuízos (patrimoniais, pessoais e ambientais) destes decorrentes.

A construção de cidades resilientes importa numa necessária atenção a estas vulnerabilidades, onde a concepção político-jurídica das cidades tome em consideração instrumentos de *planejamento sustentável*, apresentando estes, simultaneamente, conteúdo científico, uso político, eficiência econômica e vinculação jurídica. Dentre estes instrumentos de planejamento, destacam-se os Planos Setoriais, cujos conteúdos específicos envolvem diagnósticos, metas e programas acerca de determinadas funções e competências atribuídas legalmente. Neste sentido, o presente trabalho destaca a importância de uma maior integração e influência recíproca entre os Planos de Bacia Hidrográfica (Lei nº 9.433/97), os Planos

* Pós-Doutor em Direito Ambiental e dos Desastres, *University of California, Berkeley*, EUA. Doutor e Mestre em Direito UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, nível Mestrado e Doutorado. E-mail: delton@deltoncarvalho.com.br.

Diretores Urbanísticos (Lei nº 10.257/2001) e os Planos de Emergência ou Contingência (Lei nº 12.608/12).

Planos Diretores Setoriais como instrumentos de Planejamento juridicamente vinculantes

Uma matéria pouco debatida na doutrina jurídica consiste na necessária integração, nos efeitos correlatos e nos conflitos inerentes às assimetrias existentes entre uma possível gama de Planos Setoriais existentes em simultaneidade num mesmo ambiente regional e territorial. Etimologicamente, *plano* trata-se de uma exposição ordenada dos objetos a serem enfrentados em uma determinada temática. Este decorre do verbo *planejar*, cujo significado consiste em *programar, projetar, determinar objetivos e metas de um empreendimento, como também define a coordenação de meios e recursos para atingi-los* (MICHAELIS, 1998, p. 1.635-1.636). Assim, os planos estimulam, construtivamente, a reflexão antecipada, o planejamento preventivo e a escolha estratégica sobre o desenvolvimento desejado. Tais planos têm a função de prevenir, isto é, evitar *eventos indesejados previsíveis*.

Os planos setoriais, por esta razão, consistem em instrumentos cuja finalidade consiste em planejar as ações em curto, médio e longo prazo, a partir de diagnósticos e cenários pré-determinados, apresentando, necessariamente, um caráter dinâmico para o acompanhamento procedimental do desenvolvimento de um dado setor. Como exemplos de planos setoriais tem-se o Plano Diretor Urbanístico (previsto na Lei n. 10.257/2001), Plano Diretor de Bacia Hidrográfica (Lei n. 9.433/97), Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil (Lei n. 12.608/12), dentre vários outros exemplos possíveis.

Os planos setoriais devem ser democraticamente elaborados, consistem em um pacto e, por tal razão tem o dever de serem cumpridos (GRAZIERA, 2006, p. 142). Qualquer plano setorial deve ter como indissociáveis o *conhecimento técnico* e o *envolvimento participativo da coletividade* que será alvo do plano (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2012, p. 31-46). Em linhas gerais, tais planos são constituídos procedimentalmente nas seguintes fases: *i) preparatória, ii) de diagnóstico, iii) de prognóstico e iv) de formulação de metas, programas e ações*.

Na fase preparatória há o levantamento de dados e a formulação de um plano de trabalho. Posteriormente, deve haver a elaboração de um *diagnóstico*, estruturado com dados e informações acerca do perfil da localidade ou das atividades objeto da planificação, tendo este um enfoque eminentemente técnico. Da mesma forma, os planos devem realizar, por meio de estudos técnicos, a construção de prognósticos por *cenários futuros* (*scenarioplanning*), descrevendo hipóteses de situações em possíveis, prováveis, imagináveis ou desejáveis. Tais cenários permitirão a reflexão sobre alternativas futuras, fornecendo referencial para planejamento futuro e a análises de riscos envolvidos. Finalmente, deve haver a formalização e o estabelecimento das metas, com priorização de metas e hierarquização de intervenções desejadas. Para tanto, deve haver a esquematização da implementação do plano, com previsão de critérios para seu monitoramento, avaliação e revisão. Tradicionalmente, é nesta fase (definição de metas, programas e ações) que deve haver um especial resguardo para a participação dos grupos de interesse. Contudo, nada impede que, na fase de diagnóstico, após a coleta de dados e informações, estes possam vir a ser objeto de publicização para que seja assegurada a participação da coletividade.

Os planos setoriais são instrumentos dotados de um caráter multifacetado, pois apresentam, simultaneamente, conteúdo *técnico-científico*, servem de orientação para decisões na *política*, assim como, apresentam força *normativa* (CARVALHO, 2015, p. 65). Tais planos, apesar de deterem uma necessária dinâmica para atualização de seus diagnósticos, metas e objetivos, apresentam um relevante caráter limitador da discricionariedade administrativa.

Vulnerabilidade Climática e integração entre Planos de Bacia e demais Planos Diretores

O perfil de desastres denominados *naturais*¹ no Brasil encontra destacada relação com a ocorrência de precipitações de grande intensidade,

¹ Relevante aqui a lição de Daniel Farber (2016) no que diz respeito ao termo desastres “naturais”. Para o autor, atualmente, estes eventos decorrem, de forma cada vez mais frequente, das alterações climáticas, estas provocadas antropogenicamente (isto é, pela humanidade).

ocasionando inundações e deslizamentos de massa². Empresas de seguro, por exemplo, já destacam o cenário de incremento das ocorrências de desastres naturais no contexto brasileiro, ao afirmar:

As probabilidades demonstram o incremento da frequência de ocorrência dos desastres naturais e o aumento dos custos destes em termos de vidas humanas e despesas governamentais. (...) O Brasil, tradicionalmente, tem tido muito pouca exposição aos desastres naturais, mas nos últimos 5 anos, a frequência destes eventos, tais como chuvas intensas, enchentes e avalanches, tem aumentado. (RINDEBRO, 2011)³

Tais fenômenos mostram-se ainda mais graves e impactantes, quando sua incidência tem lugar em zonas urbanas, ocasionando as chamadas *inundações urbanas*. Não obstante as persistentes incertezas científicas, as mudanças climáticas (*i*) parecem exercer um destacado papel neste cenário, juntamente com outros fatores de amplificação dos riscos e custos de desastres, tais como (*ii*) as condições econômicas modernas; (*iii*) o crescimento populacional e a tendência demográfica; (*iv*) as decisões acerca da ocupação do solo; (*v*) a infraestrutura verde e construída (FARBER *et. al.*, 2010, p. 09-73).

Dentre os diversos fatores responsáveis pela produção de inundações urbanas destacam-se, para o presente trabalho, a existência de Pla-

de). De tal forma, o autor propõe a superação da tradicional terminologia desastres “naturais” para *desastres climáticos*, estando abrangido neste termo um caráter de maior sensibilidade às vulnerabilidades produzidas socialmente e, por isto, uma maior aptidão para descrições causais complexas.

² Em números, o cenário de danos humanos é revelador, sendo que, entre 1991 a 2010, de um total de 96.220.879 (noventa e seis milhões, duzentos e vinte mil e oitocentos e setenta e nove) pessoas afetadas, a estiagem e a seca é o desastre que mais afeta a população no país, sendo a mais recorrente (50,34%). Contudo, são as inundações bruscas, com 29,56% das vítimas, que causam maior número de mortes (43,19%) (ATLAS BRASILEIRO DE DESASTRES NATURAIS 1991 a 2010, 2012, p. 28-29).

³ Conforme declaração do diretor de soluções corporativas da Swiss Re, Fabio Corrias: “Natural disaster will likely become more frequent in Brazil and also more costly in terms of human lives and government expenditures (...). Brazil has traditionally had a very low exposure to natural disaster, but during the last five years the frequency of events such as heavy rains, floods and avalanches has increased (...)” (RINDEBRO, 2011).

nos Diretores Urbanos que não consideram devidamente os aspectos de drenagem de uma bacia hidrográfica, sendo, frequentemente, incompatíveis com a hidrologia e a hidráulica das bacias urbanas. Além disso, há, muitas vezes, uma definição imprópria da área de abrangência de projetos de drenagem, acarretando *um fenômeno de transferência de inundações de uma cidade para outra* (BARROS, 2005, p. 231). Tais eventos mostram uma constante irradiação de eventos sinérgicos por toda uma região, não se limitando a um dado município. O diagnóstico crescente de eventos climáticos extremos e dos prejuízos patrimoniais, humanos e ambientais correlatos, bem como uma possível contribuição por fatores humanos (decisões políticas, atividades econômicas, políticas públicas equivocadas) vem expandindo e alargando a noção de vizinhança para fins de permitir pedidos de responsabilização civil por danos ou mesmo a adoção de medidas preventivas (obrigações de fazer ou não fazer de cunho antecipatório), quando demonstrada a ação contributiva para o desastre (VERCHICK, 2010, p. 92). A noção de vizinhança para fins de possível conflituosidade jurídica e atribuição de responsabilidades, antes orientada apenas para pessoas com residências ladeadas, hoje encontra um alargamento, permitindo conflitos entre comunidades, intermunicipais ou mesmo entre regiões, em face de feixes causais mais complexos.

Dentre uma série de motivos, um aspecto fundamental à análise da ocupação de áreas de risco e sujeitas a inundações, observa-se um *estímulo econômico indesejado* para a ocupação destas áreas em detrimento dos serviços ecossistêmicos por estas produzidos. Isso ocorre pelo fato de não serem os serviços ambientais tomados em consideração nos valores da propriedade constituída por áreas prestadoras de importantes serviços ambientais, tais como de drenagem, os benefícios transindividuais oriundos destes serviços (FARBER *et. al.*, 2010, p. 33). Assim, acaba ocorrendo uma subvalorização mercadológica destas áreas. Este processo de *subvalorização* econômica destas áreas e seus ecossistemas estimula a sua ocupação em detrimento de sua manutenção ou usos compatíveis com o resguardo de seus serviços ambientais (de prevenção de desastres).

Áreas alagáveis tendem a ter um valor imobiliário baixo, em virtude de uma tradição mercadológica de não valorar os benefícios difusos produzidos pelos serviços ecossistêmicos inerentes a uma dada proprie-

dade. Além disso, muitas vezes, tais áreas ganham uma atribuição legal de *espaço territorial especialmente protegido "lato sensu"*, gerando para o seu proprietário restrições significativas ao uso econômico (justificável em virtude dos ganhos ambientais difusos), porém, sem qualquer contraprestação ao proprietário (pagamento por serviços ambientais, isenções tributárias, transferência do direito de construir, por exemplo). Este cenário acaba por gerar um estímulo à ocupação do imóvel para funções diversas da sua tutela ambiental.

Em virtude deste processo de subvalorização dos serviços ecossistêmicos, sobretudo aqueles vinculados à prevenção de desastres decorrentes de inundações, estas áreas acabam sendo objeto de um processo de estímulo mercadológico para sua destinação para outras finalidades diversas da manutenção dos seus serviços ecossistêmicos preventivos, ante uma maior expectativa de lucro. Este processo decorre da *subavaliação* destas áreas (contabilizando negativamente as restrições legais e não atribuindo uma valoração positiva para os benefícios socioambientais difusos) acaba, por seu turno, produzindo expectativa de *lucros altos* para usos de transformação do ambiente destas áreas (diversos da manutenção dos serviços ecossistêmicos). Neste cenário, muito comum em áreas alagáveis, os incorporadores tendem a ter a expectativa de superar margens normais de lucro imobiliário, urbanizando áreas impróprias para ocupação urbanística (FARBER *et. al.*, 2010, p. 36-39).

Como já observado em contextos internacionais, em casos como estes, as futuras consequências negativas que irão atingir a propriedade (tais como danos por inundação e deteriorização dos recursos) acabam sendo transferidos para terceiros na comunidade (adquirentes) ou futuras gerações de contribuintes (ASS'N OF STATE FLOODPLAIN MANAGERS, 2007, p. 9) (muitas vezes com a responsabilização civil das municipalidades pelos danos reiterados provocados pela omissão em permitir a urbanização de tais áreas ou em falhar em conter tais danos⁴). Desta forma, os lucros com a ocupação destas áreas são privatizados e os

⁴ Para a temática da responsabilidade civil por desastres, indicamos Délton Winter de Carvalho (2015, p. 131-176), *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*.

custos são transferidos a terceiros e, muitas vezes, inclusive, socializados com uma determinada comunidade (municipal, estadual ou federal, dependendo do tamanho do desastre).

Este cenário centraliza a produção normativa em matéria de Direito dos Desastres, principalmente com o núcleo regulatório previsto na Lei de Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – LPNPDC (Lei nº 12.608/12). Conforme já referimos em outros momentos (CARVALHO; DAMACENA, 2013; CARVALHO, 2015, p. 131-176), este marco regulatório mostra-se centralizado em estratégias preventivas de ordenação do solo, com o escopo de centrar a ênfase de uma “primeira geração” de Direito dos Desastres (deveres de prevenção a desastres) no Brasil em instrumentos tendentes ao controle de fenômenos descritos como “deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos”⁵. Em virtude da relação direta entre os danos decorrentes destes fenômenos climáticos e a ocupação de áreas de risco, a estratégia do Direito brasileiro vem se dando no sentido de enfatizar, pelo menos neste primeiro momento de constituição do Direito dos Desastres no nosso país, em instrumentos e estratégias de ordenação territorial. No caso das inundações, especial destaque deve-se dar às áreas alagáveis e à drenagem urbana.

Digno de destaque que os planos setoriais aqui trabalhados⁶ encontram-se entrelaçados para a gestão preventiva dos desastres integrando a estrutura estratégica da LPNPDC. Não por outra razão, deve haver a *integração dos Planos Setoriais*. Neste sentido, digno de destaque a referência feita pela legislação no sentido de “adoção da bacia hidrográfica como unidade de análise das ações de prevenção de desastres relacionados a corpos d’água” (art. 4º, IV, Lei nº 12.608/12). Tal previsão decorre do fato de que os Planos de Bacia Hidrográfica apresentam uma abordagem específica aos recursos hídricos, bem como abrangem uma

⁵ Conforme previsto a título exemplificativo no art. 3º-A da Lei nº 12.340/10, este inserido pela Lei nº 12.608/12.

⁶ Plano de Recursos Hídricos (art. 4º, IV, Lei nº 12.608/12), Plano Diretor Urbanístico (art. 42-A e 42-B, da Lei nº 10.257/10) e Plano de Contingência (arts. 6º, VIII e §1º; 7º, III; 8º, XI, todos da Lei nº 12.608/12).

dimensão regional, diferentemente do Plano Diretor Urbano, cujo âmbito é o ente municipal.

Efeitos restritivos urbanísticos e ambientais decorrentes dos Planos de Bacia Hidrográfica

Em virtude do perfil de desastres existente do país, com grande incidência de inundações, sobretudo existentes em zonas urbanas das cidades e regiões metropolitanas, ganha destaque a interface e possíveis conflitos decorrentes da contradição existente entre os Planos Diretores Urbanísticos e os Planos de Recursos Hídricos.

É fundamental que os Planos Diretores Urbanísticos, Planos de Recursos Hídricos e outros planos setoriais devem ser compatíveis, integrados e complementares (BARROS, 2005, p. 247). Como visto anteriormente, a abrangência dos Planos de Bacia recai sobre as múltiplas dimensões correlatas à questão hídrica, envolvendo diagnósticos, metas e objetivos referentes às áreas territorial, hídrica e ambiental compreendida por uma bacia. Em face da própria dimensão territorial dos Planos de Bacia, natural a ocorrência de conflitos entre Planos Diretores e os Planos de Recursos Hídricos, ante a ocorrência de possíveis contradições, omissões e incongruências recíprocas.

Inegavelmente, a gestão urbana e a ordenação do solo municipal tem um protagonismo no ente municipal que, a partir do Plano Diretor, exerce sua competência e atribuição constitucional de “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo” (Art. 30, VIII, CF).

No entanto, tal competência e atribuição não é absoluta, uma vez que a *competência para legislar* é exclusiva em assuntos de interesse *local*, sendo suplementar em casos pertinentes a Direito Urbanístico. Em outras palavras, não obstante o município ser o executor da política de desenvolvimento urbano⁷, realizando o seu planejamento por meio do Plano

⁷ “art. 182, CF. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Diretor Urbanístico, este deve observar as *diretrizes gerais* fixadas em lei, sendo estas produzidas de forma concorrente pela União e Estados, nos termos do art. 24, I (Direito Urbanístico), VI (florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição) e VII (proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico) da CF, por exemplo. São exemplos destas diretrizes gerais, normas infraconstitucionais *urbanísticas* como o Estatuto das Cidades (Lei nº10.257/2001) ou *ambientais* como o Código Florestal Federal (Lei nº12.651/12).

Administrativamente, uma vez mais, há a necessidade de interface entre os entes municipais, os Estaduais e a União, uma vez que a ação de administrativa municipal de elaboração dos Planos Diretores deve ser realizada observando os *zoneamentos ambientais* (cf. art. 9º, IX, da Lei Complementar nº 140/11), estes confeccionados geralmente por Estados e a União.

Assim, os Planos Diretores Urbanísticos e os Municípios sujeitos à sua obrigatoriedade apresentam uma *função direta e imediata* de ordenação territorial e estabelecimento dos usos do solo. Contudo, como visto, esta autonomia municipal não se faz absoluta, podendo sofrer restrições e limitações *indiretas e mediatas*, mesmo em matéria territorial e de usos da propriedade.

Por tal razão, é fundamental a delimitação dos efeitos de ordenação territorial irradiados pelo Plano de Recursos Hídricos em casos de conflitos territoriais destes com os Planos Diretores sob pena de uma indesejada insegurança jurídica nos processos de ordenação do solo. Conforme analisado previamente, a competência legislativa e administrativa para ordenação territorial é do ente municipal, desde que observadas as *diretrizes gerais* previstas pela legislação estadual e federal bem como os *zoneamentos ambientais*.

Os instrumentos de planificação territorial inegavelmente assumem uma importante função de gestão dos riscos na medida em que podem impor, de forma direta e imediata, limitações ao uso dos solos e à sua transformação. Desta maneira, estes instrumentos adquirem a finalidade de evitar o aumento da vulnerabilidade e riscos já existentes

(OLIVEIRA; LOPES, 2012, p. 178). As diretrizes de planejamento urbanístico orientam as opções planificadoras concretas (OLIVEIRA; LOPES, 2012, p. 179).

Assim, os riscos e vulnerabilidades de inundações podem ser descritos cartograficamente, podendo compor mapas de riscos, planos de drenagem urbana ou mesmo Planos de Bacia Hidrográfica. O conhecimento de tais riscos pelos municípios, quer por *diretrizes gerais* ou mesmo *zoneamentos confeccionados regionalmente*, geram um *dever de prevenção de tais riscos*, quer em ordem urbanística ou outra qualquer. Este dever exige que o município que tenha em sua área zonas de risco ou áreas que possam ocasionar desastres em outros municípios (áreas de drenagem, zonas de inundação etc.) tenham a obrigação de “introduzir medidas de proteção contra cheias nos planos municipais” (OLIVEIRA; LOPES, 2012, p. 180). Contudo, de ser destacado que, a despeito do dever do município em adotar medidas de proteção contra riscos de cheias, em nível de ordenação territorial, *a determinação concreta de quais sejam essas medidas, cabe em exclusivo, no âmbito do poder discricionário municipal* (OLIVEIRA; LOPES, 2012, p. 180). Serve, portanto, tais informações de limite a esta discricionariedade, quer por obrigar os municípios a considerar e ponderar os riscos de cheia nas decisões de planejamento da sua responsabilidade quer por identificar, em muitos casos, as medidas a serem adotadas.

A limitação da discricionariedade urbanística municipal em virtude das informações técnicas decorrentes do Plano de Bacia Hidrográfica

Neste sentir, deve-se analisar a capacidade de Planos de Bacia Hidrográfica imporem restrições urbanísticas, apesar destes não consistirem em Planos Diretores Urbanísticos. Cumpre, por ora, enfrentarmos a matéria de qual instrumento deve preponderar em caso de conflito entre o Plano Diretor Urbanístico de um município, que a título exemplificativo pretende a expansão territorial ou a ocupação de áreas de riscos de desastres, e diagnósticos ambientais existentes em Plano de Bacia Hidrográfica. A matéria é pouco enfrentada pela doutrina, bem como sua solução não encontra solução sedimentada.

A solução para esta questão deve iniciar a ser dirimida dúvida pela análise do *grau de vinculação da administração municipal* a tais informações

técnicas constantes em mapas de riscos ou mesmo Planos de Bacia Hidrográfica no que pertine a existência de riscos de desastres ambientais. Neste sentido, existem duas posições juridicamente coerentes. *De um lado*, o entendimento de que os planos setoriais seriam meramente elementos de instrução a serem avaliados no processo de confecção de Planos Diretores Urbanísticos, gerando efeitos urbanísticos apenas após a sua integração no planejamento urbanístico. *De outro*, a defesa de que instrumentos tais como Planos de Bacia Hidrográfica geram efeitos restritivos sobre os Planos Diretores Urbanísticos, vinculando a administração municipal na condição de diretrizes gerais ou zoneamentos ambientais, dependendo do caso (OLIVEIRA; LOPES, 2012, p. 183).

Inegável, em favor do primeiro entendimento, o fato dos Planos Urbanísticos serem instrumentos específicos para ordenação territorial. No entanto, a recente legislação brasileira adota um sistema em que os Planos de Bacia devem exercer uma irradiação de efeitos sobre os Planos Diretores e a ordenação territorial exercida pela municipalidade (art. 42-A, §2º, Lei nº 10.257/10). Esta influência dos Planos de Bacia sobre os Planos Diretores Urbanísticos, por evidente, exerce uma significativa limitação da discricionariedade do ente legislativo municipal. Apesar de permanecer uma margem de discricionariedade municipal, atinente à questão de *como* o município irá proteger e utilizar tais áreas, há a exigência (vinculação) de haver uma necessária ponderação sobre a existência de riscos de desastres correlatos à expansão da urbanização e a adoção de limitações urbanísticas proporcionais pelo município. Cumpre esclarecer que, apesar destes deveres municipais de ter que considerar e ponderar os riscos de inundações nas decisões de planejamento territorial de sua responsabilidade, estes tratam-se de *obrigação de meio e não de resultados* (OLIVEIRA; LOPES, 2012, p. 180). Isso significa dizer que as medidas adotadas devem demonstrar a utilização das *melhores técnicas disponíveis* no estado da arte, sem contudo, haver uma necessidade de garantia absoluta de prevenção de desastres, algo que seria demasiadamente exigente para casos de desastres, em face de sua constante complexidade, incertezas correlatas e baixas probabilidades.

Atestando a adoção da necessária influência dos Planos de Bacia sobre a ordenação territorial prevista nos Planos Diretores pelo Direito

brasileiro, tem-se a previsão normativa constante no art. 42-A, §2º, Lei nº 10.257/10⁸. Como prevê a legislação brasileira, a existência de áreas de risco deve ser objeto de mapas de risco, devendo as restrições urbanísticas e territoriais nestes previstas serem internalizadas nos Plano Diretores Urbanísticos. Da mesma forma, Planos de Setoriais, tais como de Bacia Hidrográfica ou mesmo de Drenagem, podem gerar efeitos indiretos sobre o ordenamento territorial municipal, impondo deveres de alterar Planos Diretores.

Uma primeira conclusão nos remete à necessária observação de que os Planos de Bacias recaem sobre a área territorial de uma bacia, não apenas sobre os recursos hídricos, sendo assim é provável que um planejamento hídrico contenha diagnósticos de áreas especialmente sensíveis a ocorrência de desastres ambientais (áreas de drenagem urbana, áreas de preservação permanente, zona de alagamento), sob uma perspectiva regional.

Deveres de compatibilização do Plano Diretor ao Plano de Bacia Hidrográfica ante a ausência de regulamentação normativa dos cadastros de municípios suscetíveis a desastres

Cumpra analisar de maneira mais detalhada se, e em que medida, a *discricionariedade administrativa* do município é afetada pela existência de restrições urbanísticas e territoriais previstas no Plano de Bacia Hidrográfica, em razão da existência de áreas de risco de desastres.

O modelo adotado pela legislação brasileira estabelece a necessidade, em casos de riscos de desastres (especialmente no que diz respeito a ocorrências de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos), dos municípios confeccionarem mapas de riscos (Art. 3-A, §2º, I, Lei nº 12.340/10). Tais restrições

⁸ “Art. 42-A. Além do conteúdo previsto no art. 42, o plano diretor dos Municípios incluídos no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos deverá conter: (...) § 2º O conteúdo do plano diretor deverá ser compatível com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos, formulados consoante a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997”.

devem ser *absorvidas* pelo Plano Diretor Urbanístico, considerando ser este o instrumento urbanístico de *eficácia direta e imediata* sobre o ordenamento territorial do município (Art. 42-A, II, da Lei nº 10.257/01). Note-se, também, que a legislação de proteção civil também designou relevo da bacia hidrográfica e, conseqüentemente, aos seus Planos de Bacia sempre que os riscos de desastres *estiverem relacionados a corpos d'água*. Assim, tanto a cartografia que sustenta a confecção dos mapas de risco, como os diagnósticos ambientais existentes em Planos de Bacia e suas restrições urbanísticas *devem* exercer uma influência sobre os Planos Diretores Urbanísticos, mediante uma redução considerável da *discricionariedade administrativa* do município na elaboração destes Planos Urbanísticos.

Portanto, as informações trazidas pelos Planos de Bacia, via de regra posteriores à confecção dos Planos Diretores vigentes, devem gerar processos de alteração destes. Não por outro motivo, o Estatuto das Cidades, alterado pelo art. 26 da Lei nº 12.608/12, no §1º, do art. 42-A, prevê que *“o conteúdo do plano diretor deverá ser compatível com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos”*. Trata-se, portanto, de obrigação de meio e não de resultado, atribuindo à municipalidade um dever de ponderar sobre as informações constantes em Planos de Recursos Hídricos e mapas de riscos e adotar *as melhores opções* urbanísticas para prevenção de desastres.

Tal sistema, contudo, merece uma ressalva. Uma atenta análise interpretativa ao conteúdo das orientações urbanísticas trazidas pela Lei nº 12.608/12 e que alteram, principalmente, as Leis nº 12.340/10 e 10.257/01, demonstra que tais restrições atingem aqueles municípios que *aderiram* ou foram *incluídos* no chamado *cadastro de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos*.

Contudo, este sistema normativo encontra-se em verdadeiro risco quanto à sua plena eficácia e normatividade, uma vez que o referido cadastro ainda não foi regulamentado pelo governo federal, *havendo assim a impossibilidade de aplicação plena das restrições urbanísticas previstas na sistemática trazida pela LPNPDC*.

Uma vez mais, faz-se necessário a análise aprofundada, neste momento, sobre este déficit regulamentar. O texto normativo é cristalino ao

determinar que “o governo federal instituirá cadastro..., conforme regulamento” (Art. 3-A, caput, da Lei nº 12.340/10)⁹. Cadastro este que deve ser instituído por meio de Decreto, a partir do poder regulamentar atribuído pela Constituição Federal ao Poder Executivo, nos termos do art. 84, IV¹⁰. Para casos como este, a doutrina jurídica brasileira tem entendido que em casos de leis que tenham a previsão de serem regulamentadas para sua aplicação não são exequíveis até que o ato regulamentar seja expedido¹¹.

A omissão em regulamentar consiste em descumprimento de um dever jurídico, cabendo a impetração de *mandado de injunção* nos termos do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. A exceção emanada da jurisprudência, acerca da ineficácia de lei que preveja necessidade de regulamentação não expedida pelo Chefe do Governo, limita-se a casos referentes à obtenção do FGTS¹² e direito à greve¹³, por estarem vinculados a

⁹ Com alteração trazida pela Lei nº 12.608/12: Art. 3º-A: O Governo Federal instituirá cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, conforme regulamento.

¹⁰ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

¹¹ Entendimento este, bem representado nas tintas de Hely Lopes Meirelles: “As leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é *conditio juris* da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo” (MEIRELLES, 2015, p. 144-145). O mesmo entendimento é acompanhado por Celso Antônio Bandeira de Mello, acrescentando este que “se uma lei depende de regulamentação para sua operatividade, o Chefe do Executivo não pode paralisar-lhe a eficácia, omitindo-se em expedir as medidas gerais indispensáveis para tanto. Admitir que dispõe de liberdade para frustrar-lhe a aplicação implicaria admitir que o Executivo tem titulação jurídica para sobrepor-se às decisões do Poder Legislativo” (MELLO, 2008, p. 348).

¹² “Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da lei 8.036/90 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo decreto 99.684/90. *Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da lei 9.868/99. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc.* Recurso extraor-

norma constitucional de eficácia direta que prevê o direito dos trabalhadores. Para os demais casos, a regra geral é de que a lei não regulamentada permanece com seus efeitos pendentes no que pertine suas previsões dependentes de regulamentação.

Destarte, apesar do sistema legislativo pátrio ter adotado um modelo em que os Planos de Bacia vinculam as administrações locais em sua atribuição constitucional de ordenação do solo urbano, devendo haver a compatibilização dos Planos Diretores Urbanísticos às informações e diagnósticos constantes nos Planos de Bacia e Mapas de Risco, *a falta de regulamentação do cadastro de municípios suscetíveis a desastres específicos acarreta na manutenção do sistema num modelo mais conservador*. Inegável que a omissão regulamentar à criação deste cadastro acarreta numa grave ausência de critérios para determinação dos municípios suscetíveis a desastres, bem como para a formação de um sistema integrado para tratamento global na direção de um *urbanismo sustentável* (construção sustentável, mobilidade sustentável e a prevenção de desastres) (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE *et. al.*, 2015, p. 6), mediante a inserção do horizonte futuro na ordenação e planejamento do solo (CARVALHO, 2015, p. 78-79). Há, portanto, para um urbanismo sustentável, a necessidade dos riscos de desastres serem levados a sério no planejamento urbanístico (SUN, 2011, p. 2157-2201).

Neste cenário atual, *desregulamentado*, os Planos acabam servindo apenas de elementos de instrução a serem avaliados no processo de confecção de Planos Diretores Urbanísticos, gerando efeitos urbanísticos apenas após a sua integração no planejamento urbanístico. Em termos práticos, a ausência de regulamentação acarreta na sobreposição do Plano Diretor sobre as informações dos Planos de Bacia em termos urbanísticos,

dinário a que se nega provimento” (STF, Pleno, ARE nº 709.212/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2014; grifo nosso).

¹³ “(...) *Garantia fundamental* (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...)” (MI 670ES, Relator (a): Min. Maurício Corrêa, Relator (a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011) (grifo nosso).

sendo que, no caso da futura expedição da regulamentação e instituição do cadastro, haverá um *dever das municipalidades* em internalizarem as informações urbanísticas e de áreas de riscos de desastres constantes nos Planos de Bacia e Mapas de Risco. Em qualquer dos cenários, havendo o conhecimento do risco de desastres e a omissão estatal, tem-se a possibilidade de responsabilização civil do Estado por omissão.

Num cenário *pós-regulamentação* do cadastro de municípios suscetíveis a desastres, haverá uma sadia plenitude de eficácia às orientações urbanísticas do novo sistema de proteção e defesa civil. Um modelo regulamentado estabelecerá o dever imediato de incorporação cogente de medidas para a prevenção, mitigação e redução de riscos naturais no planejamento territorial. Este dever de incorporação acarretará num saudável afastamento da noção do Plano Urbanístico “como instrumento de exclusiva racionalização dos fenômenos de crescimento urbano e de reorganização das estruturas urbanísticas e territoriais, desatendo aos riscos a que expõe os destinatários das normas urbanísticas” (OLIVEIRA; LOPES, 2012, p. 176). A superação de uma matriz urbanística centrada apenas a partir de um viés mercadológico – colocando o retorno financeiro na frente dos princípios básicos da boa urbanidade (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE *et. al.*, 2015, p. 39) – e de uma *circunvisão* limitada territorialmente ao município é o nítido objeto dos deveres impostos pela Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. Os Planos de Recursos Hídricos, neste cenário, têm a função de inserir uma dimensão regional, um modelo mais amplo de gestão e de governança na ordenação territorial.

No cenário regulamentado, há o dever de estreita *compatibilização* dos Planos Diretores aos resultados e orientações dos Planos de Recursos Hídricos, sendo que a omissão a este dever de absorção pode gerar responsabilidades pessoais dos gestores bem como, por evidente, do ente estatal municipal por omissão que tenha redundado em prejuízos e perdas por desastres.

A atual ausência de regulamentação tem efeito direto e imediato de estabelecer uma insegurança jurídica e imprecisão acerca do perfil do que seriam “áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos”. Lembre-se que o cadastro a ser regulamentado consiste no

pressuposto para incidência de todos os artigos que trazem efeitos urbanísticos diretos pela Lei nº 12.608/12. Como consequência, apesar destes eventos extremos serem passíveis de descrição e conhecidos, uma regulamentação teria a função de *padronizar a incidência dos deveres de prevenção* bem como de *criar critérios bem definidos* para a determinação da intensidade ou frequência necessárias para estes eventos serem considerados desastres no escopo de produzir restrições urbanísticas.

Ainda, a ausência de regulamentação repercute na manutenção de uma indesejável e desnecessária discricionariedade, no que toca o dever de compatibilizar o Plano Diretor com o Plano de Bacia Hidrográfica. Num sistema regulamentado, a ausência de integração de um Plano Diretor pelo legislativo municipal poderia redundar em demanda judicial com tal finalidade (alteração do Plano Diretor por ordem judicial). No sistema desregulamentado, contudo, inexistente esta possibilidade, cabendo apenas a proibição de emissões de licenças ambientais ou urbanísticas¹⁴ pelos órgãos da administração pública para atividades a serem desenvolvidas em áreas de risco (descritas por Planos de Bacia ou mapas de risco) bem como a possibilidade de responsabilização civil do município por omissão em caso de ocorrência de um desastre. Em ambos os casos, o fator preponderante para tais limitações urbanísticas é o *conhecimento antecipado do risco*, este trazido por diagnósticos que permeiam quer Planos de Bacia quer mapas de risco de desastres.

De outro lado, ante a inexistência atual de um cadastro formalmente regulamentado pelo órgão competente, todos os textos e inovações de cunho urbanísticos trazidos pela Política Nacional de Proteção e Defesa Civil ficam com sua plenitude eficaz suspensa.

Não obstante a desregulamentação, segue vigendo de forma plena o dever geral imposto no art. 8º, IV e V da Lei nº 12.608/2012¹⁵, determi-

¹⁴ Como bem adverte Paulo Affonso Leme Machado: “Aprovado o Plano de Recursos Hídricos, ele deverá ser respeitado no momento do licenciamento ambiental, desde que não contrarie expressamente a legislação ambiental a ser aplicada pelos órgãos licenciadores” (MACHADO, 2016, p. 540).

¹⁵ “Art. 8º Compete aos Municípios: (...) IV – identificar e mapear as áreas de risco de desastres”.

nando um dever direcionado aos municípios para que estes mapeiem seus riscos e evitem novas ocupações em áreas de riscos (deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos). Note-se que a incidência deste artigo não depende da regulamentação dos cadastros acima explicitada. Destarte, apesar dos artigos que operacionalizam este dever (com deveres mais específicos) não estarem regulamentados e, por isto, encontrarem-se em suspenso, este dever geral segue com eficácia plena.

Quanto à magnitude de um evento para justificar a imposição de restrições, estes devem ser avaliados a partir de históricos locais ou regionais, principalmente pela frequência de ocorrências e sua intensidade. Ainda, o conhecimento do risco, capaz de gerar deveres de prevenção, pode decorrer do conhecimento científico dos riscos, em virtude de sua previsão em medidas não estruturais (Planos de Bacia Hidrográfica, mapas de risco, Estudos de Impacto Ambiental – EIA, entre outros). De tal sorte, áreas suscetíveis a tais eventos geram o dever de serem mapeadas (art. 8º, IV, Lei nº 12.608/12), assim como a municipalidade tem o *dever geral* de fiscalizar e vedar novas ocupações (art. 8º, V, Lei nº 12.608/12). A desobediência a estes deveres gera a possibilidade de medidas judiciais ou administrativas preventivas bem como ações compensatórias por danos.

Considerações finais

O presente trabalho parte de uma premissa bem definida de que os Planos Diretores em geral (no caso deste texto, em especial, Urbanísticos, de Recursos Hídricos e de Contingência) apresentam um caráter multifacetado. Tais instrumentos apresentam um *conteúdo científico*, descrevendo diagnósticos, cenários, metas, restrições e programas. Estes instrumentos de planejamento apresentam, ainda, uma função de *uso político*, exercendo um papel fundamental na gestão pública. Não bastassem tais funções, estes instrumentos de planejamento adquirem *força jurídica*, restringindo a amplitude das decisões disponíveis pelo Poder Público (poder discricionário), em virtude de sua previsão legal e do *império do Direito* na garantia da boa governança (*good governance*) da coisa pública.

O cenário de intensificação de eventos climáticos extremos enaltece a necessidade de maior atenção a estes instrumentos, face ao seu conteú-

do de antecipação e planejamento setorial. No caso brasileiro, os eventos climáticos que causam maiores perdas humanas e patrimoniais consistem nas inundações, merecendo um destaque da legislação a necessária *compatibilização* entre os Planos Diretores Urbanísticos e os Planos de Bacia Hidrográfica. Primeiramente, enquanto que o cerne dos Planos Diretores Urbanísticos é a gestão territorial municipal, os Planos de Bacia centram suas análises na gestão dos recursos hídricos. Contudo, não raras vezes há uma influência determinante das formas de ocupação e uso do solo sobre a qualidade dos recursos hídricos, inclusive no que toca o incremento da vulnerabilidade, física ou social, de comunidades a riscos de desastres (em especial, inundações, deslizamentos de massa, ventos fortes, acidentes industriais). Não por outra razão, a recente Política Nacional de Proteção e Defesa Civil realizou a alteração de diversos dispositivos legais de conteúdo urbanístico e gestão territorial em outros diplomas legais (tais como o Estatuto das Cidades e Lei de Parcelamento do Solo Urbano).

Numa conclusão preliminar, nota-se a existência de um *dever de proteção* que estabelece ser competência dos municípios em identificar e mapear as áreas de risco, devendo ser fiscalizadas e vedadas novas ocupações. Deve-se chamar a atenção para o fato deste dever estar em sua *plenitude eficaz*, não havendo qualquer restrição para sua aplicabilidade. Infelizmente, o mesmo não pode ser constatado para os *deveres secundários*, mais delimitados para fins urbanísticos e de planejamento territorial, face à sua dependência legal de regulamentação pelo Poder Público Federal, o que não ocorreu até o presente momento. Por evidente, tal situação retira a plena exequibilidade de todos os dispositivos que façam menção ao *Cadastro Nacional de Municípios com Áreas Suscetíveis à Ocorrência de Deslizamentos de Grande Impacto, Inundações Bruscas ou Processos Geológicos ou Hidrológicos* como *conditio juris* da plenitude eficaz normativa destes textos legais. Até lá, permanece suspensa a eficácia de tais dispositivos normativos, os quais em grande parte operacionalizam o dever geral de mapeamento e da fiscalização de áreas de risco cabíveis ao município (exigidos em dever geral no art. 8º, IV e V, Lei nº 12.608/12).

O principal aspecto da regulamentação de lei consiste em definir a estruturação do cadastro referido pela lei, especialmente delimitando

perfis, padrões e critérios para a caracterização de eventos que tornem os municípios suscetíveis aos deveres impostos de forma mais específica para cumprimento do dever geral. Assim, apenas para demonstrar a relevância da necessária regulamentação, destacam-se alguns dos deveres específicos impostos e hoje condicionados a esta: i) elaborar o mapeamento nas áreas suscetíveis a tais riscos a partir de cartas geotécnicas; ii) elaborar Plano de Contingência; iii) criar mecanismos de controle e fiscalização para evitar a edificação em áreas suscetíveis a tais desastres; iv) identificadas áreas de risco, adotar providências para sua redução, dentre as quais a execução do plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, remoção de edificações e reassentamento; v) exigir plano diretor independentemente do número de habitantes.

A questão aqui colocada é juridicamente delicada, pois as restrições impostas pelo sistema urbanístico determinado após a promulgação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (especialmente nas alterações realizadas por esta na Lei nº 10.257/01, Lei nº 12.340/10 e Lei nº 6.766/79) encontram-se condicionadas à regulamentação do referido cadastro nacional. Considerando a importância dos deveres específicos impostos aos municípios e atualmente suspensos em virtude de seu condicionamento à regulamentação de cadastro nacional, tem-se que esta é uma omissão regulamentar grave, cabendo mandado de injunção. Apenas para se ter uma dimensão, destaca-se mais alguns destes deveres específicos suspensos pela ausência de regulamentação do cadastro nacional: i) a necessidade de tomada de consideração do conteúdo dos mapas de risco nos Planos Diretores; ii) adoção de medidas de drenagem urbana necessárias à prevenção e à mitigação de impactos de desastres; iii) compatibilização dos Planos Diretores Urbanísticos às disposições do Plano de Recursos Hídricos; iv) necessidade de condicionamento da ampliação de perímetro urbano à apresentação de projeto específico que contenha, dentre outros fatores, a delimitação dos trechos com restrição à urbanização e dos trechos sujeitos a controle especial em função de ameaça de desastres naturais; v) vinculação da aprovação de projetos de loteamento e desmembramento ao atendimento dos requisitos apresentados pelas cartas geotécnicas.

Por evidente, tais tarefas podem e devem ser exercidas pelo município, porém, não há um caráter potestativo específico para tais deveres, nem mesmo para sua necessária internalização no Plano Diretor Urbanístico, até que haja a regulamentação do referido cadastro nacional. Uma das principais lacunas num cenário desregulamentado é exatamente a delimitação de quais municípios deveriam estar sujeitos a tais restrições, cabendo o questionamento de qual seria a intensidade e/ou frequência necessária na ocorrência de um desastre para gerar o dever de inserção de um município no referido cadastro e sua consequente submissão ao seu regime. Contudo, a ocorrência frequente de eventos extremos e suas respectivas perdas, indubitavelmente, deve gerar deveres de prevenção, mesmo em um cenário desregulamentado. Em especial, como visto no presente trabalho, este conhecimento histórico do risco gera o dever geral de mapeamento dos riscos (que podem estar previstos em diversos instrumentos, inclusive em um Plano de Bacia Hidrográfica), gerando este conhecimento o dever de preveni-los. Aqui nota-se, por evidente, uma ampla discricionariedade do Poder Público Municipal para a escolha de quais medidas deverão ser adotadas para este processo de prevenção de eventos futuros. Num cenário regulamentado, esta discricionariedade é reduzida sensivelmente.

Por evidente, os efeitos urbanísticos do Plano Diretor são *diretos e imediatos*, enquanto que os efeitos urbanísticos e na gestão do solo decorrentes dos diagnósticos dos Planos de Bacia Hidrográfica são *indiretos* e, necessariamente, dependem da *mediação* ou *internalização* pelos primeiros. Os deveres acima descritos delimitam especificamente como os municípios devem agir na ordenação do solo para prevenção de desastres. Porém, a ausência de regulação prejudica a força normativa destes dispositivos. Considerando o fato de que o risco de prejuízos extremos decorrentes da expansão urbana para áreas vulneráveis, as restrições urbanísticas previstas na legislação dependem da regulamentação do chamado *Cadastro Nacional de Municípios com Áreas Suscetíveis à Ocorrência de Deslizamentos de Grande Impacto, Inundações Bruscas ou Processos Geológicos ou Hidrológicos*.

Apesar da ausência de regulação, há persistência de deveres gerais relevantes, tais como o dever de identificar e mapear os riscos de desas-

tres, bem como promover a fiscalização e vedar novas ocupações nestas áreas. Da mesma forma, persiste a proibição na concessão de licença ou alvará de construção em áreas de risco indicadas como não edificáveis no Plano Diretor ou legislação dele derivada.

Assim, a ausência de regulamentação aumenta uma indesejável insegurança jurídica, uma vez que não esclarece os múltiplos critérios possíveis a serem utilizados para delimitar quais são os municípios sujeitos a tais restrições. Contudo, não se pode olvidar que os dados e diagnósticos existentes nos Planos de Bacia ou outros documentos podem suprir esta função, por fornecerem o conhecimento do risco de desastres a que está sujeito um município. A partir desta constatação (pela incidência histórica de inundações por exemplo), os textos normativos não regulamentados, e portanto suspensos, podem servir de parâmetro, porém, com sua normatividade suspensa. Mesmo num cenário desregulamentado, os planos setoriais devem ser tomados em consideração para a gestão territorial, enquanto que, após a regulamentação, as consequências legais já estão atribuídas para o caso dos municípios inclusos no cadastro.

Uma diferença central num cenário de ausência de regulamentação é a grave suspensão do dever direto de compatibilização do Plano Diretor ao conteúdo dos Planos de Bacia, permitindo uma maior discricionariedade no planejamento territorial municipal. Contudo, cumpre esclarecer que o conhecimento do risco pelo município indica não apenas o dever de identificação de riscos como a vedação de ocupação de novas áreas que se encontrem nesta condição de vulnerabilidade, sob pena de possível responsabilização civil do município por omissão, caso este não adote medidas cabíveis para a prevenção de desastres.

Referências

- ASS'N OF STATE FLOODPLAIN MANAGERS. *Floodplain Management 2050: A Report of the 2007 Assembly of the Gilbert F. White National Flood Policy Forum*. Washington, DC: ASFPM, 2007.
- ATLAS BRASILEIRO DE DESASTRES NATURAIS 1991 a 2010: VOLUME BRASIL. Florianópolis: CEPED UFSC, 2012.

- BARROS, Mario Thadeu Leme de. Drenagem Urbana: Bases Conceituais e Planejamento. In: Arlindo Philippi Jr (ed.). *Saneamento, Saúde e Ambiente: Fundamentos para um desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Manole, 2005.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- FARBER, Daniel A. Disaster Law in the Anthropocene. In: Jacqueline Peel; David Fisher (eds.). *The Role of International Environmental Law in Disaster Risk Reduction*. Boston: Brill Nijhoff, 2016.
- FARBER, Daniel et. al. *Disaster Law and Policy*. New York: Aspen Publishers, 2010.
- GRAZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MICHAELIS: *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Companhia Melhoramentos, 1998.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Planos de Gestão de Resíduos Sólidos: manual de orientação*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente/ICLEI-Brasil, 2012.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE et. al., *Sustentabilidade Urbana: impactos do desenvolvimento econômico e suas consequências sobre o processo de urbanização em países emergentes*. NUNES, Tarcísio; ROSA, Júnia Santa; MORAES, Rayne Ferreti (orgs.). V. 3, Habitação social e sustentabilidade urbana. Brasília: MMA, 2015.

- OLIVEIRA, Fernanda Paula; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. In: Carla Amado Gomes (coord.). *Direito(s) das Catástrofes Naturais*. Coimbra: Almedina, 2012.
- RINDEBRO, U. *Natural Disasters Likely to Become More Frequent, Costly – Swiss Re – Brazil*. *Business News Americas*. 2011. Disponível em: <<http://www.bnamericas.com>>. Acesso em: 06/04/2013.
- SUN, Lisa Grow. *Smart Growth in Dumb Places: Sustainability, Disaster, and the Future of the American City*. *BYU Law Review*, 2011.
- VERCHICK, Robert R. M.. *Facing Catastrophe: Environmental Action for a Post-Katrina World*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

A COLONIALIDADE DO PODER POR TRÁS DOS RISCOS DE ATROCIDADES E DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Fernanda Frizzo Bragato*

Uma inquietação que move os estudiosos de direitos humanos é entender por que certas pessoas e grupos são mais vulneráveis que outros à violação e ao abuso de seus direitos. Poderia acrescentar a essa pergunta várias outras. Por exemplo, além de a violação de direitos humanos ser um fenômeno maciçamente seletivo (BRAGATO, 2016), que fatores determinantes estão por trás disso? Como essas causas profundas podem ser enfrentadas de modo a criar condições efetivamente capazes de proteger pessoas e grupos discriminados, especialmente por meio do Direito?

Para tornar mais claros os fatos que orientam essa reflexão, trarei como exemplo a situação em que vive o povo indígena Guarani e Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul. Analisando os casos de violência reportados em diversos relatórios nacionais e internacionais (abaixo citados) e notícias da imprensa¹, dentre os quais, ataques armados, assassina-

* 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 Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS.

¹ Imprensa nacional e internacional: a) BEDINELLI, Talita. Indígenas acusam fazendeiros de morte de guarani-kaiowá no Mato Grosso do Sul. **El País**, São Paulo, 16 jun. 2016. Brasil, Política. Disponível em: <<http://brasil.elpais.com>>. Acesso em: 02 abr. 2019; b) BRANDÃO, Raquel. 'Nosso sangue está sendo derramado', denuncia líder guarani kaiowá. **Estadão**, São Paulo, 06 out. 2015. Política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2019; c) BORGES, André; NOSSA, Leonencio. Extermínio Guarani-Caiová. **Estadão**, São Paulo, 17 jul. 2016. Política, Reportagem especial Terra Bruta. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2019; d) Acusado de matar cacique se entrega 12 anos após crime, diz MPF em MS. **G1**, Grupo Globo, Mato Grosso do Sul, 23 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 02 abr. 2019; e) OLIVEIRA,

tos, lesões corporais, remoções forçadas e tortura, percebe-se que não se tratam de casos aleatórios de violência e violação de direitos. Muitos elementos presentes nessa dinâmica dos conflitos territoriais do Mato Grosso do Sul se encaixam no que o recente documento da Organização das Nações Unidas (ONU) (a seguir chamado de “*Framework*”) classifica como fatores de risco para crimes de atrocidade, assim considerados o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra (UNITED NATIONS, 2014).

Estes crimes – que pelo estatuto de Roma² são imprescritíveis e passíveis de punição no Tribunal Penal Internacional – são, segundo o direito internacional, considerados as mais graves violações de direitos humanos porque ofendem a consciência moral da humanidade (CARDOSO, 2012). Diante das incontáveis experiências de atrocidades ao longo do século XX, foi possível não apenas construir uma estrutura permanente para punição destes crimes, mas também para preveni-los. Os fatores de risco para atrocidades foram enumerados a partir de um olhar retrospectivo sobre os genocídios e os ataques sistemáticos e gene-

Renan Antunes de. Os jagunços cercam os Guarani. **Agência de Reportagem de Jornalismo Investigativo**, São Paulo, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://apublica.org>>. Acesso em: 02 abr. 2019; f) GONÇALVES, Carolina. Comunidade Guarani Kaiowá em MS é novamente atacada a tiros. **Terra**, Brasil. Edição: Fábio Massalli. Disponível em: <<https://www.terra.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2019; g) Índio desaparece em confronto com fazendeiros no MS. **Terra**, Brasil, 11 ago. 2012. Edição: Fábio Massalli. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2019; h) ZINET, Caio; TUPINAMBÁ, Isarel “Sassá”; CABRAL, Mario. O massacre do povo guarani kaiowá. **Le Monde Diplomatique**, Brasil, edição 54, 04 jan. 2012. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br>>. Acesso em: 02 abr. 2019; i) DOUGLAS, Bruce. Dispute turns deadly as indigenous Brazilians try to 'retake' ancestral land. **The Guardian**, Americas, 14 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com>>. Acesso em: 02 abr. 2019; j) BARBARA, Vanessa. The Genocide of Brazil's Indians. **New York Times**, 29 mai. 2017. Opinion. Disponível em: <<https://www.nytimes.com>>. Acesso em: 02 abr. 2019; k) SÁ, Ericka de. Apelo dos Guarani-Kaiowá ecoa na comunidade internacional. **DW, Deutsche Welle**, 25 out. 2012, Brasil. Disponível em: <<https://www.dw.com>>. Acesso em: 02 abr. 2019; l) FALLET, João. Brasil é cobrado na OEA por violência contra índios. **BBC News**, Brasil, São Paulo, 20 outubro 2015. Disponível em: <<https://www.bbc.com>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

² O Estatuto de Roma foi ratificado pelo Brasil e internalizado pelo Decreto nº 4.388/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 mai. 2019.

realizados contra população civil no passado recente, especialmente contra aqueles pertencentes a grupos discriminados (UNITED NATIONS, 2014).

Sabemos que nem a prevenção nem a punição desses crimes são realmente eficazes, mas o que me interessa neste ensaio não é discutir as falhas dessa estrutura. Interessa-me analisar e compreender as circunstâncias que estão por trás dos fatores de risco para o cometimento dessas graves violações de direitos identificados no *Framework*, partindo do caso dos Guarani e Kaiowá. O documento da ONU alerta para o fato de que um crime de atrocidade pode não acontecer mesmo estando presentes os fatores de risco, mas nenhum crime de atrocidade ocorreu sem que todos ou alguns desses fatores estivessem presentes. O documento identifica 14 (quatorze) fatores de risco e dentre eles enumera vários indicadores que, juntos, somam mais de 100 (cem) (UNITED NATIONS, 2014).

O povo indígena Guarani e Kaiowá ocupa o sul do Mato Grosso do Sul desde tempos imemoriais, mas nas décadas de 1950 a 1970 políticas de expulsão de suas terras foram intensificadas para dar lugar à ocupação e transferência de suas terras para produtores rurais. Neste período, muitos indígenas foram enviados às reservas já constituídas, enquanto outros permaneceram espalhados fora delas, muitas vezes em fundos de fazendas ou trabalhando nelas. Com o advento da Constituição de 1988 e o reconhecimento do direito à terra tradicionalmente ocupada, os Guarani e Kaiowá decidem reivindicar junto à FUNAI as áreas que cada comunidade identificava como seu *tekohá* ou terra tradicional. Com o início do reconhecimento oficial de suas demandas, no final dos anos 1990, as comunidades Guarani e Kaiowá começam a reocupá-las, num processo que denominam de “retomadas”. É quando se inicia a série de ataques armados a fim de expulsá-los das fazendas incidentes sobre as áreas reivindicadas, problema que vai se intensificando muito em razão da incapacidade do Estado Brasileiro de resolver as disputas fundiárias e concluir os processos de demarcação.

Do ano de 2000 a 2016, de acordo com pesquisa realizada nos procedimentos investigatórios do Ministério Público Federal no Mato Grosso do Sul e nas denúncias criminais que geraram as ações penais propostas pelo mesmo órgão, as comunidades Guarani e Kaiowá acampadas nas fazendas incidentes sobre as terras reivindicadas como tradicionais ou na

beira de estradas próximas a essas terras sofreram em torno de 24 (vinte e quatro) ataques armados ou químicos (pulverização de agrotóxicos). Nestes ataques, 10 (dez) indivíduos foram assassinados e 1 (um) encontra-se desaparecido. As investigações apontam dezenas de espancados (em alguns casos, configurando tortura) e baleados, incluindo crianças, idosos e mulheres, além de centenas removidos à força.

A população indígena mundial é composta por aproximadamente 370 milhões de pessoas – em torno de 5% do total mundial – e constitui mais de um terço das 900 milhões de pessoas que vivem em extrema pobreza em áreas rurais do mundo (UNITED NATIONS, 2015). A mesma realidade foi registrada no “Relatório sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais indígenas”. Em missão ao Brasil de 18 a 25/08/2008, James Anaya alertou que “de acordo com todos os indicadores, os povos indígenas no Brasil sofrem com precárias condições de saúde, subnutrição, dengue, malária, hepatite, tuberculose e parasitoses, que são frequentes causas de morte” (ANAYA, 2009).

Embora os indicadores sociais dos povos indígenas do Brasil sejam escassos, indicadores de suicídio e mortalidade infantil demonstram o quadro perverso de vulnerabilidade em que eles se encontram. O Relatório da Violência de 2014 do CIMI aponta que “[n]o período entre 2000 e 2014, pelo menos 707 indígenas cometeram suicídio no Mato Grosso do Sul. O Estado, mais uma vez, foi o que mais teve ocorrências de suicídio registradas no último ano” (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI), 2014). A respeito dos suicídios, a SESAI divulgou dados segundo os quais, no Brasil, o índice de suicídio entre indígenas é 6 vezes maior do que a média nacional (SESAI, 2013). De acordo com o Mapa da Violência elaborado com dados do Ministério da Saúde, a média nacional é de 5,3 suicídios por 100.000 pessoas ao ano. Entre a população indígena em geral chega a 30 por 100.000 pessoas, e entre os Guarani e Kaiowá há mais de 60 a cada 100.000 pessoas (GREENME, 2015). Desde 2004, foram aproximadamente 500 casos de suicídio entre este povo, de acordo com dados da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), ligada ao Ministério da Saúde (SESAI, 2013).

A ONG Survival International destaca que:

Profundamente afetados por sua enorme perda de terras, os Guarani do Mato Grosso do Sul sofrem uma onda de suicídio inigualável na América do Sul. Eles também sofrem com altas taxas de encarceramento injusto, exploração no local de trabalho, desnutrição, violência, homicídio e assassinato. (SURVIVAL INTERNATIONAL, 2010, p. 5; tradução própria)

Outro indicador que atesta o grau de vulnerabilidade dos Guarani e Kaiowá é o da mortalidade infantil, pois está relacionado às más condições de saneamento e de atenção básica à saúde. De acordo com Anaya:

A pobreza extrema e uma gama de males sociais (desnutrição e fome em alguns casos) afligem os povos Guarani-Kaiowá e Nhandeva do Mato Grosso do Sul. O estado tem a maior taxa de mortalidade infantil indígena devido às condições precárias de saúde e de acesso à água e à comida, relacionados à falta de terras. (ANAYA, 2009, p. 18)

A Relatora Especial das Nações Unidas, Victoria Tauli-Corpuz, visitou o Brasil de 7 a 17 de março de 2016 e, em sua visita, esteve nas terras de Kurusu Amba, Guaiviry, Taquara e na reserva de Dourados, todas no estado do Mato Grosso do Sul. Em seu Relatório, publicado em 08 de agosto do mesmo ano, a Relatora referiu estar “extremamente alarmada” com a série de ataques ocorridas nas áreas que ela havia recentemente visitado. Tauli-Corpuz referiu, ainda, que ficou igualmente alarmada pelo fato de que, mesmo informadas, as autoridades policiais não compareceram aos acampamentos. Devido a isso, a Relatora instou as autoridades brasileiras a pôr um fim nestes ataques, investigá-los, levar os autores intelectuais e os perpetradores à Justiça, destacando que urge a esta concluir os processos e punir os responsáveis (TAULI-CORPUZ, 2016).

Recentemente, na visita de novembro de 2018 ao Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos esteve no Mato Grosso do Sul em razão das denúncias dos índios a respeito dos ataques de que são vítimas. Em seu relatório preliminar, a CIDH “confirmou a grave situação humanitária enfrentada pelos povos Guarani e Kaiowá, derivada, em grande parte, da violação dos seus direitos do acesso à terra”. Neste mesmo relatório, a Comissão considerou “que a superlotação das reservas e os conflitos resultantes deste tipo de confinamento criam condições que privam o Guarani e Kaiowá de uma vida decente”. Para chegar a es-

sas conclusões, a CIDH visitou a terra indígena Dourados Amambaipé-guá, onde recebeu informações de vítimas do chamado “abate de Caarapó”, no qual Clodioldi de Souza foi morto e seis pessoas ficaram feridas, incluindo uma criança de 12 anos. A CIDH foi informada de que ataques armados das milícias são frequentes e já causaram várias mortes e desaparecimentos”. A Comissão, ainda,

recebeu informação de que os povos indígenas Guarani e Kaiowá vivem em situação de confinamento territorial e restrição do seu modo de vida tradicional, que obriga a que 80% da população, atualmente a segunda maior população indígena do país, a viver em menos de 27 mil hectares reservados há mais de 100 anos. Além disso, a CIDH foi informada sobre os altos níveis de homicídios e suicídios dos membros dos povos indígenas. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH, 2018)

Em estudos publicados anteriormente (BRAGATO; LEIVAS, 2015; BRAGATO; KESTENBAUM, 2016; BRAGATO; NETO, 2017) identificamos que tais situações envolvendo a condição de vida atual e passada dos Guarani e Kaiowá, além de configurar grave violação de seus mais básicos direitos, se encaixam também em diversos indicadores de risco para crimes de atrocidade presentes no *Framework*, alguns dos quais listarei a seguir:

- 1.7 e 1.9. Instabilidade econômica causada pela escassez de recursos ou disputas sobre seu uso ou exploração, pela pobreza aguda, desemprego em massa ou desigualdades horizontais profundas.
- 2.2 Atos passados de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou seu incitamento.
- 2.4 Inação, relutância ou recusa em usar todos os meios possíveis para impedir violações graves planejadas, previsíveis ou em curso.
- 3.1 Estrutura legal nacional que não oferece proteção legal ampla e efetiva.
- 3.2 Instituições nacionais, particularmente judiciárias, policiais e de direitos humanos que carecem de recursos suficientes, representação ou treinamento adequados.

- 4.1 Motivos políticos, particularmente aqueles que visam a obtenção ou consolidação do poder.
- 5.1 Disponibilidade de pessoal e de armas e munições, ou dos recursos financeiros, públicos ou privados, para sua contratação.
- 5.2 Capacidade para transportar e distribuir pessoal e para transportar e distribuir armas e munições.
- 5.6 Presença de atores comerciais ou empresas que possam servir como facilitadores, fornecendo bens, serviços ou outras formas de apoio prático ou técnico que ajudem a sustentar os perpetradores.
- 5.7 Apoio financeiro, político ou outro tipo de atores nacionais ricos ou influentes.
- 7.5 Criação ou aumento do apoio a milícias ou grupos paramilitares.
- 7.7 Expulsão ou recusa em permitir a presença de ONGs, organizações internacionais, mídia ou outros atores relevantes, ou imposição de severas restrições a seus serviços e movimentos.
- 7.14 Aumento da retórica inflamatória, campanhas de propaganda ou discurso de ódio direcionados a grupos, populações ou indivíduos protegidos.
- 8.5 Ataques contra a vida, integridade física, liberdade ou segurança de líderes, indivíduos proeminentes ou membros de grupos opostos.
- 8.7 Atos de incitação ou propaganda de ódio direcionados a determinados grupos ou indivíduos.
- 9.1 Passado ou presente de práticas discriminatórias, segregacionais, restritivas ou excludentes contra grupos protegidos. (UNITED NATIONS, 2014)

Antes de avançar, é preciso alertar que, além desses indicadores de risco, o documento identifica muitos outros que também podem estar presentes na situação dos Guarani e Kaiowá. Porém, como dito acima, o propósito deste ensaio não é analisar aprofundadamente a questão dos Guarani e Kaiowá, em si, o que já fizemos em outras oportunidades, mas investigar, a partir da ilustração deste caso, quais são os fatores centrais por trás dos riscos de atrocidades ou de graves violações de direitos humanos; melhor dito, verificar, a partir desse caso, se existem razões mais fortes que outras capazes de determinar, em geral, o risco e a efetiva ocorrência de atrocidades ou graves violações de direitos humanos. Esta não é uma resposta fácil e pode, inclusive, comportar várias respostas,

dependendo do ponto de vista que se adote. Por isso, para especular em torno dessa questão, partirei de uma perspectiva teórica que não aparece aqui apenas no momento em que a pergunta está posta, para tentar oferecer uma resposta, mas que certamente determinou a própria pergunta e a escolha do caso ilustrativo.

A teoria descolonial ou simplesmente descolonialidade³ é um marco teórico que fornece possibilidades amplas para compreender e lidar com o problema da assimetria de poder que marca as relações sociais, políticas e econômicas no mundo contemporâneo e que se refletem na forma como se produz, se aplica e se efetiva o Direito. Não se trata de analisar o colonialismo simplesmente como um fenômeno da história, mas as marcas deixadas na forma como se exerce o poder.

O marco teórico descolonial traz como proposta uma releitura crítica da modernidade, vista como um fenômeno global cujo lado obscuro é a colonialidade (MIGNOLO, 2011). O colonialismo moderno, nesse sentido, deixa de ser um fenômeno lateral, para se tornar central na compreensão da modernidade e de seus efeitos. Isso porque o colonialismo criou uma divisão entre dois mundos, a divisão centro-periferia. Essa divisão é mais simbólica do que geográfica, sobretudo hoje em dia⁴. Naqueles es-

³ Os teóricos da descolonialidade, unidos em torno do grupo de investigação Modernidade-Colonialidade, têm desenvolvido não apenas uma perspectiva crítico-analítica, mas também uma agenda propositiva que visa a transformação das formas de se produzir e aderir ao conhecimento. Essa transformação seria resultado do próprio giro epistemológico descolonial que, desde o pensamento de fronteira, assume uma atitude de desobediência epistêmica. A ideia de desobediência epistêmica, proposta central do pensamento descolonial, tem a ver com a necessidade de descolonizar o conhecimento e decorre da constatação de que existe uma face oculta e encoberta da modernidade: a colonialidade. O encobrimento desta face oculta tem relação direta com a leitura eurocêntrica da modernidade. Ver: Walter Mignolo (2010).

⁴ Segundo Pablo González-Casanova (2006), ainda que as colônias tenham alcançado a independência, as suas estruturas internacional e interna não perceberam mudanças. Se no âmbito internacional, a estrutura não se alterou com a descolonização, no âmbito interno, isso se dá mediante a manutenção do dualismo “colonizador/colonizado” presente na colônia bem como um tipo igual de relações, corroboradas pelo até então recém-adotado modelo de Estado-Nação. Na visão do sociólogo mexicano, essas novas nações, por conservar o dualismo preexistente no período colonial, reforçando as estruturas de poder, deram causa a um fenômeno intitulado colonialismo interno.

paços onde o colonialismo foi implementado, estruturas sociais tribais, sabedorias milenares, relações harmônicas com a terra e inexistência de sistemas de acumulação foram consideradas práticas inferiores em relação àquelas fundadas no conhecimento tecnocientífico que então se afirmava na Europa ou então fundadas nos preceitos cristãos. Os sistemas culturais dos povos ameríndios foram, desde os primórdios da conquista da América, considerados basicamente irracionais pelos europeus, sejam eles espanhóis, portugueses, ingleses, franceses ou holandeses. Mas não somente os povos ameríndios foram classificados como inferiores, senão os africanos deslocados da África e escravizados na América (FANON, 1968; 2008) e os orientais quando da expansão colonial europeia no século XIX (SAID, 1990).

Aníbal Quijano (2005) observa que no colonialismo as relações sociais e intersubjetivas entre a Europa ocidental e o resto do mundo foram reduzidas a dualismos como oriente/ocidente, primitivo/civilizado, mágico-mítico/científico, tradicional/moderno, não-europeu/europeu. Esses dualismos podem ser resumidos em um: irracional/racional. Por isso, o colonialismo jogou um papel mais que central no jogo de hierarquização dos seres humanos.

De uma aparente abstração perceptível em todos os indivíduos da espécie humana, a racionalidade, para o pensamento ilustrado europeu, tornou-se uma forma específica de se fazer humano e a razão um atributo próprio de alguns indivíduos. Racional é o homem que faz, que tecniciza, que produz, que manipula. Racional é também o tipo de conhecimento que este sujeito é capaz de produzir e que se caracteriza pela sua desvinculação de fontes mítico-religiosas e sua obediência aos métodos da ciência. O que não é ciência ou que não alcança esse *status* epistemológico não é conhecimento. Mas se o que define alguém como um ser humano é a sua racionalidade e se desta deriva um valor incondicional de cada indivíduo, como entender aquilo que aponta Mignolo? Cito Mignolo:

Hay personas en el mundo que por su configuración étnica, el color de su piel, las formas de vida, las lenguas que hablan, las rutinas y rituales que practican, son “humanamente” deficientes con respecto a un ideal de humanidad que surge en el renacimiento europeo (e.g., el hombre vitruviano de Leonardo de

Vinci), y que se consolida en la Europa mediterráneo-atlántica y en Estados Unidos. (MIGNOLO, 2013, p. 44-64)

Especificamente no discurso dos direitos humanos, essa deficiência de humanidade se reflete na forma como se concebe o protótipo do sujeito de direitos: se o humano é o racional e o racional é uma forma específica de ser, pensar e fazer, nem todos os seres humanos são racionais. Logo, há seres mais e menos humanos. De acordo com o filósofo japonês Nishitani Osamu:

As pessoas são “humanas”, desde que se relacionem com o conhecimento subjetivamente, enquanto aqueles que permanecem como objeto desse conhecimento são meros *anthropos*. “*Humanitas*” produz conhecimento e se enriquece com esse conhecimento. *Anthropos*, portanto, designa a posição do objeto que é absorvido no domínio do conhecimento produzido por quem é humano (“*humanitas*”). (OSAMU, 2006, p. 266)

Para a fixação de alguém dentro da categoria do *anthropos*, do irracional, caracterizada pela deficiência de humanidade, Quijano acrescenta a ideia de raça (e posteriormente reconhece também a de gênero). A ideia de raça jogou papel fundamental para esse fim, sendo que na África e na América Latina ela foi a forma de legitimar as relações de poder que se estabeleceram desde então. A inferioridade racial e de gênero foi relacionada à inferioridade racional e socioeconômica (QUIJANO, 2005).

A ideia de que afigura humana encarnada nos colonizados é a antítese do protótipo do sujeito de direitos da modernidade fica explícita nos relatos do início da colonização hispânica na América, em que os povos indígenas recém encontrados eram descritos como primitivos, brutos, infantis, canibais, portanto, privados de racionalidade (TORODOV, 2003; LAS CASAS, 1986). A partir dessa desqualificação, operada por meio da comparação e ranqueamento de diferentes sistemas culturais, tornou-se mais fácil justificar as interdições e a assimilação dos povos originários da América e da Oceania com o objetivo de tomar-lhes as terras e seus recursos naturais; os deslocamentos forçados e a escravização dos africanos para explorar seu trabalho e também seus recursos naturais; e a ocupação e domínio dos territórios asiáticos para exploração econômica.

Durante a modernidade⁵ (e até fins da década de 70 do século XX), praticamente todas as populações e todos os espaços fora da Europa foram suas colônias. Porém, a colonialidade não cessou com o fim do colonialismo: os discursos coloniais que representaram o outro como um degenerado⁶, um ser inferior, continuam funcionando a pleno vapor para manter grande parte da humanidade excluída de sua real capacidade de ser livre.

Aqui entra o conceito de colonialidade do poder de Quijano (2005) para explicar as permanências da lógica colonial do poder na contemporaneidade. Quijano diz que o modelo de poder global hegemônico parte e reforça a classificação social baseada na hierarquia racial e sexual, formando e distribuindo identidades sociais em escala de superioridade e inferioridade: brancos, mestiços, índios, negros. O conceito de raça mantém uma escala de identidades sociais com o branco masculino no topo e as mulheres indígenas e negras nos patamares inferiores. Este padrão de poder tem servido aos interesses tanto da dominação social quanto da exploração do trabalho e recursos sob a hegemonia capitalista.

A ideia de colonialidade do poder de Quijano (2005) explica a gênese da assimetria de poder nas relações sociais articulando raça/gênero e controle do trabalho e dos recursos materiais em prol da acumulação capitalista. Essa assimetria de poder se traduz em muito poder *versus* pouco ou nenhum poder determinado por discursos que graduam a humanidade das pessoas a partir dos grupos aos quais pertencem (voluntária ou involuntariamente). Quem não tem poder, porque não tem pleno reconhecimento, é facilmente violado. Por conta disso, já afirmei em outro estudo (BRAGATO, 2016) que a lógica sistemática e seletiva de violação de direitos humanos é colonial. Afeta aqueles que podem ser inferiorizados,

⁵ Adoto o conceito de modernidade de Enrique Dussel (1993), segundo o qual o mundo moderno surge com a conquista da América em 1492. Ele não surgiu nem com a Revolução Francesa nem com Iluminismo ou com as Revoluções Inglesas, mas muito antes com a conquista da América, que foi a condição de possibilidade da modernidade e do capitalismo.

⁶ Conforme observa Bhabha (2010, p. 111), “O objetivo do discurso colonial é apresentar o colonizado como uma população de tipos degenerados com base na origem racial de modo a justificar a conquista e estabelecer sistemas de administração e instrução”.

destituídos de sua plena humanidade para fins de exploração de seus corpos, de sua força de trabalho, de seus bens e de seus recursos (BRAGATO, 2016).

Voltando ao caso dos Guarani e Kaiowá, no Mato Grosso do Sul: como povos indígenas, eles concebem e estabelecem a sua relação com a terra de forma profundamente diversa daquela que nós, povos ocidentais, estabelecemos. Veem-se como parte dela, não a usam com fins meramente de exploração econômica. A terra é a base física de seus territórios, espaço imprescindível para o desenvolvimento de seu modo de vida (COMISSIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2010). Essa forma de relação dos indígenas com a terra é incompreensível, do ponto de vista epistemológico, e inaceitável, do ponto de vista ético, para os padrões ocidentais que veem nela um recurso econômico a ser explorado para extrair o máximo de riquezas possível. Pela sua relação com a terra e com o mundo, os índios são vistos como irracionais e aí começam os discursos depreciativos⁷.

Logo, o problema de reconhecer as terras aos Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul (e, de resto, aos demais povos indígenas) deixa de ser uma questão meramente jurídica. Mesmo que o Direito (a Constituição Brasileira e direito internacional⁸) reconheça que a ocupação tradicional concede um direito congênito dos povos indígenas as suas terras; mesmo que estabeleça que títulos de propriedade formal de não-indígenas sobre essas terras

⁷ Ironicamente, muitos ou a maioria dos principais centros de biodiversidade do mundo coincidem com as áreas ocupadas ou controladas pelos Povos Indígenas. Os territórios indígenas tradicionais abrangem 22% da superfície terrestre do mundo e coincidem com as áreas que detêm 80% da biodiversidade do planeta. Além disso, a maior diversidade de grupos indígenas coincide com as maiores áreas selvagens de floresta tropical do mundo nas Américas (incluindo a Amazônia), África e Ásia e 11% das terras florestais mundiais são de propriedade legal de povos indígenas e comunidades. Essa convergência de áreas signatárias da biodiversidade e territórios indígenas apresenta uma enorme oportunidade para expandir os esforços para conservar a biodiversidade além dos parques, que tendem a beneficiar da maior parte do financiamento para a conservação da biodiversidade (SOBREVILA, 2008).

⁸ Art. 231, caput e § 1º, da Constituição Brasileira de 1988 (CF/88), art. 26 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, art. 13 e 14 da Convenção nº 169 da OIT e art. XXV, 2, da Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas.

são insubsistentes e nulos; o próprio Direito (Judiciário) cria vários entraves formais para anular os processos de demarcação das terras⁹.

O problema é então ideológico. É um embate entre duas visões de mundo. Uma dominante (sobretudo encarnada nas normas do Direito Civil) e outra marginal e desprestigiada pelo mais convicto e remoto arsenal ideológico da cultura ocidental: o de que direito sobre as coisas só se reconhece a quem – pela sua superior racionalidade – saiba fazer uso racional delas, produzir, extrair, acumular¹⁰. A usurpação das terras e a violência contra as comunidades indígenas se legitima em nome do interesse racional-econômico e qualquer tentativa de restituir o que é dos índios é desmontada por discursos que os desqualificam e os depreciam. Argumentos dessa natureza servem para negar acesso a seus bens, precisamente porque lhes é negado reconhecimento como plenos sujeitos de direitos¹¹.

⁹ Exemplo disso é a tese do marco temporal, que tem sido aplicada em diversas decisões judiciais tomadas pelos Tribunais Regionais Federais que visam a anulação de demarcação de terras, ao argumento da inexistência de presença indígena na área reivindicada em 5 de outubro de 1988. No STF, a aplicação dessa tese para o fim de anular demarcações já realizadas também vem se firmando, o que se verifica em dois recentes casos. Além disso, diversos são os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional visando a retirada ou a flexibilização dos direitos indígenas.

¹⁰ Nos Estados Unidos, havia um entendimento compartilhado entre os colonos, embora essa não tenha sido a política oficial do governo, de que não era moralmente errado tomar as terras dos índios. O argumento dos colonos puritanos deitava suas raízes no livro sagrado do Gênesis, segundo o qual Deus ordena os homens a ocupar, crescer e multiplicar na terra. A terra dos índios era considerada, pela falta de exploração econômica, como terra vazia, sem ocupação legítima (GETCHES; WILKINSON; WILLIAMNS; FLETCHER; CARPENTER, 2017).

¹¹ A leitura que Nancy Fraser faz do problema da justiça sugere que a distribuição de bens e direitos depende de reconhecimento e de paridade na participação política que são negados aos grupos que ela chama de estigmatizados. Falta, a esses grupos estigmatizados, reconhecimento como plenos sujeitos de direitos, o que leva à ausência de participação política e poder no acesso e controle dos bens e dos recursos, incluindo o próprio corpo. Fraser conecta o problema de falta de poder político-econômico ao problema do reconhecimento negado pela estigmatização. Estigmatização conecta-se à ideia dos discursos desumanizantes de que estou falando aqui (FRASER, 2009).

No caso dos Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul, é possível afirmar que o fator determinante para o risco de atrocidades ou, em alguns casos, para as atrocidades já cometidas e para as graves violações de direitos humanos que sofrem, é uma combinação dos interesses econômicos e dos discursos de desumanização que se sustentam mutuamente e que caracterizam manifestações da colonialidade do poder.

O que precisamos questionar agora é a validade dessa inferência para os demais casos: interesses econômicos combinados com discursos desumanizantes podem ser considerados, em geral, fatores determinantes para riscos ou ocorrência de atrocidades ou grave violações de direitos humanos, em geral? Avancemos mais um pouco.

Segundo relatório da Oxfam, de toda a riqueza gerada no mundo em 2017, 82% ficou concentrada nas mãos dos 1% mais ricos, enquanto a metade mais pobre – o equivalente a 3,7 bilhões de pessoas – não ficou com nada (OXFAM, 2018). Algumas empresas transnacionais desfrutam hoje de uma posição central em relação aos governos. Walmart, Apple e Shell são mais ricas que Rússia, Bélgica e Suécia. Das cem (100) maiores “economias” mundiais, sessenta e nove (69) são empresas transnacionais (GLOBAL JUSTICE NOW, 2016). E a proporção vem aumentando de forma abrupta nos últimos anos.

Assumimos que para que tamanho nível de acumulação fosse possível, o discurso liberal-individualista jogou papel fundamental, pois para toda prática bem sucedida há de haver um discurso de legitimação potente. Embora o liberal-individualismo parta de uma abstrata igualdade entre todos os indivíduos, a concepção de liberdade que o define é intrinsecamente ligada à possibilidade de propriedade/apropriação; bom exemplo disso são os históricos artigos 4 e 17 da Declaração Francesa dos direitos do homem e do cidadão¹², documento político que consagra a vi-

¹² Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei; Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

são liberal-individualista. Nesse sistema de liberdade, em que as restrições coletivas ao indivíduo são pouco justificadas e em que a propriedade é um direito sagrado, não são a cooperação e a solidariedade as virtudes centrais, mas a competitividade. Porém, o sistema de acumulação pressupõe uma competição em que qualquer um pode vencer, desde que poucos vençam. Assim, é especialmente funcional um discurso que mantenha grande parte da humanidade excluída de sua real capacidade de ser livre, de competir e de acumular bens. Muitos são simplesmente descartáveis: o(a)s indígenas, o(a)s refugiado(a)s; outros são úteis para a superexploração do seu trabalho: o(a)s negro(a)s, o(a)s latino(a)s e o(a)s asiático(a)s pobres em seus próprios países e fora deles; as mulheres às quais se reserva o lugar doméstico, as funções subalternas ou, então, os salários mais baixos.

Em relação à violação de direitos humanos, especialmente na sua versão de crimes de atrocidade, dificilmente um grupo será alvo se não estiver em disputa ou seus bens ou a possibilidade de superexplorar o seu trabalho e o seu corpo. No caso da disputa por bens, temos como exemplos terras e minérios em terras indígenas ou ribeirinhas, terras de quilombolas, espaços urbanos para exploração imobiliária ocupados por comunidades carentes. No caso da superexploração do trabalho temos como exemplo o trabalho escravo, a servidão, tráfico de pessoas, exploração e escravização sexual (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, (ONU), 2018).

A função dos discursos desumanizantes que se articulam com interesses econômicos expressos na superexploração do trabalho, na apropriação das terras e recursos naturais de determinados grupos e indivíduos é criar condições de seleção e exclusão desses grupos e justificar a privação de seus direitos. E eles não são novos e nem sempre são explícitos. As pessoas, cujos direitos humanos foram historicamente negados, são justamente aquelas que, no discurso ocidental moderno, puderam ser identificados como sub-humanos, o *anthropos*, o irracional (BRAGATO, 2016). Assim, muitas violações maciças de direitos humanos, como é o caso dos crimes de atrocidade, geralmente estão relacionadas a interesses econômicos sobre bens ou sobre a força de trabalho de grupos que não tem pleno reconhecimento porque são alvo de discursos depreciativos ou de-

sumanizantes. Esta é uma possível resposta para a pergunta inicial, desde a perspectiva descolonial.

Adendo – a título de proposição

O desafio para a efetivação da justiça e dos direitos humanos depende de encontrarmos formas de dismantelar estruturas coloniais sustentadas em discursos desumanizantes em forma de racismo, machismo, xenofobia que pressupõem a ideia de superioridade de um grupo sobre outros com base em critérios de raça, gênero e cultura e esvaziam o poder desses grupos, subordinando-os. Estes discursos servem eficazmente aos interesses econômicos que coincidentemente são daqueles reconhecidos como plenos sujeitos de direito por um discurso em que a acumulação é vista como a manifestação mais bem acabada do uso da racionalidade.

No início deste ensaio, eu disse que minha inquietação era não apenas entender por que certas pessoas e grupos são mais vulneráveis que outros à violação de seus direitos humanos, mas também o que fazer diante disso. O referencial descolonial nos dá ferramentas para fazermos o diagnóstico, mas também para propormos formas de romper com as estruturas coloniais e assimétricas de poder. Este texto se dedica a ser muito mais um diagnóstico crítico, mas a título de abertura para futuras reflexões, ousou deixar aqui uma pista para o enfrentamento da colonialidade que envolve proteção judicial e discurso.

Muitas vezes, os sistemas de justiça, responsáveis pela reparação dos danos causados pelos atos de violação de direitos humanos e pela punição desses atos, são, em geral, os que mais sustentam as estruturas coloniais ao reproduzirem discursos que reforçam a posição de subordinação dos grupos estigmatizados e excluídos. E isso, muitas vezes, é contrário ao próprio Direito, fere o direito à igualdade e à não-discriminação, mas é tolerado porque não sabemos identificá-las em razão da naturalização ou da sutileza no emprego de discursos desumanizantes em forma de racismo, machismo, xenofobia, homofobia etc. Um dos exemplos mais claro disso aparece na conclusão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a forma como o Judiciário Brasileiro lida com o crime de

racismo, a partir do caso Simone Andre Diniz contra o Brasil¹³. Outro exemplo é a sentença proferida na ação penal no. 0009887-06.2013.8.26.0114, da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, em que a Juíza de Direito apresentou, como um dos fundamentos para condenar o réu, um homem branco, o seguinte: “Vale anotar que o réu não possui estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido”¹⁴. A afirmação se apresenta como uma espécie de raciocínio lógico segundo o qual seria mais fácil duvidar de um reconhecimento do réu, pela vítima e pelas testemunhas, caso ele tivesse o “estereótipo padrão de bandido”, mas como o réu era branco dificilmente alguém, ao reconhecê-lo, se confundiria, já que o cometimento de crimes por homens brancos, de olhos e cabelos claro, seria, segundo se infere do discurso da magistrada, um evento raro.

Estes são apenas dois de tantos outros exemplos de colonialidade que explica a deficiente proteção judicial dos direitos humanos no Brasil. O que operadores do direito podem fazer a fim de descolonizar o direito

¹³ “84. A Comissão tem conhecimento que o racismo institucional é um obstáculo à aplicabilidade da lei anti-racismo no Brasil. “Da prova testemunhal, passando pelo inquérito na polícia até a decisão do Judiciário, há preconceito contra o negro. Os três níveis são incapazes de reconhecer o racismo contra o negro”. [45]. 85. Segundo informou os petionários, este tratamento desigual que é dado aos crimes raciais no país, seja na fase investigativa, seja na judicial, reflete a distinção com que os funcionários da polícia e da justiça tratam as denúncias de ocorrência de discriminação racial, pois na maioria das vezes em que recebem estas denúncias, alegam a ausência de tipificação do crime e dificuldade em provar a intenção discriminatória toda vez que o perpetrador nega que quis discriminar a vítima, como fatores para não processar a denúncia. 86. Pretende-se também minimizar a atitude do agressor, fazendo parecer que tudo não passou de um mal entendido. Poucos ou raríssimos casos são denunciados, entre estes, a maioria é barrada na delegacia, onde os delegados minimizam a ação do acusado, entendendo como simples brincadeira ou mal entendido. Das denúncias que chegam a virar inquérito, muitas são descaracterizadas como mera injúria.[46]. 87. Essa prática tem como efeito a discriminação indireta na medida em que impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação. Demais disso, tal prática causa um impacto negativo para a população afro-descendente de maneira geral. Foi isso precisamente que ocorreu com Simone André Diniz, quando buscou a tutela judicial para ver sanada a violação de que foi vítima” (CIDH, 2006).

¹⁴ Inteiro teor disponível em: <<https://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

e garantir maior proteção a grupos discriminados? Esta é uma longa discussão e que merece uma agenda própria de pesquisa que envolve saber identificar quando argumentos coloniais, responsáveis pelas violações seletivas de direitos humanos, estão operando por trás das decisões e pareceres dos servidores do sistema de justiça (juízes, promotores, advogados públicos, delegados etc.). Desta agenda, fazem parte, também, estudos que apontem como explicitar e analisar argumentos coloniais, a fim de disputar e qualificar o debate público e os litígios judiciais. Mas, como disse, este adendo era apenas uma pista para um tema a ser desenvolvido nos próximos textos.

Referências

- ANAYA, James (Relator Especial da ONU). *Relatório sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais indígenas*. A/HRC/12/34/Add.2. Décima Segunda Sessão do Conselho de Direitos Humanos. 14 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://unsr.jamesanaya.org>>. Acesso em: 08 fev. 2019.
- BHABHA, Homi. *O local da cultura*. Tradução de Myriam Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.
- BRAGATO, F. F.; KESTENBAUM, J. G. Atrocidades e conflitos territoriais indígenas: Uma análise de risco no caso Guarani-Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul. *Revista Jurídica Consulex*. v. 468, p. 28-39, 2016.
- BRAGATO, Fernanda F. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Quaestio Iuris (Impresso)*. v.9, p. 1806-1823, 2016.
- BRAGATO, Fernanda F.; NETO, Pedro Bigolin. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção/ Indigenous land conflicts in Brazil: between risk and prevention. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, p. 156-195, 2017.
- BRAGATO, Fernanda. F.; LEIVAS, Paulo. G. C. Quadro de Análise da ONU: configurada situação de risco de atrocidade. *Relatório Violências Contra os Povos Indígenas no Brasil*, v. 1, p. 30-33, 2015.

- CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 08 fev 2019.
- COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 2010. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 06 mai. 2019. p. 22.
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2013*. Brasília: CIMI, 2014. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br>>. Acesso em: 08 fev. 2019.
- DUSSEL, Enrique. 1492. O encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77: 11-39, 2009.
- GETCHES; WILKINSON; WILLIAMNS; FLETCHER; CARPENTER. *Cases and materials on Federal Indian law*. 7ª ed. West Academic Publishing, 2017.
- GLOBAL JUSTICE NOW. *10 biggest corporations make more money than most countries in the world combined*. 2016. Disponível em: <<http://www.globaljustice.org.uk>>. Acesso em: 10 jan 2019.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. *Sociología de la explotación*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006).
- GREENME. *Índice de suicídio entre Índios Guarani-Kaiowá é até 12 vezes maior que A média nacional*. 2015. Disponível em: <<https://www.greenme.com.br>>. Acesso em: 08 fev. 2019

- LAS CASAS, Bartolomé De. *Historia de las Indias II*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- MIGNOLO, Walter. *The Darker Side of Western Modernity: Global Futures, Decolonial Options*. Duke University Press, 2011.
- MIGNOLO, Walter. Who speaks for the “Human” in Human Rights? In: BARRETO, José-Manuel (ed.). *Human rights from a Third World Perspective*. Critique, History and International Law. Cambridge Scholars Publishing, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Mais de 40 milhões de pessoas ainda são vítimas de trabalho escravo no mundo*. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 23 maio 2019.
- OSAMU, Nishitani. *Anthropos and Humanitas: Two Western Concepts of “Human Being” – Translation, Biopolitics, Colonial Difference*. ed. Naoki Sakai and Jon Solomon. Hong Kong University Press, Aberdeen, 2006. p. 266. Disponível em: <<https://alfredocesarmelo.files.wordpress.com>>. Acesso em: 04 mai 2019.
- OXFAM. *Super ricos estão ficando com quase toda riqueza às custas de bilhões de pessoas*. 2018. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br>>. em: 23 mai. 2019.
- SAID, Edward. *Orientalismo: O Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- SESAI. *Dados populacionais de 2013 das etnias cadastradas no SIASI por Distrito Sanitário Especial Indígena – DSEI*. 2013. Disponível em: <<http://dw.saude.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- SOBREVILA, Claudia. *The Role of Indigenous Peoples in Biodiversity Conservation: The Natural but Often Forgotten Partners*. Washington, D.C.: THE WORLD BANK, 2008. Disponível em: <<https://siteresources.worldbank.org>>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- SURVIVAL INTERNATIONAL. *Violations of The Rights of The Guarani of Mato Grosso do Sul State, Brazil*, 2010. Disponível em: <<http://assets.survival-international.org>>. Acesso em: 08 fev. 2019.
- TAULI-CORPUZ, Victoria [UN Special Rapporteur]. August 8th, 2016. *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on her*

mission to Brazil. A/HRC/33/42/Add.1. Thirty-third Session of the Human Rights Council. Disponível em: <<https://www.ohchr.org>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2003.

UNITED NATIONS. *Framework of Analysis for Atrocity Crimes: a tool for prevention*. United Nations: 2014. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

UNITED NATIONS. *State of the World's indigenous peoples*. 2nd volume. UN, 2015a. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO E OS LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Gabriel Wedy*

Introdução

No artigo procede-se uma investigação e considerações referentes às perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Posteriormente ocorre a delimitação específica, tendo como pano de fundo o Estado Socioambiental de Direito, das perspectivas subjetiva e objetiva do desenvolvimento sustentável como direito fundamental de terceira dimensão. Desenvolvimento sustentável, outrossim, enquanto dever e direito fundamental, avaliado nos seus quatro pilares essenciais: tutela ambiental, boa governança, desenvolvimento econômico e inclusão social.

Buscam-se elementos, na doutrina nacional e estrangeira, sobre o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Importante que se verifique e teste a suficiência do tradicional conceito de desenvolvimento econômico e de sua harmonia e compatibilidade com os direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado, à vida, à saúde e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando esse cenário dá-se a formulação de um conceito razoável e abrangente de desenvolvimento susten-

* Juiz Federal. Pós-Doutor em Direito. Visiting Scholar pela Columbia Law School (Sabin Center for Climate Change Law). Professor nos Programas de Pós-Graduação e de Graduação em Direito da Unisinos. Professor de Direito Ambiental na Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe-RS). Diretor de Assuntos Internacionais do Instituto O Direito por um Planeta Verde. Ex-Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe). Ex-Presidente da Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul (Ajufergs-Esmafe). Autor, entre outros, do livro Desenvolvimento Sustentável na Era das Mudanças Climáticas: um direito fundamental e de diversos artigos publicados em revistas especializadas no Brasil e no exterior.

tável enquanto direito fundamental, sem ignorarem-se as perspectivas, os fundamentos e as críticas, doutrinárias e jurisprudenciais, acerca do palpitante tema que é causador de controvérsias e polêmicas na academia e nos Tribunais.

Perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado, pelo Constituinte Originário, como fundamento do Estado Socioambiental Democrático de Direito (art. 1º, inc. III). Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 dispõe, em seu art. I: “A dignidade da pessoa humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal”. Desse princípio emana o discurso na defesa e na construção de uma variada gama de direitos fundamentais escritos e não escritos. A Constituição Cidadã de 1988, além de garantir os direitos fundamentais, outorgou a eles eficácia vinculante e imediata, nos termos do art. 5º, § 1º.

Existe uma notável tradição, na maioria dos países democráticos, de que a fonte dos direitos fundamentais está expressa na própria Constituição. Exemplos de tal fato são os textos da Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição portuguesa (1976) e a Constituição espanhola (1978). Para Ackerman, contudo, a fonte dos direitos fundamentais estaria diretamente no povo (ACKERMAN, 1993, p. 15). Inobstante, parece indubitável que os direitos fundamentais encontram guarida na força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 22), viabilizada pela interpretação, ainda mais considerando o sistema constitucional brasileiro.

Distinguem-se os direitos fundamentais entre direitos de defesa e direitos sociais prestacionais. Os direitos de defesa visam limitar o poder do Estado para que os direitos fundamentais dos indivíduos não sejam violados. Já os direitos sociais, enquanto direitos prestacionais, exigem uma posição ativa do Estado, na esfera econômica e social, no sentido da sua concretização. Como refere Sarlet:

(...) enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais

têm por objeto precípua conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. (SARLET, 2007, p. 289)

A tendência contemporânea é “distinguir duas funções ou dimensões centrais dos direitos fundamentais que não devem ser confundidas com as categorias de direitos fundamentais. Trata-se das funções subjetiva (ou função clássica) e objetiva” (DIMOULIS; MARTINS; 2007.p.117). Direitos fundamentais podem ser considerados, então, sob uma perspectiva objetiva e, também, subjetiva. São subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (LEITE, 2012, p. 221).

Dentro de uma perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de fazer valer os seus interesses em face do Estado, pessoas físicas e jurídicas. Como refere Mendes, por outro lado:

(...) na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto a que outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 1999, p. 36)

Direitos fundamentais são direitos de defesa que protegem algumas posições subjetivas contra a intervenção estatal ao não impedirem a prática de alguns atos e por não acabarem com posições jurídicas ou não imiscuïrem-se em situações subjetivas. O poder público fica vinculado a uma competência negativa fixada pelos direitos fundamentais. Cabe ao Estado observar o núcleo essencial, em especial de liberdade, dos direitos fundamentais. De outra banda, existem normas que preveem prestações positivas que podem ser fáticas ou normativas.

O Estado, dentro do sistema constitucional brasileiro, passou a intervir na economia com a criação de pressupostos materiais, objetivando garantir não apenas a igualdade, mas também a liberdade. São exemplos de tais intervenções o ensino gratuito, o seguro social contra o desemprego, a garantia da promoção da saúde pública, entre outras medidas características do *Welfare State*. Isto, contudo, não basta, mister é a defesa dos direitos fundamentais de terceira geração, ou de novíssima dimensão,

como o direito fundamental à tutela ambiental e o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

Direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na sua perspectiva objetiva

A concepção objetiva do desenvolvimento, em sentido estrito, quebra com a sua configuração clássica de categorias rígidas fixadas, quanto aos seus titulares, e pode ser considerada como a busca de uma utopia ou situação ideal, de resto, conformada pela Constituição como desejável. Insere-se, a perspectiva objetiva “no contexto de transformação da realidade” (RISTER, 2007, p. 222).

Embasado em conceituações no âmbito das Nações Unidas, o direito ao desenvolvimento ultrapassa a tutela de direitos coletivos e individuais (VASAK, 1977.p. 5). É fundamental compreendê-lo “do ponto de vista jurídico, nesse contexto de pós-modernidade, tendo em vista tratar-se de uma formulação relativamente recente, aparentemente não amoldável aos conceitos tradicionalmente categorizados até então” (BONAVIDES, 2008, p. 82).

Defende-se o direito ao desenvolvimento sustentável, para além do proposto por Vasak, como pressuposto da expansão das liberdades do indivíduo, mas não da liberdade para o aumento das riquezas que causam a concentração de rendas alcançadas à custa da degradação ambiental e da espoliação dos recursos renováveis e não renováveis. O desenvolvimento sustentável deve permitir o desenvolvimento humano nos campos: da educação; da saúde; do pleno emprego; da renda adequada (mínimo social) e bem distribuída; das liberdades políticas, civis; e da exclusão de toda e qualquer forma de discriminação inconstitucional. Deve permitir o crescimento econômico, sem o esgotamento do meio ambiente atual, para permitir que o princípio da dignidade da pessoa humana oriente as gerações atuais e futuras, de modo harmônico e não excludente. A utilização ponderada dos recursos naturais deve ser realizada para atender às necessidades dos homens, sem excluir o respeito aos outros seres vivos, dentro do conceito de desenvolvimento sustentável descrito. Há que se considerar os conceitos de antropocentrismo alargado, ecocentrismo e de justiça ambiental para que se possa sustentar um conceito de desenvolvimento sustentável.

vel, ética e moralmente defensável, que também seja universalizável. Um equivocado conceito de desenvolvimento sustentável não pode servir como argumento para impedir o crescimento econômico e novas descobertas científicas relevantes. Daí se parte para a análise da perspectiva objetiva do direito ao desenvolvimento sustentável.

Direito ao desenvolvimento sustentável, em sua perspectiva objetiva, pode enquadrar-se como um direito difuso e mutável. Direitos difusos possuem o conteúdo fluído como, por exemplo, a qualidade de vida. São direitos caracterizados pela indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, de duração efêmera e contingencial. Estão espalhados pela sociedade em todas as classes econômicas indefinidamente. Encontram-se soltos, fluídos e desagregados. Essa posição não afasta direitos individuais e coletivos ao desenvolvimento sustentável que possam ser sustentados com base no texto constitucional e amparados por suporte fático que os justifique.

Vários aparentes conflitos envolvem o desenvolvimento e outros valores constitucionais relevantes, em especial: meio ambiente *v.* desenvolvimento; equilíbrio orçamentário *v.* desenvolvimento; emprego *v.* desenvolvimento; direito à saúde *v.* desenvolvimento; pesquisa científica *v.* desenvolvimento; preservação do patrimônio histórico e cultural *v.* desenvolvimento; previdência *v.* desenvolvimento; educação *v.* desenvolvimento, entre outros. É claro que são conflitos aparentes e pontuais, pois todos os valores contrapostos devem ser articulados com o desenvolvimento em sentido amplo, sob uma perspectiva objetiva, sempre de modo sustentável, olhando além do presente, também para os direitos das futuras gerações.

A doutrina que envolve explicações sobre os clássicos conflitos, tipo *Tício versus Caio*, são insuficientes para explicar a ponderação de valores e direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva. É nítida a característica difusa do direito ao desenvolvimento sustentável (RISTER, 2007, p. 232). Resposta a tais valores e direitos conflitantes, ou supostamente conflitantes, pode ser dada com o conceito de desenvolvimento sustentável aqui defendido. Nessa perspectiva, o respeito ao homem e às suas necessidades, ao ambiente e a todos os seres vivos deve-se a máxima eleita para o desenvolvimento, o qual deve adotar a economia verde, com baixa

emissão de carbono, embasada em fontes renováveis de energia preponderantemente limpa.

Existem outras problemáticas, todavia, nessa construção. A característica de mutabilidade e efemeridade do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na sua perspectiva objetiva reflete-se também na alteração de planos estatais que necessariamente precisam ser modificados por motivos políticos, econômicos ou sociais. Um plano governamental de compra de safra agrícola do produtor, por exemplo, pode ser alterado por uma seca, por uma crise econômica mundial, por uma fome coletiva ou, até, pela alternância de poder, quando o novo governo entende por alterar a política de incentivos e subsídios ao produtor rural.

A perspectiva objetiva do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, por sua vez, é uma norma de existência recíproca e harmônica. Em seu conceito, estão nitidamente englobados o desenvolvimento humano, social, econômico e o respeito ao meio ambiente. É o direito no sentido objetivo. A perspectiva objetiva do direito ao desenvolvimento sustentável afirma valores que incidem sobre todo o sistema jurídico e são um comando vinculativo aos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

O significado do direito ao desenvolvimento sustentável nessa perspectiva (objetiva), guiada pelo interesse público, é relevante para toda a comunidade, e não apenas para os indivíduos. A norma expande efeitos por si mesma, não se tratando de uma faculdade de agir, como na perspectiva subjetiva. Direitos fundamentais, na perspectiva objetiva, são exercidos no âmbito da sociedade sob a égide da ordem social.

O direito ao meio ambiente equilibrado (pressuposto do desenvolvimento sustentável), dentro de uma perspectiva objetiva, advém do art. 225 da Constituição Federal. Nele está inserto o valor de toda a comunidade juridicamente organizada. É o resultado do processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais no próprio estilo *hegeliano*. Bem ambiental possui natureza difusa e transindividual, mas pode ser defendido individualmente. É de todo o indivíduo o direito ao meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável. Sob esse prisma, a perspectiva objetiva do direito ao desenvolvimento sustentável não afasta a sua perspectiva subjetiva. Em sede de ação popular, apenas como exemplo, pode

o indivíduo defender o meio ambiente. Não fosse esse motivo, é inquestionável que danos causados ao meio ambiente podem atingir, e quase sempre atingem, direitos coletivos e especialmente individuais.

De outro lado, a jurisprudência na Alemanha manifestou-se de modo consoante à terceira característica da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais anteriormente narrada, qual seja o dever estatal de forçar o respeito aos direitos fundamentais com a exigência de omissão de condutas violadoras praticadas por particulares. Assim, o “desenvolvimento tecnológico cria perigos muitas vezes desconhecidos e riscos frequentemente incontroláveis para uma série de direitos fundamentais (vida, saúde, equilíbrio ambiental etc.)”, como nos casos do “desenvolvimento da energia atômica e da tecnologia eletromagnética”. Nesses casos, “o dever de tutela corresponde a um dever de garantia da segurança – *v.g.* no caso da defesa da vida – ou ao dever geral de prevenção de riscos [como no caso da prevenção contra riscos do uso da energia atômica]” (DIMOULIS; MARTINS; 2007, p. 123). O conceito de direito fundamental ao desenvolvimento sustentável aqui proposto é um meio de responder a esse somatório de riscos e gerenciá-los. Exige, entretanto, transparência, participação democrática, acurada análise científica, sem desprestigiar uma abordagem holística.

No Brasil, por exemplo, ocorreu rumoroso caso envolvendo decisão da justiça federal que determinou a demolição de hotel construído em área de promontório e terreno da Marinha, no Município de Porto Belo, em Santa Catarina. Os argumentos da presença de pretensão de direito fundamental à propriedade privada e ao desenvolvimento econômico, invocados pelo proprietário do hotel e pelo Município, não foram acolhidos pelo Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região no sentido de, no caso concreto, mandar demolir a construção irregular do hotel de três pavimentos com 32 apartamentos. Prevaleceu, no caso, o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável em seu aspecto predominantemente objetivo. A perspectiva subjetiva *in casu* não pode ser ignorada, todavia, visto que foi o Ministério Público, na defesa de direito fundamental de terceira geração (meio ambiente equilibrado e desenvolvimento sustentável), que propôs a referida ação civil pública relatada, em grau de Recur-

so Especial, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo Ministro Herman Benjamin (BRASIL, 2011).

O limite objetivo de proteção ao direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, que tutela o meio ambiente contra violações desproporcionais, prevaleceu sobre pretensos direitos subjetivos da municipalidade e do dono do hotel, que invocavam o aspecto econômico do desenvolvimento. O direito subjetivo privado de proteção à propriedade privada, ao desenvolvimento econômico ou à livre empresa não prevalecem ou anulam o direito ao desenvolvimento sustentável, amparado na proteção do meio ambiente, na governança e na justiça social.

A dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é protegida como instituição. Embora a proteção do ambiente esteja vinculada ao interesse humano, ela se dá de forma autônoma, ou seja, sem que confira ao indivíduo um direito subjetivo ao ambiente de maneira exclusiva (LEITE, 2012, p. 232). Desenvolvimento insustentável ambientalmente, portanto, não é desenvolvimento e, tampouco, recebe proteção do texto constitucional.

O meio ambiente é um valor tutelado constitucionalmente de modo autônomo, sendo firme obstáculo e limite, observado o princípio da proporcionalidade, aos direitos subjetivos. A dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é independente de sua perspectiva subjetiva ou de posições jurídicas individuais.

Emanam do art. 225 da CF/88 deveres *erga omnes* fundamentais de proteção ambiental. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável convive ao lado de outros direitos fundamentais relevantes, como os direitos à liberdade, à igualdade, à educação e à saúde. Não se trata de direito apenas individual, mas de cunho social e fraternal. É de aplicação imediata (art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal) e constitui-se em uma cláusula pétrea sensível, inatingível pelo retrocesso, como previsto no art. 60, § 4º, da CF/88. Premissas de desenvolvimento econômico não podem vulnerabilizar o núcleo essencial do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável; nesse sentido, devem ser respeitados os princípios da vedação do retrocesso e da dignidade da pessoa humana.

Na sua perspectiva objetiva, o direito ao desenvolvimento projeta-se horizontalmente. Pessoas físicas ou jurídicas de direito privado podem ocupar o polo passivo da relação jurídica adjacente do direito ao desenvolvimento sustentável. São obrigadas, “tal qual o Estado e Organizações Internacionais, como sujeitos passivos do direito ao desenvolvimento” (ANJOS FILHO, 2013, p. 235), importante acrescentar, *sustentável*. É factível que esses entes ocupem posições ativas e passivas no que tange aos direitos humanos e fundamentais.

Direito ao meio ambiente equilibrado tem como sujeito ativo a presente geração, mas todos – o que inclui a geração atual – têm obrigações ambientais para com as futuras gerações, estabelecendo-se uma relação de equidade intergeracional que se insere na ideia de desenvolvimento sustentável (ANJOS FILHO, 2013, p. 228).

O crescimento econômico de um país que concentra renda e causa fome e miséria viola o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. O progresso econômico calcado na desigualdade de distribuição de rendas e riquezas, que impede o acesso à saúde e à educação de qualidade à maioria da população, é de todo incompatível com o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Uma previdência social mal gerenciada, um governo corrupto e uma administração que gasta desnecessariamente com políticas públicas populistas, eleitoreiras e ineficientes são modelos não conciliáveis com o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Pretensões subjetivas injustas não anulam a perspectiva objetiva do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

Direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na sua perspectiva subjetiva

O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável apresenta uma perspectiva subjetiva e pode ser invocado por seus titulares. Como assevera Rister, “a par do desenvolvimento meramente objetivo, como um conjunto de metas utópicas, coexiste uma faceta do desenvolvimento que não se pode menoscar, que consiste no desenvolvimento em sua acepção subjetiva” (RISTER, 2007, p. 237).

Pretensão direito ao desenvolvimento, na sua perspectiva subjetiva, quando invocado como direito individual e coletivo, pode colidir com o interesse geral. Na perspectiva subjetiva, o direito ao desenvolvimento não se dá de modo harmônico, visto que o indivíduo – ou o conjunto de pessoas que busca o referido direito – pode prejudicar, em tese, outros indivíduos, as coletividades e até mesmo violar direitos individuais homogêneos (perspectiva objetiva do direito ao desenvolvimento sustentável). Aí deve sempre se ter presente o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Desenvolvimento, na sua perspectiva subjetiva, pode ser perseguido pelo autointeresse de modo utilitário, e não altruísta ou cooperativo. Parece ser inevitável a sua colisão, na perspectiva subjetiva, com os interesses da coletividade. Destarte, o desenvolvimento deve sempre ser sustentável, sob pena de não se legitimar e tampouco poder ser invocado por estar em desacordo com o sistema constitucional pátrio.

A Declaração e Programa de Ação de Viena – ONU (A/CONF. 157/123, de 12.07.1993) inseriu os Estados como sujeitos passivos do direito ao desenvolvimento. Cabe aos Estados, nos termos da declaração, cooperar com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar os obstáculos que o impeçam, mediante políticas eficazes para o desenvolvimento nacional. Não há, portanto, interesse ‘pessoal do Estado’ no que tange ao desenvolvimento. Tampouco se verifica uma soma de interesses individuais, eis que tal soma não se confunde com o interesse do grupo. Assim, constata-se, em relação à aceção de desenvolvimento subjetivo formulada, a existência de um interesse coletivo como síntese ou amálgama dos interesses individuais, surgindo algo novo, que não existia antes (RISTER, 2007, p. 237).

Estados podem almejar o direito ao desenvolvimento, desde que sustentável, no plano internacional. Uma nação que sofre embargo econômico pode ser sujeito ativo do direito ao desenvolvimento sustentável no âmbito global. Nada impedirá, nesse caso, que os países embargantes e a ONU, esta por omissão, possam ser responsabilizados por impedirem o desenvolvimento sustentável da nação lesada por um embargo econômico ou, até mesmo, por intervenção militar não autorizada. No mesmo

sentido, países podem sofrer danos ambientais transfronteiriços e decorrentes das emissões de gases de efeito estufa emitidos por outras nações.

Estados e organizações internacionais estão inseridos na comunidade internacional e são compostos por pessoas que possuem direitos fundamentais e humanos tutelados por Constituições, Tratados e Convenções Internacionais. Logo, parece lógico que os Estados possuam direito subjetivo ao direito ao desenvolvimento sustentável no âmbito do direito internacional, mesmo que não seja considerado um direito fundamental do Estado. O direito ao desenvolvimento sustentável pode ser invocado contra outras nações, organismos internacionais e pessoas jurídicas que causem danos ao meio ambiente e à saúde pública ou violem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na sua plenitude

A preocupação com o desenvolvimento sustentável vem de longe. A deterioração ambiental foi o principal foco do chamado *Clube de Roma*, na década de 1970. O grupo, liderado por Dennis Meadows, elaborou um documento de impacto na comunidade internacional chamado *Os limites do crescimento*. Em síntese, a conclusão do documento é de que a taxa de crescimento demográfico, os padrões de consumo e a atividade industrial eram incompatíveis com os recursos naturais. A solução para esse impasse seria a estabilização econômica, populacional e ecológica. O texto gerou grande polêmica e foi atacado pelos setores defensores do desenvolvimento econômico tradicional. Todavia, foi defendido por ambientalistas no sentido da busca de um desenvolvimento sustentável e compatível com a proteção do meio ambiente (SOUZA, 2011, p. 142).

Os sociólogos Dunlap e Liere, por sua vez, realizaram importante estudo em que fizeram constar uma visão global emergente, à qual eles chamaram de novo paradigma ambiental (*New Environmental Paradigm – NEP*). Os elementos mais importantes desse novo paradigma ambiental foram o reconhecimento dos limites do crescimento, a preservação do equilíbrio da natureza e a rejeição da noção antropocêntrica de que a natureza existe apenas para o uso humano. A esses elementos, acrescentaram em posterior estudo mais dois: a rejeição do excepcionalismo (no sentido de que os homens não são sujeitos a restrições naturais) e o po-

tencial para mudanças ambientais catastróficas ou ecocrises (DUNLAP; LIERE, 1978, p. 18).

A Declaração da Assembleia Geral da ONU (1986) deixou claro que todos os indivíduos possuem o direito a desenvolverem-se (direito ao desenvolvimento humano) e à justa distribuição dos benefícios do desenvolvimento. Estão presentes na referida Declaração as perspectivas subjetiva e objetiva do direito ao desenvolvimento. O homem fica no epicentro do direito ao desenvolvimento enquanto seu maior beneficiário.

O conceito de direito ao desenvolvimento sustentável restou moldado conjuntamente, entretanto, pela Declaração de Estocolmo (1972), pela Estratégia Mundial de Conservação (1980), pela Carta Mundial da Natureza (1982) e, finalmente, pelo Relatório Brundtland (1987), em torno do conceito de sustentabilidade (BOSELNANN, 2008, p. 40).

A Comissão Brundtland divulgou relatório denominado *Nosso Futuro Comum* e conceituou a base do desenvolvimento sustentável como sendo "(...) a capacidade de satisfazer as necessidades do presente, sem comprometer os estoques ambientais para as futuras gerações". Daí extraem-se dois elementos éticos que são essenciais para a ideia de desenvolvimento sustentável: preocupação para com as necessidades das gerações atuais (justiça ou equidade intrageracional) e preocupação para com as necessidades das gerações futuras (justiça ou equidade intergeracional) (BOSELNANN, 2008, p. 99).

Bosselmann defende um terceiro elemento ético a ser agregado aos dois primeiros, que seria a preocupação com o mundo natural não humano, isto é, justiça ou igualdade entre as espécies (BOSELNANN, 2008, p. 99). Observa-se, aí, uma perspectiva para além do antropocentrismo e semelhante ao ecocentrismo (THOREAU, 2010, p. 657). Tal visão aproxima a justiça ecológica do mundo não humano. A Nova Zelândia, por exemplo, apresenta uma das legislações ambientais mais avançadas do mundo em matéria de desenvolvimento sustentável, com uma abordagem ecocêntrica, fornecendo definições holísticas de meio ambiente (GRUNDY, 1997, p. 119).

Novos códigos ambientais gerais informados e vinculados ao desenvolvimento sustentável podem ser observados na Holanda, na Escan-

dinávia, na Alemanha e na Austrália. Novas molduras para a sustentabilidade foram criadas por países europeus na forma de Planos Verdes (Holanda, Suécia e França) e como Estratégias Nacionais (Reino Unido, Alemanha, entre outros). Estratégias similares foram adotadas no Canadá, nos Estados Unidos e na Austrália (BOSELNANN, 2008, p. 107).

No Brasil, existem referências ao desenvolvimento no Preâmbulo e nos artigos 3º, 170 e 225 da Constituição Federal de 1988. Direito ao desenvolvimento, em sentido estrito, segundo parte da doutrina, com a qual se discorda pela ausência do elemento sustentabilidade, seria um direito fundamental que integraria o ordenamento jurídico brasileiro. Encontraria lastro no § 2º do art. 5º da Constituição brasileira, segundo o qual os direitos e as garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil faça parte (ANJOS FILHO, 2013, p. 268).

O art. 3º prevê o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República. Esse dispositivo contém princípios constitucionais que vinculam, obrigatoriamente, todos os Poderes, órgãos e agentes estatais. Grau refere “o princípio do desenvolvimento (em sentido estrito) como um princípio constitucional impositivo ou diretriz com caráter constitucionalmente conformador” (GRAU, 1998, p. 238).

Os objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 são pressupostos para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. As políticas estatais de desenvolvimento devem ser norteadas para: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e a garantia do desenvolvimento nacional (ANJOS FILHO, 2013, p. 272). Esse norte é balizador para o desenvolvimento sustentável.

O conceito de desenvolvimento sustentável, aqui proposto, está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. O direito ao desenvolvimento sustentável pressupõe, evidentemente, o direito

ao desenvolvimento do ser humano em toda a sua plenitude, respeitando o meio ambiente como valor constitucionalmente tutelado.

A principal questão referente ao desenvolvimento sustentável é sobre como a sustentabilidade ecológica está relacionada ao meio ambiente e à justiça social. Está presente a preocupação com o desenvolvimento humano das pessoas que vivem hoje (equidade intrageracional) e que viverão no futuro (equidade intergeracional). Deve haver um equilíbrio essencial nesse ponto. Não se pode pretender um desenvolvimento sustentável pensando nas gerações futuras e abandonando às presentes, bem como não se pode cometer a irresponsabilidade de satisfazer as necessidades atuais da humanidade esquecendo-se das gerações futuras.

Bosselmann, em tom crítico, afirma que o debate acerca da sustentabilidade tem negligenciado, desde o *Relatório de Brundtland*, essas relações. Referida discussão não chama para um balanceamento entre as necessidades das pessoas hoje e as necessidades das pessoas que viverão no futuro, nem um balanceamento entre necessidades econômicas, sociais e ambientais (BOSELMMANN, 2008, p. 11). A noção de desenvolvimento sustentável necessita avançar para uma sustentabilidade ecológica que pretenda garantir as necessidades das pessoas que vivem hoje e que viverão amanhã. O conceito de direito fundamental ao desenvolvimento sustentável providencia um conteúdo a ser tutelado nas perspectivas subjetiva e objetiva e oferece uma finalidade a ser trilhada com base no equilíbrio de quatro pilares: desenvolvimento econômico, desenvolvimento humano (inclusão social), proteção do meio ambiente e governança.

O conceito de desenvolvimento sustentável pode ser fortalecido pelo Direito. A qualidade legal do “conceito de desenvolvimento sustentável está fixada no núcleo da ideia que está sendo realizada” (BOSELMMANN, 2008, p. 11). É uma característica do desenvolvimento sustentável a busca pela integração de arranjos políticos, institucionais e jurídicos. O conceito de desenvolvimento sustentável é reconhecido, hoje, como princípio de direito internacional que está ligado ao princípio da sustentabilidade. Sem o princípio da sustentabilidade, não existe o desenvolvimento sustentável, que demanda a total integração entre objetivos econômicos, sociais, ambientais e de governança.

Situa-se o desenvolvimento sustentável como princípio legal (TLADI, 1997, p. 112), presente a clássica separação de Dworkin entre os princípios e as políticas, no sentido de que os argumentos de princípios são argumentos externados com a intenção de estabelecer direitos individuais. Argumentos de política são argumentos com a intenção de estabelecer proposições que descrevem objetivos (DWORKIN, 1977, p. 90). Embora o princípio do desenvolvimento sustentável exista no cenário internacional, é indiscutível que – em virtude do estado rudimentar do direito ambiental internacional e de sua crise de eficácia – não existe um direito internacional ao desenvolvimento sustentável como um corpo coerente de normas. O que há é uma legislação esparsa, acompanhada de uma série de precedentes que o delimitam.

Em uma sociedade global, que habita um planeta de recursos naturais finitos (renováveis e não renováveis e de exploração indiscriminada), outrossim, com crescimento populacional não planejado e desordenado, torna-se impossível abordar o desenvolvimento em qualquer de suas dimensões – humana (inclusão social), econômica e política (boa governança) – sem colocar a tutela do meio ambiente como pauta permanente e integrada ao processo de tomada de decisões, ainda mais em tempos de mudanças climáticas.

Desenvolvimento sustentável apenas funciona, como princípio, à medida que incorpora a ideia de sustentabilidade ecológica. Dentro de uma visão holística, pode-se referir que o conceito de desenvolvimento sustentável é igual ao desenvolvimento ambientalmente responsável e socialmente não excludente (BOSELNANN, 2008, p. 53). Organizações não governamentais, nesse sentido, têm adotado a *Carta da Terra* como defesa de uma visão ecocentrista que possa superar o antropocentrismo, fixada pela Rio 92, e colocar um maior enfoque na questão ambiental em consideração aos direitos dos seres vivos e da natureza como um todo.

Na Carta da Terra, encontram-se valores para um futuro sustentável, notadamente em seu princípio 1º, que defende o respeito à terra e à vida em toda a sua diversidade. Tal princípio é o núcleo da justiça ecológica quando reconhece que todos os seres são interdependentes e todas as formas de vida têm valor independentemente dos seres humanos.

Os primeiros princípios, 1º a 4º, tratam do cuidado para com a comunidade da vida. Os princípios 5º a 8º são relacionados à integridade ecológica e descrevem a justiça interespecies, que tem faltado na construção do discurso do desenvolvimento sustentável. Nos princípios 9º a 12º, é abordada a justiça social e econômica. Os princípios 13º a 16º referem-se à democracia, à não violência e à paz. Enfocam, todos eles, a justiça nas perspectivas intrageracional e intergeracional.

Canotilho, com outro enfoque, divide o desenvolvimento do Estado de Direito democrático e ambiental em três aspectos distintos: a responsabilidade de longa duração, o princípio da solidariedade entre gerações e o princípio do risco ambiental proporcional (CANOTILHO, 2012, p. 81). O princípio da responsabilidade de longa duração tornou-se evidente após a Conferência Rio 92, embasado no princípio do desenvolvimento sustentável. Dentro de um prisma jurídico e constitucional, o princípio nada mais é do que a obrigatoriedade de o Estado adotar medidas de proteção ordenadas à garantia da sobrevivência da espécie humana e da existência digna das futuras gerações. Por esse prisma, medidas de prevenção devem ser adotadas no sentido de impedir, limitar ou neutralizar as causas de danos ao meio ambiente, cuja irreversibilidade gera danos.

Seja sob uma perspectiva antropocêntrica (sobrevivência digna da vida humana), seja sob a ótica ecocêntrica (sobrevivência de todas as formas de vida centradas no equilíbrio e na estabilidade dos ecossistemas naturais ou transformados), a responsabilidade de longa duração pressupõe a adoção pelo Estado de medidas de proteção eficientes e o respeito ao princípio de nível de proteção elevado no que concerne à defesa do meio ambiente. Tal princípio serve de parâmetro no ordenamento jurídico da União Europeia não apenas para a tutela do meio ambiente, mas para a proteção da saúde e do emprego.

O princípio da solidariedade entre gerações está expresso, por exemplo, na Constituição de Portugal. O significado básico do princípio é obrigar as gerações presentes a incluir como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras. Referido princípio pressupõe, como ponto de partida, a efetivação do princípio da precaução, o qual impõe antecipadamente medidas preventivas e justifica a aplicação de

outros princípios, como o da responsabilização e o da utilização das melhores tecnologias disponíveis (CANOTILHO, 2012, p. 30). Interesses das presentes e das futuras gerações tornam-se evidentes em três campos problemáticos:

1. o campo das alterações irreversíveis dos ecossistemas terrestres em consequência dos efeitos cumulativos das atividades humanas (quer no plano espacial, quer no plano temporal);

2. o campo do esgotamento dos recursos, derivado de um aproveitamento não racional e da indiferença relativamente à capacidade de renovação e da estabilidade ecológica;

3. o campo dos riscos duradouros (CANOTILHO, 2012, p. 30).

O princípio do risco ambiental proporcional, por sua vez, deve estar próximo da fixação normativa de valores limite com três princípios jurídico-constitucionais: o princípio da proporcionalidade dos riscos, o princípio da proteção dinâmica do meio ambiente e o princípio da obrigatoriedade da precaução. Para Canotilho, o primeiro deles, referente à proporcionalidade dos riscos, poderia ser assim formulado: "(...) a probabilidade da ocorrência de acontecimentos ou resultados danosos é tanto mais real quanto mais graves forem as espécies de danos e os resultados danosos que estão em jogo" (CANOTILHO, 2012, p. 32).

O princípio da proteção dinâmica do direito ao ambiente (e de todos direitos fundamentais) ocorre segundo a evolução e o progresso dos conhecimentos da técnica e da segurança. Somente seriam aceitáveis, sob uma visão constitucional, os riscos de agressão ao meio ambiente (ou a outro direito fundamental) que não pudessem ser previstos consoante os critérios de segurança probabilística atuais.

O terceiro princípio é o da obrigatoriedade da precaução. A falta de certeza científica não exime o Estado do dever de adotar medidas de proteção ambiental e ecológica, reforçando os níveis de precaução e prevenção contra danos ambientais. Esse princípio vige tendo-se presente que é impossível atingir "o risco zero" em matéria ambiental. Nesse cenário, ignorâncias tecnológicas e *slogans* políticos dão origem a regras densificadoras das ciências incertas. São exemplos de tais regras densificadoras, como novos modelos probatórios, a inversão do ônus da prova,

as conferências de consenso e os *standards* de fiabilidade probatória (CANOTILHO, 2012, p. 23). O princípio da precaução vai além da proteção ambiental e pode proteger direitos fundamentais como à saúde e à vida. Para se evitar danos à saúde pública, o Estado pode impedir que se comercializem, por exemplo, medicamentos e alimentos que coloquem em risco a saúde e a vida humanas.

O princípio do desenvolvimento sustentável, é importante destacar, foi citado pela Corte Internacional de Justiça, no ano de 1997, como fundamento para resolver o célebre caso *Gabcikovo-Nagymaros* (Hungria x Eslováquia). O caso envolveu a construção de uma barragem sobre o Rio Danúbio, acordada mediante um Tratado de 1977. A obra visava, entre outros objetivos, à produção de energia hidrelétrica e à melhoria da navegação na região.

Segundo a Hungria, que interrompeu parte da obra na localidade de Nagymaros, a construção causou grandes e irreversíveis impactos ambientais e danos materiais aos moradores da região. A Corte, nas palavras do Juiz Weeramantry, entendeu que o princípio do desenvolvimento sustentável “tinha valor normativo” e que “a correta formulação do direito ao desenvolvimento não é um direito que existe em sentido absoluto, mas é relacionado sempre ao respeito ao meio ambiente” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1998). O órgão julgador reconheceu que a Hungria não poderia ter interrompido unilateralmente o cumprimento do Tratado firmado; por outro lado, porém, entendeu que ambas as partes deveriam negociar de boa-fé o seu cumprimento de acordo com os princípios do *Direito Internacional do Meio Ambiente* e do *Direito dos Cursos das Águas Internacionais*. Esteve presente nessa decisão, o princípio do desenvolvimento sustentável no sentido da busca do equilíbrio da proteção do meio ambiente com interesses econômicos e sociais.

Nesse sentido, “a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento é uma tarefa diversificada de tipo gestor, em que a comunidade interage com o Estado” (GARCIA, 2007, p. 314). O Estado de Direito, na busca do desenvolvimento sustentável, precisa assumir o papel de diálogo com a sociedade na realização de audiências públicas, oitivas das partes atingidas e consultas diretas à população.

Ações estatais devem inculcar hábitos comportamentais na sociedade com a veiculação de campanhas públicas de estofo para se poupar água, eletricidade, madeira e evitar o uso indiscriminado de combustíveis fósseis. São relevantes as políticas de prevenção de incêndios nas florestas, de reciclagem de lixo e o abandono do uso de embalagens plásticas no campo ambiental. No plano econômico cabe, por certo, incentivar o estímulo da poupança pública e individual, a contenção de gastos, o consumo sustentável, evitar o desperdício de alimentos, bem como promover a austeridade e a responsabilidade fiscal sem avareza. No plano da saúde, devem as campanhas públicas priorizar a prevenção de doenças e a higienização da população de modo concomitante com o acesso ao atendimento médico e aos medicamentos necessários. No plano político, campanhas de conscientização cívica sobre a importância do voto e o combate à corrupção podem trazer resultados positivos no aspecto da boa governança.

O Estado Socioambiental de Direito deve orientar e estimular o comportamento social promotor do desenvolvimento ambiental, econômico, político e humano, de maneira sustentável e harmônica, em benefício de presentes e futuras gerações de homens e seres vivos não humanos que fazem parte da biodiversidade.

Conclusão

No Estado Socioambiental de Direito brasileiro o desenvolvimento sustentável é um direito e um dever fundamental consagrado pela Constituição (Preâmbulo e arts. 1º, inc. III; 3º, inc. II; 5º, § 2º; 170; 225) e um princípio previsto em Tratados e Convenções Internacionais. Pode ser invocado por pessoas físicas, jurídicas e Estados, como sujeitos ativos, contra pessoas físicas, jurídicas, Estados e Organizações Internacionais, como sujeitos passivos.

O direito ao desenvolvimento não é albergado pela Constituição Federal e, tampouco, pelo Direito Internacional, se não estiver de acordo com a satisfação do mínimo social, a garantia de uma existência digna, a boa governança e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento que não respeita o princípio da dignidade da pessoa humana não é sustentável. A distribuição de bens e riquezas dentro de uma socie-

dade deve beneficiar toda a população, em especial os que mais necessitam de proteção do Estado na concretização dos direitos fundamentais, notadamente os prestacionais. Miséria, fomes coletivas, baixa expectativa de vida e baixo índice de alfabetização devem ser combatidos com prioridade pelas nações que implementam políticas públicas visando ao desenvolvimento sustentável.

Direito ao desenvolvimento sustentável, na sua perspectiva objetiva, significa a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado, e do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se coaduna com políticas públicas antropocêntricas ou ecocêntricas em sentido estrito. Deve ser um *mix* de ambas, marcado por uma abordagem holística. De nada adianta construir uma *rule of law* para proteger o meio ambiente ignorando necessidades prementes do ser humano, como alimentação adequada, saúde, educação e desenvolvimento econômico e tecnológico.

O desenvolvimento econômico não é antítese ao desenvolvimento sustentável, porquanto cria as riquezas que precisam ser distribuídas. O ser humano não é único na aldeia global, mas deve conviver e respeitar à natureza e aos demais seres vivos. Direito fundamental ao desenvolvimento sustentável é o princípio vocacionado à produção de riquezas com distribuição, justiça social e proteção do meio ambiente para às presentes (perspectiva intrageracional) e as futuras gerações (perspectiva intergeracional).

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 235.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens

- Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos fundamentais e justiça*, Porto Alegre, v.2, n.3, p. 82-93, 2008.
- BOSELTMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial n. 769753/SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- BULLARD, Robert D. *Dumping in dixie: race, class, and environmental quality*. 2nd ed. Boulder: Westview Press, 1994.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- CANNON, Jonathan Z. *Environment in the balance: the green movement and the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARSON, Rachel. *Silent spring*. Boston: Houghton Mifflin, 1962.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DUNLAP, Riley; VAN LIERE, Kent. The new environmental paradigm: a proposed measuring instrument and preliminary results. *Journal of Environmental Education*, Madison, v. 9, n. 4, p. 10-19, 1978.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

- FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na protecção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.
- GIDDENS, Anthony. *Sociology*. Cambridge: Polity Press, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRUNDY, Kerry James. Sustainable management: a sustainable ethic. *Sustainable Development*, New Jersey, v. 5, n. 3, p. 119-229. Dec. 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. Constitucionalidad, derecho común y jurisdicción ordinaria. In: PINA, Antonio López. *Division de poderes e interpretación: hacia una teoria de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1996.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Gabcikovo v. Nagymaros*. Hague, 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 22 set. 2013.
- JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Società, 1912.
- JOHANNESBURG declaration on sustainable development. Johannesburg, 4 Sept. 2002, UN Doc. A/Conf. 199 [2002], paragraph 10.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEOPOLD, Aldo. *A sand county almanac: with essays on conservation form round river*. New York: Ballantine Books, 1966.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 5: Parte geral.
- NEUNER, Jörg. O Código civil da Alemanha (BGB) e a lei fundamental. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NORUEGA. Declaração ministerial de Bergen sobre o desenvolvimento sustentável da região da comunidade europeia. Parágrafo 7; I.P.E. 16 maio 1990.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.
- RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SOUZA, Mônica Teresa Costa. *Direito e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011.
- THIEFFRY, Patrick. *Droit européen de l'environnement*. Paris: Éditions Dalloz, 1998.
- THOREAU, Henry David. *Walden, or life in the woods and on the duty of civil disobedience*. New York: New American Library, 1962.
- UNITED NATIONS. *Declaration of the united nations conference on the human environment*. 1972. Disponível em: <<http://www.unep.org>>. Acesso em: 01 jul. 2018.
- UNITED NATIONS. *Rio declaration on environment and development*. Rio de Janeiro, 1972. Disponível em: <<http://www.unep.org>>. Acesso em: 01 jul. 2018.
- VASAK, Karel. *Human rights: a thirty-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal declaration of human rights*. The Unesco Courier, Paris, Nov. 1977.

- WEDY, Gabriel. Ação popular ambiental. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 311-336, 2014.
- WEDY, Gabriel. Ação popular. *RePro – Revista de Processo*, São Paulo, n. 154, ano 32, p. 37-62, 2007.
- WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Interesse Público, 2009.
- WEDY, Gabriel. Princípio da precaução, comentário ao AgRg na SLS 1.552-BA (Rel. Ministro Ary Pargendler). *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, ano 27, n. 237, p. 352-359, 2015.
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our common future: Brundtland report*. Oxford; New York: Oxford University Press, 1987. p. 13.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA BIOÉTICA

Gerson Neves Pinto*

Introdução

A noção de bioética que aparece somente no início do Século XX, reenvia, primeiramente, a um conjunto de procedimentos e práticas que colocavam em dúvida os avanços das técnicas biomédicas. Esta postura cética e também crítica é sem dúvida uma característica da modernidade. A inovação propõe um novo ideal: uma ética nova, um mundo novo, um novo homem. Como se o espaço entre a vida e a morte, a saúde e a doença, a dor e a esperança, a anamnese e o tratamento dispensado ao homem pela ética médica não fosse mais o mesmo e nem fossem as mesmas noções da ética grega antiga as hoje utilizadas pela bioética. O primeiro autor que, nos Estados Unidos, utilizou o vocábulo “bioética” foi o bioquímico americano e pesquisador na área de oncologia Van Rensselaer Potter. Ele publica um artigo intitulado “Bioethics. The Science of Survival” (POTTER, 1970) e no ano seguinte, a obra “Bioethics: bridge to the future” (POTTER, 1971). Nestas obras, Potter mostra a bioética como uma ligação entre a biologia e a ética¹. Nesta nova abordagem acerca das con-

* 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.

¹ No ano de 1988, Potter amplia a compreensão da bioética em relação a outras disciplinas, não apenas como uma ponte entre a biologia e a ética, mas também uma dimensão de uma ética global: *The original theory of bioethics was the intuition of human survival, in a decent and sustainable way of civilization, demanding development and maintenance of an ethic system. Such system (the implementation of the bridge bioethics) is the global bioethics, found in intuition and thinking based on empiric knowledge from all sciences, however, specially, from biological knowledge (...). Nowadays, this ethical system keeps being the center of the bridge bioethics as an extension for*

dutas adotadas nas ciências biomédicas, temos sempre presente uma tensão entre o desenvolvimento tecnocientífico e a questão ética dos limites que devem ser observados por estas novas tecnologias.

Van Rensselaer Potter criou esta disciplina como uma maneira de sair disto que ele chama de “gueto ético”² – centrado unicamente na relação médico-paciente –, para estabelecer uma reflexão global, numa ética global. Assim a bioética que ele propõe é menos centrada sobre o problema individual dos direitos (médico-paciente) do que sobre a responsabilidade coletiva.

Simultaneamente, outro autor importante que também fará parte da gênese da Bioética é André Hellegers (REICH, 1995), médico obstetra que, poucos meses após a publicação da obra de Van Potter e ainda no ano de 1971, fundou o Instituto Universitário de Bioética, *Joseph Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*. Foi a partir daí que, oficialmente, a palavra Bioética foi incorporada a diversos ramos do ensino e da linguagem profissional-acadêmica interdisciplinar. A plataforma moral do principialismo e o nascimento da bioética como disciplina universitária surgirão logo a seguir dentro do espaço teórico aberto por este segundo viés, bem distante das questões colocadas por Van Rensselaer Potter. É esta aceção minimalista que triunfará quando da instauração e desenvolvimento da disciplina denominada “Bioética”.

Nesta perspectiva, sobretudo na sociedade americana dos anos 60 e 70, surgiram reflexões sobre o comportamento do homem nos vários campos do conhecimento, mas, sobretudo no campo da saúde e em relação ao papel do Estado, abrindo a porta ao “Estado de Bem-estar Social” (*Welfare State*), colocando-o como agente protetor dos cidadãos. As Comissões de Ética surgem, assim, nessa altura, pela necessidade de mediar os dilemas éticos e defender direitos humanos essenciais, como a dignidade das pessoas intervenientes nas pesquisas médicas.

global bioethics, what demanded the encounter of medical ethics with environmental ethics in a worldwide scale to preserve human survival (POTTER, 1988).

² Expressão utilizado por Baptiste Morizot e Pierre-Yves Quiviger (2017, p. 8).

A inobservância dos direitos humanos e das normativas éticas na área da saúde continuou, contudo, a verificar-se em vários locais, nomeadamente nos Estados Unidos (EUA), demonstrando que mesmo a declaração de Helsinque (ROSS, 2002), pouco influenciou nas práticas quotidianas dos profissionais de saúde, sendo alvo de várias críticas e denúncias. Em consequência disso foi criada em 1974, nos Estados Unidos, a *Comissão Nacional para Proteção de Sujeitos Humanos nas Pesquisas Biomédicas e Comportamentais*, no sentido de averiguar os respectivos acontecimentos denunciados. Em 1978 esta comissão apresentou o relatório das pesquisas realizadas intitulado “Relatório Belmont: Princípios Éticos e Diretrizes para a Proteção de Sujeitos Humanos nas Pesquisas”.

O Princípioalismo

O Relatório Belmont foi considerado um marco importante, pois a partir dele, a ética biomédica se estruturou em três princípios éticos considerados básicos para a orientação de condutas aceitáveis na pesquisa médica: o respeito pela autonomia das pessoas, a beneficência e a justiça, aos quais podemos acrescentar um quarto princípio: o da não-maleficência. Esta aproximação recebeu sua formulação canônica na clássica obra de Tom Beauchamp e James Childress (2001). A partir de então, é comum, para referirmo-nos à bioética, utilizarmos a expressão *princípioalismo*.

O *princípioalismo* é uma teoria moral inspirada simultaneamente no utilitarismo e na moral Kantiana. Esta síntese aparentemente paradoxal entre uma ética que considera que o valor moral da ação decorre de suas consequências e uma moral deontológica que julga a ação fundada sobre a intenção do agente, isto é, baseada em um dever ou obrigação fundada na razão, deu lugar a uma doutrina, a qual seguidamente é referência no domínio da ética médica.

A ideia central de Beauchamp e Childress é de enunciar princípios aceitáveis pelas grandes concepções morais atualmente dominantes – deontologia, o utilitarismo e a teoria dos direitos –, através de um consenso sobre os valores fundamentais para o domínio da biomedicina e bioética. Estes princípios não são concebidos como axiomas ou princípios primeiros, a exemplo do imperativo kantiano ou da fórmula de maximização da

felicidade no utilitarismo, mas apenas como princípios intermediários entre estes princípios primeiros e a prática dos casos concretos. A abordagem a partir dos princípios goza de duas vantagens evidentes: ela contempla tradições éticas diferentes e escapa à objeção de uma completa abstração ou de um mero formalismo.

Estes princípios se referem a certos valores que, como podemos facilmente constatar, adquiriram rapidamente um status de normas diretivas para a atividade biomédica através da bioética. Por conseguinte, outros autores tentaram introduzir princípios suplementares aos quatro princípios já referidos, como o da vulnerabilidade. Peter Kemp e Jacob Dahl Rendtorff sustentam que

O princípio da vulnerabilidade prescreve, como fundamento da ética, o respeito, o cuidado e a proteção do outro e dos seres vivos em geral, sobre a base da constatação universal da fragilidade, da finitude e da mortalidade dos seres. (KEMP; RENDTORFF, 2001, p. 869, trad. nossa)

Entretanto, esta abordagem que tenta colmatar a questão da tomada de decisões a partir de princípios, encontra também muitas dificuldades, das quais algumas serão tratadas a seguir neste artigo.

A Casuística

Uma das principais críticas que será endereçada ao paradigma do *principlismo*, será realizada por aqueles que integram a chamada abordagem *casuística*, cuja obra de referência atualmente é *O Abuso da Casuística – a história do raciocínio moral* (1988), de Albert Jonsen e Stephen Toulmin, que apresenta esta corrente da bioética. Como o próprio título indica, se trata também de denunciar os abusos perpetrados pela casuística clássica, contudo ressaltando a fecundidade e atualidade do método. Em relação às duas correntes dominantes, o paradigma principialista, como vimos, é o modelo de bioética mais difundido e baseia-se no método dedutivo. Os autores propõem os quatro princípios orientadores da ação acima referidos. Estes princípios não apresentam hierarquia entre si, logo, em caso de conflito entre si, a situação em causa e suas circunstâncias é que indicarão o que deve ter precedência. Já o paradigma casuístico, por sua vez, utiliza-se do método indutivo (partindo dos casos particulares para os gerais), incen-

tivando a análise de caso por caso, num plano analógico. Não se apoia em quaisquer princípios orientadores para a ação. Cada caso deve ser examinado com suas características paradigmáticas, estabelecendo-se comparações e analogias com outros casos. É uma perspectiva de análise centrada em *insights* (*discernimentos*) particulares acumulados no curso da experiência concreta. Ao reunir casos paradigmáticos, o casuísta cria uma plataforma comum de comparação e contraste.

Segundo os partidários do método casuístico, o que importa não é possuir princípios universais que, associados à descrição de casos, permitiriam deduzir não somente o que deveríamos fazer, mas ter uma taxonomia de situações éticas de base (os paradigmas) aos quais comparamos a situação à qual estamos confrontados. Por exemplo, a morte, isto é o ato moralmente condenável de matar intencionalmente um ser humano inocente³ constitui-se num paradigma. Quando estamos em presença de um homicídio, a questão é então de saber se é um caso de homicídio ou qualquer outra coisa (uma legítima defesa, uma negligência, um acidente, um suicídio, uma execução etc.) a qual deveremos, sem dúvida, julgar moralmente e juridicamente de modo diverso.

Uma primeira e clássica taxonomia concerne à teoria das virtudes de Aristóteles. Assim, a *casuística* reivindica uma herança do aristotélico-tomismo. E no que concerne à bioética⁴, nós percebemos que os filósofos e os juristas adotam facilmente o *princípioalismo*, ao passo que a ética clínica é quase necessariamente casuística. A censura que fazem os partidários deste último método ao *princípioalismo* é que ele não é suficientemente preciso para dar conta da complexidade dos casos particulares encontrados na prática. Para tanto, devemos considerar que, na teoria das virtudes, cada virtude representa um paradigma que serve de medida para apreciar os caracteres reais dos casos práticos e suas circunstâncias. As circunstâncias (*circum-stare*- literalmente, o que está à volta) foram estu-

³ Cf. Tomás de Aquino, *suma teológica*, II-II, q. 64, a. 6: “Logo, de nenhum modo é lícito matar um inocente”.

⁴ Neste ponto, seguindo os ensinamentos de Jonsen e Toulmin, tentaremos reconstruir os fundamentos epistemológicos que a tradição forneceu para a bioética enfrentar os novos dilemas da contemporaneidade.

dadas por Aristóteles e retomadas por um retórico anônimo medieval através da composição de um hexâmetro (JONSEN; TOULMIN, 1988, p. 132) que as reuniu a fim de ajudar os alunos a memorizá-las: *qui, quoi, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*, isto é, *quem, o que, onde, por quais meios, porque, como, quando*. A leitura desta lista confirma que a casuística é bem diferente do principialismo. Levar a sério as circunstâncias, é como afirma Jean-Yves Goffi (2001), compreender que, em certo sentido, tudo não passa de circunstâncias. Nesta concepção, os princípios funcionam como regras práticas que ajudam na deliberação organizando os precedentes entre os valores pertinentes. Isto mostra que o casuísmo não se resume a um particularismo moral que rejeitaria completamente a universalidade⁵, pois as situações e os precedentes não são considerados como particulares (tokens) mas como tipos (types), o que assegura a generalidade necessária para possamos comparar casos e situações (MORIZOT; QUIVIGER, 2017, p. 49).

Neste ponto de nossa investigação, devemos enfrentar a questão de como se opera, na casuística, a aplicação dos enunciados universais da razão prática às situações fáticas singulares. Primeiramente, veremos em que medida o domínio prático, onde temos como objeto a ação humana voluntária, admite a existência de regras universais e necessárias. Neste sentido, devemos levar em consideração uma questão crucial da epistemologia moral de Tomás de Aquino, segundo a qual nós podemos ter uma dupla consideração sobre a normatividade da ação humana. Primeiramente, nós podemos afirmar que as ações humanas podem ser regidas por normas universais. Ao fazer isto, no entanto, deixamos de considerar as várias perspectivas que a ação humana possui em relação ao contexto concreto e as circunstâncias contingentes com as quais os atos humanos estão envolvidos. Em segundo lugar, se recusamos a existência de normas universais no domínio prático, resta a cada um de nós determinar a regra por si mesmo. Isto significaria que nós não teríamos uma medida objetiva na realização de nossas ações e, deste modo, que não

⁵ Para uma interpretação diversa da casuística aristotélica, numa versão do particularismo, ver D. Wiggins, "Deliberation and Practical Reason," in *Needs, Values and Truth: Essays on the Philosophy of Value*, (Oxford: Blackwell, 1987).

poderíamos postular nem uma regra que fosse única e universal para todas as ações.

Para responder a este aparente impasse epistemológico-moral, Tomás de Aquino se serve da noção de ato virtuoso como sendo aquele que segue uma regra, a reta razão, de forma que possamos postular a aplicação desta mesma regra a todos os casos similares. Deste modo, devemos ter em vista que a noção de ação virtuosa exige uma forma adequada de deliberação por parte do agente. A fim de determinar o que é a deliberação prática no interior do ato virtuoso, devemos analisar, primeiramente, a natureza desta deliberação, visando assim estabelecer a possibilidade ou não da existência de um padrão ou regra de medida no interior das ações virtuosas.

Tomás de Aquino vai propor, como sendo esta medida da virtude nas ações, a doutrina do justo meio. Trata-se, assim, de interrogar sobre a natureza própria desta regra e sobre os seus limites. Como nos afirma Tomás de Aquino, a mediania em questão não é uma mediania aritmética, mas uma mediania por relação a nós (Thomas de Aquino, 1969. lib. 2 l. 6, 80-91). Tomás de Aquino afirma, primeiramente, que existe um grau de incerteza e variação nas regras formuladas de forma universal.

Deste modo, ele conclui que existe sempre um modo adequado de julgamento em nossas ações: esta é a ação que não peca nem pelo excesso nem pela falta. Ao contrário, ela é uma certa mediania e, na medida em que ela visa o meio e age, ela é uma ação virtuosa.

Uma questão que se impõe neste ponto é a de saber se este critério da mediania como sendo um *certo meio termo entre o excesso e a falta* deve ser concebido como alguma coisa meramente formal e abstrata. Se concebido desta forma, ele significaria simplesmente que agir segundo o justo meio é agir como se deve e, desta forma, não diria nada sobre a realização da ação ela mesma.

Neste caso, restaria a cada sujeito determinar a justa medida por si mesmo e de forma completamente subjetiva. A doutrina do justo meio, na medida em que estabelece que a ação virtuosa é alguma coisa entre o excesso e a falta seria incapaz de nos fornecer informações úteis para a ação humana. A doutrina da mediania (*medietas*) simplesmente enunciaria um

juízo do tipo tautológico ou analítico tal como “agir de maneira virtuosa implica observar o justo meio”. Se esta fosse a interpretação da casuística em relação às circunstâncias e o justo meio, estaríamos reduzindo a casuística a algo muito próximo do seu opositor, o principialismo.

Mas, para evitar uma compreensão da noção de justo meio em uma perspectiva puramente formal, Tomás de Aquino irá determinar o caráter preciso dessa regra prática. Para o autor, não basta definir o justo meio como sendo um conjunto de regras gerais sobre como deve agir o homem virtuoso. Ele se interroga sobre a natureza própria dessa regra e sobre os seus limites.

Para bem compreender a doutrina da *medietas*, é necessário lembrar que, para a determinação do justo meio, é fundamental avaliar todas as circunstâncias que fazem parte das nossas ações. A introdução desta exigência relativa às circunstâncias da ação é necessária para a verdade do juízo da *medietas*. Podemos assim concluir que este juízo não é uma mera tautologia, o qual se deixaria revelar por uma simples análise dos seus termos. No entanto, ele não é um juízo tal como os demais julgamentos práticos, como aqueles que comandam a realização de alguma ação (pagar os impostos, por exemplo) ou de não realização uma determinada ação (não roubar, por exemplo). O que este tipo de juízo nos explicita é que fazer isto ou aquilo tem um limite, a saber, os limites que nos são impostos pelas circunstâncias da ação humana.

Dessa forma, depois de salientar que os julgamentos práticos encontram um limite nas circunstâncias em que se desenvolvem as nossas ações, Tomás de Aquino pergunta se existiriam certas ações que escapariam a esta métrica do justo meio? Para responder a esta questão, ele se refere a um texto fundamental da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles:

Mas nem toda ação e paixão admitem um meio-termo, pois algumas têm nomes que por si mesmos implicam maldade, como o despeito, o desdém, a inveja, e, no campo das ações, o adultério, o furto, o homicídio. Todas estas coisas e outras semelhantes implicam, nos próprios nomes, que são más em si mesmas, e não o seu excesso ou deficiência. Nelas jamais pode haver retidão, mas unicamente erro. (ARISTÓTELES, 1107 a 9-15, tradução própria)

A admissão deste tipo de julgamento prático significa simplesmente que existem ações que ficam numa extremidade (excesso) ou em outra (falta) e estão sempre desviadas do que devemos fazer nestas ocasiões. As considerações sobre as circunstâncias onde se produzem as ações não são mais objeto de análise, isto é, elas não são mais relevantes para a determinação da qualidade moral de nossas ações.

Deste modo, estas ações são nomeadas por Tomás de Aquino como *intrinsecamente más*⁶ (*absolutus, absolute ou malum in se*) (JONSEN; TOULMIN, 1988, p. 262). Esta tese valeria somente para descrições com um alto grau de abstração, abstração feita de todas as circunstâncias. Assim, ‘matar um homem inocente’ é geralmente um mal, mas não intrinsecamente, pois poderíamos estar diante de um caso de legítima defesa⁷ ou de eutanásia. Se especificamos: ‘matar um homem inocente’ acrescentando uma circunstância, por exemplo, *opor que*, neste caso, as coisas mudam: “matar um homem inocente para roubar-lhe o dinheiro” seria certamente intrinsecamente mal. Como afirmam os defensores da casuística Jonsen e Toulmin (1988, p. 109), a diferença entre uma abordagem axiomática e uma taxonômica para a ética torna-se claro se nós contrastamos o modo no qual Tomás de Aquino e outros escritores medievais usaram o termo em Latim *absolutus, absolute* e seus cognatos correspondentes *absoluto e absolutamente*. Escrevendo numa tradição retórica da ética aristotélica, Tomás de Aquino descreve uma ação como má *absolute*, ou *malum in se*; mas assim fazendo, ele não está declarando que é má necessariamente e universalmente, de modo invariável e sem exceções, mas sim que ela é má *prima facie*, isto é, antes de ser considerada suas circunstancias particulares, como afirma Tomás de Aquino: “Ora, algo pode ser à primeira vista considerado, de modo absoluto, bom ou mal; ao passo que considerado com outra coisa, e esta é uma consideração consequente, seja exatamente o contrário” (TOMÁS DE AQUINO, *suma teológica*, I, q. 19, a. 6, ad 1).

⁶ Sobre o *malum in se*, ver S. Pinckaers, *Ce qu'on ne peut jamais faire. La question des actes intrinsèquement mauvaises. Histoire et discussion*, Fribourg, Suisse, 1986.

⁷ Cf. Tomás de Aquino, *suma teológica*, II-II, q. 64, a. 7: Logo, também não será réu de homicídio quem matar a outrem para defender a sua própria vida.

Neste ponto podemos perceber que o julgamento moral para Tomás de Aquino não é independente de uma racionalidade prática. Esta racionalidade prática implica que sejamos sempre atentos às circunstâncias particulares da ação. Ela não seria por isso mesmo baseada em regras universais aplicáveis a todos os casos. Ela supõe, no entanto, que a deliberação repouse sobre a descrição rigorosa das ações consideradas e esta descrição impõe, às vezes, categoricamente que tal e tal ação seja proibida (ANSCOMBE, 2008, p. 27).

Considerações finais

Com o estudo desenvolvido neste presente artigo, pôde-se perceber que um dos principais equívocos das teorias que tentam fundamentar a bioética seja a questão de exigir princípios morais rígidos e universais. Esta questão da insuficiência do principialismo, com relação a sua incapacidade de dar conta do pluralismo e de sua tendência a reduzir o conjunto da reflexão moral a um denominador comum, levou a uma das mais importantes defensoras do principialismo, O'Neill (2001), a mostrar que a indeterminação dos princípios constitui sua característica essencial, e não o seu defeito. Segundo O'Neill, enquanto a escola do Principialismo de Tom Beauchamp e James Childress sugere que a tomada de decisão deve basear-se em quatro princípios – beneficência, não maleficência, autonomia e justiça –, seus opositores alegam que o foco das resoluções no sistema de princípios é formalmente inadequado, uma vez que estes seriam tão abstratos ou indeterminados, que falhariam em orientar os processos de ação.

Argumentam que: ou os princípios (sendo indeterminados) não podem auxiliar na tomada de decisão, ou que os princípios (sendo algoritmos) (O'NEILL, 2001, p. 15) poderiam, até certo ponto, auxiliar nas ações, mas a custo de uma duvidosa uniformidade ética de resposta para diferentes casos.

Ao contrário de princípios, os opositores – casuístas – sugerem que a essência do processo de tomada de decisão deve ter como ponto de partida os casos paradigmáticos, que estabelecem uma plataforma comum de comparação e contraste, baseada em discernimentos particulares adquiridos no curso da experiência prática. Portanto, argumentam que

“somente um foco na especificidade dos casos particulares, que os princípios ignoram invariavelmente, pode assegurar uma responsividade ética em relação às diferenças significativas” (O’Neill, 2001, p. 16).

Contudo, aqui jaz o engano, conforme a exposição de O’Neill:

aqueles que negam que princípios gerais são importantes para a deliberação moral sequer compreendem, na maioria das vezes, como princípios operam. Princípios não nos fornecem algoritmos para viver. Eles identificam requisitos amplos com os quais devemos viver de acordo, mas não nos dizem efetivamente o que fazer. Ao invés, somos deixados para construir respostas que honrem nossos compromentimentos gerais utilizando os materiais do caso em questão. (O’NEILL, 2001, p. 15, tradução própria)

Por fim, nos afirma O’Neill, que o julgamento prático também é uma questão de encontrar um modo de agir, um padrão de abordagem ou políticas que considerem a pluralidade de requerimentos e recomendações dos mais variados tipos. A prevenção, o cuidado e apropriadas estruturas institucionais podem evitar muitos problemas e, mesmo assim, apresentam suas limitações. Trabalhar com um sistema de princípios demanda comprometimento do agente, de forma que o resultado do julgamento prático não viole os requisitos prévios (sejam eles éticos, legais, sociais, profissionais etc.) e que busque a compensação e reparação para atender a qualquer requisito remanescente (O’NEILL, 2001, p. 22).

Podemos perceber aqui uma aproximação entre o principialismo de O’Neill e a casuística tal como vimos neste trabalho. Neste ponto, o artigo pretende mostrar que a abordagem casuística não se restringe a um mero particularismo moral que recusaria completamente a universalidade dos princípios. Ao contrário, o raciocínio prático na ética não é uma matéria de traçar uma dedução formal a partir de axiomas invariáveis, mas trata-se de um exercício de julgamento, onde, a partir dos casos concretos, os princípios funcionam como regras práticas que auxiliam na deliberação conectando os precedentes aos valores adequados. É uma tarefa não para sábios argumentadores, mas para o *phrônimos* (JONSEN; TOULMIN, 1988, p. 341). Isto é, o homem prudente, o juiz equânime de Aristóteles que delibera a partir das circunstâncias e consegue assim recolocar a lei o princípio em

sua singularidade. Este juiz “não é outro senão o homem justo e prudente, aquele que toma as decisões em função e imerso na particularidade de cada ação” (ZINGANO, 2007, p. 348). Assim, vemos como a tradição do pensamento ético-filosófico do Ocidente pode fornecer fundamentos epistemológicos aos novos dilemas da bioética.

Referências

- ANSCOMBE (G. M. E.). La philosophie morale moderne, trad. Ginvert (G.) et Ducray (P.), *Klēsis. Revue Philosophique*, n° 9, p. 9-31, 2008, Disponível em: <<http://www.revue-klesis.org>>.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Edições Loyola, São Paulo, 2016.
- ARISTOTE. *Étique à Nicomaque*. Introduction, traduction et commentaire de René Antoine GAUTHIER e Jean Yves JOLIF, Publications Universitaires de Louvain – Éditions Béatrice-Nauwelaerts, Paris, 1959. 989p.
- BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, fourth edition (New York: Oxford University Press, 2001).
- GOFFI, Jean-Yves. *La Nouvelle casuistique et la naturalisation des normes*, in *Philosophiques*, Vol 28, n.1, 2001, p. 87-107.
- JONSEN, A.; TOULMIN, S. *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*. University of California Press, 1988.
- KEMP, P. ; RENDTORFF, J. D. *Le Principe de Vulnérabilité*, in G. Hottois e J N. Missa (dir.), *Nouvelle encyclopédie de Bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 2001.
- MORIZOT, Baptiste; QUIVIGER, Pierre-Yves, *Les limites de la Bioéthique*, Vrin, Paris, 2017.
- O'NEILL, O. *Practical Principles & Practical Judgment*, in *The Hastings Center Report*, Vol. 31, No. 4,), p. 15-23, Jul. – Aug., 2001.
- PINKAERS, S. *Ce qu'on ne peut jamais faire. La question des actes intrinsèquement mauvaises. Histoire et discussion*, Fribourg, Suisse, 1986.
- POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics. The Science of Survival*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 14, p. 27-153, 1970.

- POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall; 1971.
- POTTER, Van Rensselaer. *Global Bioethics: building on the Leopold Legacy*. East Lansing: Michigan State University Press; 1988.
- REICH, W, T. *The word 'bioethics': its birth and the legacies of those who shaped it*. Kennedy Inst Ethics J. 1995.
- ROSS, D. *The right and the good*. New York: Oxford University Press, 2002.
- WIGGINS, D. *Deliberation and Practical Reason, in Needs, Values and Truth: Essays on the Philosophy of Value*, (Oxford:Blackwell, 1987).
- ZINGANO, Marco. *Estudos de ética antiga*. São Paulo: Discurso Editorial, 2007.

RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS PARA O EXERCÍCIO DA JUSTIÇA UNIVERSAL

Jânia Maria Lopes Saldanha*

Introdução

Há mais de 40 anos a ONU tem empreendido esforços para construir uma base jurídica destinada a estabelecer *standards* normativos para responsabilizar as empresas por violação de direitos humanos. Entre avanços e retrocessos, em 2011, John Ruggie, o Relator Especial para empresas e direitos humanos, apresentou à comunidade internacional os Princípios Diretores para Empresas e Direitos Humanos. Três pilares constituem tal documento: proteger, respeitar e remediar. O primeiro e o último, dizem os intérpretes do texto, referem-se aos Estados e o segundo às empresas. Os estudiosos do direito internacional afirmam ter tal texto o *status* jurídico de voluntário ou, melhor dito, de *soft law*. Assim, a boa vontade dos atores estatais e dos atores privados seria a condição primeira para que os trinta e um princípios contidos no *Guiding* sejam efetivados na prática¹. No ano de 2018 o Equador apresentou para a ONU o esboço do Tratado internacional sobre empresas e direitos humanos, denominado de *Draft 0*. O debate sobre o conteúdo desse projeto encontra-se em curso sem que se saiba, até o momento, qual será o resultado final.

Os Princípios Diretores da ONU foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos e, depois disso, deu-se início a uma campanha glo-

* Pós-Doutora em Direito do IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, área de concentração em direito público. Advogada.

¹ Sobre a necessidade de superar-se a dicotomia *soft law/hard law* veja-se texto de César Garavito (2018c, p. 28-74).

bal para que fossem seguidos pelos Estados. Assim, entre tantas outras medidas, eles recomendam aos Estados a adoção dos chamados PAN – Planos de Ação Nacional para que, primeiro, respeitando as particularidades de cada sociedade, adotem padrões mínimos orientadores da conduta das empresas concernente aos direitos humanos e, segundo, que eles sejam minimamente harmônicos entre os países.

O Brasil, embora as duas tragédias mais recentes envolvendo empresas extrativas – a da Barragem do Fundão, em Mariana e a de Brumadinho – até o presente não elaborou seu PAN² e ações políticas nesse sentido são inexistentes. A propósito disso, o Ministério Público Federal através da Nota Técnica nº 7/2018, manifestou-se de maneira crítica com relação a uma possível adoção, pelo Brasil, do PAN, sob o argumento de que ele não pode significar um retrocesso nos direitos humanos já protegidos e nas responsabilidades dos entes corporativos já previstas no direito nacional (BRASIL, 2018).

Entretanto, baldada a inexistência do PAN e o silêncio governamental sobre o interesse ou não em criá-lo, em 2018, o Brasil, por meio do Decreto 9571, criou as Diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos³. Visivelmente, esse documento normativo segue os três pilares dos Princípios Diretores de John Ruggie na medida em que atribui ao Estado a responsabilidade de proteger os direitos humanos em atividades empresariais, a responsabilidade das empresas de respeitar esses mesmos direitos e, ao Estado a atribuição de dar às vítimas de violações de direitos humanos praticadas por empresas, o acesso a mecanismos de reparação e de remediação.

Várias críticas foram apresentadas a esse Decreto, aliás, tendo a mesma natureza daquelas apresentadas aos Princípios Diretores da ONU⁴. Nesse sentido, o Centro HOMA (2018b) destacou que as previsões do referido documento quanto ao acesso à justiça e à redefinição do insti-

² Vinte e dois países já elaboraram seus PAN. Na América Latina apenas Colômbia e Chile já os aprovaram.

³ Mais informações em: BRASIL (2018a).

⁴ O conjunto dessas críticas pode ser visto em: César R Garavito (2018b).

tuto da diligência devida no âmbito da cadeia produtiva, entre outros, não correspondem ao avanço do debate que tem sido empreendido com a sociedade civil nacional e internacional. De fato, nesse sentido, não são menores as críticas lançadas ao tema acerca da dificuldade de implementar-se a efetiva responsabilização das empresas transnacionais por desrespeito aos direitos humanos, uma vez serem hábeis em escapar dos sistemas de justiça nacionais e não nacionais, sob a invocação de argumentos jurídicos provenientes do modelo de direito societário construído para empresas “localizadas” nas fronteiras nacionais. Essa foi, aliás, uma das críticas apresentadas pelo Ministério Público Federal aos Princípios Diretores justamente em razão da ausência de previsão de medidas para a adoção, pelos Estados, da jurisdição universal ou quase universal (BRASIL, 2018), isto é, de uma saída possível para a responsabilização dos citados atores privados por meio da atuação extraterritorial da justiça.

De fato, o vazio deixado pelos Princípios Diretores não foi inteira e claramente suprido pelo *Draft 0*. Ao comentar esse documento, Adoración Guamán (2019) disse que embora o art. 10.11 preveja que “Cuando así lo exija el derecho internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal sobre las violaciones de los derechos humanos que constituyen crímenes”, tal redação não permite que se entenda qual seja a extensão dada ao sentido da expressão jurisdição universal, isto é, se o direito interno estaria ou não vinculado, efetivamente, às exigências vindas do direito internacional em caso de graves violações de direitos humanos.

Então, como salientado acima, esse conjunto de dúvidas nos conduz a tentar encontrar respostas na possibilidade de atuação extraterritorial da jurisdição. Nada mais do que uma transformação necessária do mitológico conceito de fronteira, instituído juntamente com a conformação dos Estados-nação e de soberania. Ora, a inexorabilidade de tal discussão decorre da força dos fatos. Em outras palavras, se as relações globalizadas não conhecem fronteiras geográficas, tampouco essas são respeitadas por ocasião da prática de crimes transnacionais e de violação de direitos humanos, é urgente questionar a pertinência e persistência de conceitos de direito internacional e de direito interno, como o da autossu-

ficiência estatal e o da intangibilidade dos assuntos internos, sobretudo quando o mote central seja a proteção dos direitos humanos em caso de “core” crimes.

Assim, na primeira parte abordaremos sobre algumas dificuldades para responsabilizar as empresas transnacionais por violação de direitos humanos. Na segunda, faremos um esboço não exaustivo sobre a justiça universal como um instrumento/caminho possível para melhorar os níveis de responsabilização das empresas.

Algumas dificuldades para responsabilizar as empresas transnacionais por violação de direitos humanos: quem responde?

Embora as pessoas morais sejam do ponto de vista do direito clássico, uma ficção jurídica, o certo é que possuem uma existência localizada em razão do lugar em que seus atos constitutivos são registrados. Essa, porém, é uma descrição que sabemos ser muito simples frente à complexidade que esses atores privados assumiram nas últimas décadas acompanhando o aumento da complexidade das relações humanas no mundo globalizado.

Assim, as empresas transnacionais, sobre as quais nos interessamos na presente análise, são aquelas que mesmo estando baseadas em um Estado, atuam sobre vários outros territórios. Tal expansão ocorre, por exemplo, sob a forma de grupos constituídos ou das chamadas “cadeias” de empresas. Ela visivelmente encontra fundamento na corrida neoliberal que reúne como aspirações máximas a obtenção do lucro e o assento nos melhores lugares na insana disputa concorrencial pelo domínio dos mercados e pela centralização de capital em nível global.

O problema crucial, do ponto de vista jurídico, é que a existência de grupo econômico ou de uma cadeia produtiva não pressupõe sua existência jurídica. Argumentos como o da ausência de uma “esfera de influência” ou o da independência das personalidades jurídicas dos integrantes do grupo ou cadeia têm sido reiterada e abusivamente utilizados pelas grandes corporações transnacionais para fugir da responsabilização por violação de direitos humanos, o quê tem produzido como consequência sérios entraves às vítimas para lograrem efetivo acesso à justiça.

Assim, quando o tema é o da responsabilidade das pessoas jurídicas por violação de direitos humanos, inevitavelmente vem à lume o problema da extraterritorialidade, ou seja, surge a questão até hoje ainda não satisfatória e plenamente respondida acerca de qual seja a justiça competente para atuar nas demandas contra as empresas transnacionais por violação de direitos humanos. Com efeito, tomando-se em conta a pluralidade das pessoas morais no mundo globalizado, é indiscutível que a territorialidade das mesmas é muito mais fluída e estendida do que a dos Estados que é, como se sabe, tradicionalmente “espessa” e restrita às fronteiras geográficas bem delimitadas.

Os conflitos produzidos por tais atores privados, invariavelmente, se apresentados aos juízes nacionais, conterão elementos de estraneidade que abrirão a porta de entrada ao uso do instrumento da extraterritorialidade. Nesse sentido, ora o caso apresentará como problema principal a questão do “quem” de um grupo de empresas deverá responder por atos danosos a terceiros (1.1) ora apresentará como questão nodal o reconhecimento ou não de uma “zona de influência” quando as violações de direitos humanos derivam de atos de empresas integrantes das cadeias produtivas (1.2.)

Desafio 1: o (não) curioso paradoxo de agrupar-se para dispersar-se

As empresas transnacionais assumiram um papel central nas trocas comerciais globais a partir dos anos 70 do século passado (SALDANHA, 2018, p. 208-231). Elas estão inseridas no grupo dos atores privados que detém um significativo poder de influência sobre a economia mundial e um impacto relevante sobre muitas economias nacionais. Com efeito, não é desconhecido que, em muitos casos, frente à debilidade econômica e política de inúmeros Estados, tais corporações, em geral reunidas na forma de grupos de empresas, assumem um lugar estratégico e decisivo marcante. Tal pujança determina as regulamentações e ajudas estatais não apenas francamente destinadas a favorecê-las quanto, também, coniventes e complacentes com suas condutas ilegais. Como é sabido, os componentes de tais grupos podem tomar a forma de filiais, sucursais, consorciadas etc., empresas essas que se destinam a promover ou desenvolver um produto ou uma marca no mesmo país de origem da

“empresa-mãe” ou em outro(s) país(es). Essa última, invariavelmente, exerce o controle e impõe práticas e políticas de gestão às empresas filiais que devem empenhar-se em obter o máximo de vantagens junto aos governos dos países em que se estabelecem.

Ao tratar do tema da responsabilidade empresarial e direitos humanos, Surya Deva (2018, p. 106) diz ser necessário reorientar a teoria do direito societário, dada a sua fundamentalidade para a promoção dos direitos humanos. De fato, se pretendemos humanizar a atuação das empresas, um bom caminho é que as mudanças aconteçam de dentro para fora. Primeiro, porque as empresas devem abandonar seu intento de construir uma imagem apenas vinculada à maximização dos lucros. Segundo, porque no campo da teoria jurídica e empresarial, o tema da responsabilidade limitada e da personalidade jurídica independente deve adequar-se ao tempo presente em que corporações compram ações de outras empresas, situação que inexistia quando aquela construção teórica surgiu. Assim, a atualização teórica é essencial para que nenhuma das duas situações acima referidas sejam utilizadas para afastar as responsabilidades das empresas por violação de direitos humanos.

Há várias dificuldades a serem enfrentadas. A primeira concerne à responsabilização das empresas transnacionais por violação de direitos humanos e diz respeito à identificação do que seja um “grupo de empresas”. O fato é que o fenômeno do surgimento e expansão de grupos econômicos nada mais é do que a resposta às exigências do modelo econômico capitalista que prima pela lógica da desespacialização e da competitividade. O grupo, assim, é um instrumento de política empresarial destinado a promover e aumentar a capacidade concorrencial, a produtividade, a internacionalização das atividades e a dispersar os riscos.

Um bom conceito pode ser encontrado na obra de José Engrazia Antunes (2002, p. 22) para quem o grupo de sociedades apresenta uma unidade de ação econômico-empresarial em que os seus integrantes estão submetidos a uma autoridade econômica central que age no interesse do todo. Além disso, um dos pontos fortes dos grupos de empresas é o de isolar os acionistas da responsabilidade por atos do conjunto de empresas que formam tais coletividades empresariais. Em geral, mesmo que reunidas em um grupo, cada empresa é autônoma para responder por seus a-

tos. Logo, a empresa-mãe é juridicamente independente das filiais⁵, consideradas autônomas ou, pelo menos, esse é o reconhecimento que as empresas transnacionais buscam incessantemente no visível intuito de afastar suas responsabilidades civis, penais e administrativas por atos das filiais, sucursais, coligadas etc.

Os grupos de empresas apresentam, então, uma curiosa *mélange*, ou seja, uma sorte de dependência econômica e de independência jurídica das empresas-mãe. As empresas subordinadas devem responder a um mesmo poder de direção, o qual está fundado seja na detenção de uma participação financeira de controle, seja em um contrato que estabeleça tal dependência, seja na força dos fatos (OUASSINI SAHLI, 2014, p. 20). Nestes tempos de extrema competitividade os grupos desempenham uma performance estratégica e uma constituição estrutural afinada com a exigência dos mercados. A submissão a uma unidade diretiva indica a fragilização paulatina da ideia de independência dos integrantes do grupo. Porém, em boa parte dos sistemas normativos estatais e, inclusive, no plano da normatividade global, há ainda inúmeros desafios para definir, identificar precisamente, estabelecer limites e padrões de responsabilidades dessa unidade, o que deságua nos enormes e conhecidos problemas vinculados à extensão e profundidade das responsabilidades intra e extra-grupo.

Há de ser reconhecido, assim, que tal pretensão ou existente independência jurídica mal acomoda-se à realidade do controle gestor e econômico imposto pela empresa-mãe. Obviamente, tal separação tem um objetivo preciso que é o de justamente facilitar a evasão da responsabilidade dessa última. Por isso, é assunto que tem ocupado a pauta de pesquisadores e de instituições internacionais. No âmbito da União Europeia, por exemplo, somente Alemanha, Portugal e Reino Unido possuem normas internas que enquadram a responsabilidade de empresas que fazem parte de grupos (SOUDAIN, 2018).

No Brasil a Lei das Sociedades Anônimas estabelece a responsabilidade da empresa-mãe com base na presunção de controle exercido so-

⁵ Sobre esse tema consultar: Meriem Ouassini Sahli (2014).

bre as demais integrantes do grupo. A propósito disso, as autoridades antitruste do Brasil, como o Cade, bem como o sistema de justiça, representado pela atuação do Superior Tribunal de Justiça, desenvolveram uma hermenêutica que dificulta o intento das transnacionais de escapar da lei, uma vez que é permitido sejam citadas em ações judiciais as pessoas jurídicas estrangeiras através de seu estabelecimento no Brasil, independentemente da qualificação jurídica que se lhes atribua, seja filial, sucursal, subsidiária etc. Nesse sentido, pode-se perceber que o sistema interno, ao menos no que diz respeito a esse tipo societário, supera, em muito, o tratamento da matéria em nível global.

Além dessa dificuldade, outra se apresenta. Trata-se da autonomia da pessoa dos sócios ou acionistas em relação à pessoa jurídica de que fazem parte. No plano das ações das empresas transnacionais o ponto mais nevrálgico relaciona-se à dificuldade de impor responsabilidade quando uma sociedade é acionista de outra sociedade, nesta hipótese, da sociedade-mãe e que, ao fim e ao cabo, é quem deveria responder por atos danosos da acionista ou da empresa pertencente ao grupo e submissa à direção daquela. Por isso, do mesmo modo que, em muitas situações justificadas pelas circunstâncias fáticas, é possível responsabilizar a pessoa dos sócios por atos da pessoa jurídica usando-se, para isso, o mecanismo do levantamento do “véu social”, também tal utilização é possível para responsabilizar a empresa-mãe por atos de suas filiais, por exemplo. A existência da unidade corporativa e de uma direção centralizada implica o reconhecimento, mesmo que ainda minoritário ao nível da doutrina global, de responsabilidade da sociedade-mãe por atos das filiais que, a despeito de terem independência jurídica, são dela dependentes economicamente.

Se no âmbito interno, como é o caso do Brasil, há muito tempo a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a possibilidade de levantar o véu social das empresas relativizando assim, o dogma da separação entre a pessoa moral e a pessoa natural dos sócios, o caminho resta a ser construído no caso de demandas judiciais que colocam em causa a violação de direitos humanos praticados por empresas transnacionais que fazem parte de um grupo. Nesse compasso, encontrar uma solução mais inteligente ao verdadeiro imbróglio que hoje se apresenta, na mesma proporção em

que as empresas negam suas responsabilidades, é não apenas urgente quanto medida que traria chances mais factíveis das vítimas de violações de direitos humanos obterem a reparação dos danos sofridos. Trata-se de abrir a hermenêutica dos tribunais para a realidade da atuação desses atores globais e de reconhecer que a formação de grupos, entre outros motivos, visa promover a dispersão e confusão quanto às eventuais responsabilidades por violação de direitos humanos. Desse modo, é indispensável que se leve a sério a atuação das empresas filiais – estabelecidas em Estados muitas vezes débeis, econômica, jurídica e politicamente – que violem direitos humanos, a bem de constatar sua dependência administrativa e econômica da empresa-mãe por quem são, invariavelmente, controladas, dirigidas e para a qual, suas ações produtivas são fonte de ganhos financeiros não desprezíveis.

Com efeito, os resultados no plano internacional não são inteiramente auspiciosos. Veja-se que no processo *DOE vs. Unocal*, cujo objeto litigioso versava acerca de violações de direitos humanos ocorridas por ocasião da construção de um gasoduto empreendida por uma empresa filial da Unocal, em Myanmar, as vítimas não lograram ter acesso à justiça desse Estado. Elas alegaram que a relação de convivência entre a junta militar que governava o País na época dos fatos e a empresa filial, não apenas facilitou o quadro de violações de direitos quanto, também, impediu o acesso à justiça. Assim, por ser a Unocal uma empresa americana, apresentaram na justiça dos Estados Unidos a demanda indenizatória, na qual intentaram demonstrar que, a despeito das violações terem sido praticadas pela filial, poderiam elas ser perfeitamente imputadas à sociedade-mãe. A Corte Federal da Califórnia, ao decidir sobre o caso, afirmou que não poderia lançar mão da técnica do levantamento do véu social para reconhecer e imputar a Unocal a responsabilidade por violação de direitos humanos praticados pela filial face à ausência de prova da existência de unidade de interesse entre as distintas empresas (*INTERNATIONAL CRIME DATABASE*, 2004).

É plausível pensar-se que tal tipo de demanda proliferará ainda mais nos anos que virão. Veja-se o caso da Ação civil pública⁶ movida pela União Federal contra empresas produtoras de tabaco no estado do Rio Grande do Sul, como Souza Cruz e Phillip Morris, responsáveis por 90% da produção nacional desse produto, em razão das 27 doenças que o consumo do tabaco provoca nos consumidores, sendo o câncer a mais recorrente dentre elas. Os custos que essas doenças causaram ao Sistema único de saúde do País, segundo a União Federal, chegam a bilhões de dólares e as empresas além de enviar para o exterior os lucros obtidos, faltam com o dever de informar os reflexos nocivos à saúde que o consumo do cigarro provoca. Logo, tal omissão é típica da conduta empresarial que, ignorando os riscos de sua atividade, deixa de adotar a devida diligência. Assim, não se pode negar que essa ausência implica em responsabilidade da empresa-mãe justamente por não exigir das filiais a obrigação de instituição de planos de vigilância que sejam efetivos.

O Decreto 9571 de 2018 que instituiu as Diretrizes para empresas e direitos humanos é absolutamente acanhado quanto à obrigação da adoção da devida diligência por parte das empresas. Uma única menção é encontrada no artigo 9º, inciso VII, quando prevê a participação dos interessados – pessoas físicas e comunidades – no “processo de diligência”. Essa parcimônia legislativa confronta com os termos precisos do princípio 15 dos Princípios Diretores da ONU⁷ cujo texto prevê devam as empresas adotar a *due diligence* em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos. Um exemplo importante que pode servir de emulação a países com legislações débeis ou inexistentes no tema da devida diligência é a lei francesa⁸ do ano de 2017.

Evidentemente que a omissão do Decreto brasileiro favorece a manutenção do *status quo* de desrespeito aos direitos humanos dos consu-

⁶ A demanda foi proposta perante a Justiça Federal do Rio Grande do Sul em 21 de maio de 2019. Mais informações em: International Crime Database (2004).

⁷ A versão em português pode ser encontrada em: CONECTAS (2012).

⁸ Mais informações em: França (2017).

midores. Porém, mesmo à luz dessa falta talvez seja apressado ou errôneo afirmar que a timidez do Brasil em impor às empresas a obrigação da devida diligência decorra do caráter *soft* dos princípios da ONU.

Como refere César Garavito (2018c, p. 66), é possível combinar mecanismos legislativos policêntricos – como as leis *soft law*, os códigos de conduta das empresas etc. – com mecanismos centralizados – como os tratados ou leis internas obrigatórias – adotando-se, assim, uma perspectiva “ecossistêmica” que, na prática, minimiza as diferenças entre a *soft law* e a *hard law*. Em verdade, percebe-se um ainda muito baixo nível de consciência das empresas para incorporar as normas de direitos humanos em seus processos decisórios e que as vejam muito mais como questões de princípio do que exigências econômico-políticas. Por isso, as empresas filiais, subsidiárias, coligadas ou o seu equivalente quando não responderem pelas violações de direitos humanos que cometem, devem saber que a responsabilidade deve ser extensível às empresas-mãe.

À luz do direito societário, concebido para as empresas de caráter nacional, pode-se perceber o quanto ele encontra-se em descompasso intertemporal em relação aos modelos globalizados de investimentos que determinam o mercado e a economia do nosso tempo. Ao desenho dos entes morais constituídos em “várias camadas”, organizados em rede e que ultrapassam de maneira acachapante as fronteiras nacionais, um contra-desenho deve ser apresentado, cujos traços devem conformar novos marcos normativos internacionais que acompanhem a geometria da rede e, assim, imponham efetivas responsabilidades.

Desafio 2: A (ir) responsabilidade da empresa-mãe, o uso da “cadeia de produção” e a negação da “zona de influência”

O ritmo de produção das mercadorias acompanha aquele do consumo da sociedade de massa. Em espaços de tempo cada vez mais reduzidos os produtos são disponibilizados ao comércio, desde os utensílios mais básicos do dia-a-dia aos sofisticados produtos do mundo das tecnologias de informação e comunicação e aos automóveis movidos à energia “limpa”.

Para satisfazer tais necessidades do mundo do consumo, as cadeias de produção⁹, enquanto estruturas econômicas que ligam o produtor primário, os fabricantes, os distribuidores de produtos e de serviços, em escala local e global, evoluíram de maneira descentralizada e grandemente facilitada pelas tecnologias de informação e comunicação.

Na mesma proporção em que houve a expansão da concorrência entre as empresas pelo domínio do mercado de produtos e serviços, as cadeias de produção complexificaram-se e transnacionalizaram-se. A existência das mesmas é a prova cabal de que os produtos vendidos, sejam quais forem, necessitam de outros produtos e de serviços com origem estrangeira.

Na medida em que as empresas não fabricam todos os componentes dos produtos que oferecem ao mercado de consumo elas dependem, cada vez mais, das cadeias produtivas compostas por outras empresas, as quais dispõem de infra-estrutura e expertise para a produção de produtos e serviços ao redor do mundo. No entanto, se a existência dessas empresas que compõem as plurais cadeias produtivas incrementa a produção, satisfaz o mercado de consumo, gera empregos e riquezas, sendo responsáveis por mais de 80% das exportações mundiais (HOMA, 2018a, p. 5), também produz riscos e danos, seja em termos da sua sustentabilidade econômica, ambiental, seja quanto ao nível negativo dos padrões protetivos dos direitos humanos.

Por outro lado, a estrutura do comércio globalizado, protagonizado em muitos domínios por grandes empresas transnacionais, indica que a dependência econômica e administrativa das empresas componentes das cadeias produtivas em relação às empresas transnacionais é fato comum. Os incontáveis episódios de violação de direitos humanos nas cadeias de produção fizeram emergir o debate sobre se a responsabilidade por tais violações pode ser imposta às grandes empresas que se beneficiam do trabalho e dos produtos fornecidos pelas cadeias produtivas.

⁹ Também denominada cadeia de valor. O fenômeno expressa a fragmentação dos processos de produção de bens e serviços no mundo globalizado. Embora seja mais amplo o significado da expressão “cadeias de valor”, usaremos “cadeias de produção” ou “cadeias produtivas” por ser mais compreensível ao leitor. Consulte-se: Homa (2018a).

Percebe-se uma enorme dificuldade, no plano prático, de impor responsabilidade às grandes empresas que se beneficiam enormemente dos produtos fornecidos pelas cadeias de produção quando essas violam os direitos humanos. Desde o ponto de vista dos direitos trabalhistas, por exemplo, não é nenhuma novidade que os Estados flexibilizam as exigências das empresas que se estabelecem em seus territórios, quanto também não é o fato de que esses atores privados dos mais diversos ramos praticam inúmeras violações que afetam os indivíduos em sua dignidade, o que contraria indubitavelmente as orientações da Organização Internacional do Trabalho acerca do trabalho decente. Lembre-se do exemplo da empresa Zara, condenada pela justiça brasileira em 2017, pela prática de trabalho análogo à escravidão praticado nas oficinas contratadas por seus fornecedores (IG, 2017). Esse é apenas um dos exemplos de violação de direitos humanos. Nesse sentido, as empresas transnacionais que utilizam dos produtos e serviços das cadeias de produção, beneficiam-se das débeis normatizações trabalhistas em muitos países que não protegem os trabalhadores dos baixos salários praticados e tampouco de regimes de trabalho análogo à escravidão ou até mesmo a ela equivalentes.

As regulações sociais tímidas ou inexistentes e a produção de bens a baixo custo favorecem um alto passivo ambiental, social e humano em nível local. Grupos específicos como o das mulheres, das crianças, dos migrantes e dos velhos são os mais vulnerabilizados pelas condições de trabalho perigosas, insalubres, numa visível composição múltipla de violação de importantes textos internacionais, como os relativos às normas internacionais do trabalho e os textos gerais e especiais protetivos dos direitos humanos.

Em muitos casos a vulnerabilidade é de dupla face e, por isso, a produção das violações dos direitos humanos é ainda mais perversa. No exemplo acima citado, as empresas pertencentes à cadeia de fornecedores da Zara não apenas violaram os direitos trabalhistas, mas, mais do que isso, aproveitaram-se da extrema debilidade social dos imigrantes bolivianos, os quais compunham a grande maioria dos empregados do setor. Esse é apenas um dos casos que confirma dados fornecidos pela OIT que apontam serem os migrantes irregulares as vítimas mais vulneráveis justamente porque, tal condição de fragilidade legal encoraja as empresas à

prática de extorsões, abusos físicos e sexuais (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2017, p. 30).

De maneira similar e talvez ainda mais perversa, a flagrante e grave violação de direitos humanos de jovens entre 7 e 18 anos usados como mão de obra escrava na indústria extrativa de metais raros na República Democrática do Congo é outra evidência da relação conivente entre empresas da cadeia de produção, Estados e empresas transnacionais do setor do extrativismo mineral e do setor da tecnologia de informação e comunicação (ANISTIA INTERNACIONAL, 2016).

Em todos esses casos acima as transnacionais negam ter responsabilidades por atos das empresas pertencentes à cadeia de produção. As reiteradas e similares violações de direitos humanos ao redor do mundo encontram na assimetria protetiva desses direitos entre distintos países uma de suas fortes razões, fator esse que viabiliza e seduz a ação ilegal das empresas. Além disso, a natureza dos contratos estabelecidos entre as empresas da cadeia produtiva e as transnacionais impedem a aplicação da responsabilidade extraterritorial e, com isso, perpetuam o rastro de impunidade dos integrantes das cadeias de produção.

Segundo a OIT, cerca de 40 milhões de pessoas são vítimas de formas modernas de escravidão, dentre elas 25 milhões são submetidas a trabalhos forçados e dessas, uma em cada cinco vítimas são crianças. As cadeias produtivas são pródigas em produzir tais violações contando com o beneplácito estatal. Recorde-se que no caso da tragédia de Rana Plaza, em Bangladesh, as deploráveis condições de trabalho a que eram submetidos os trabalhadores, somadas às péssimas condições das estruturas do local de trabalho, resultaram na morte de aproximadamente 1.100 trabalhadores com a queda de 8 andares do edifício em que estavam concentradas as fábricas de roupas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2017, p. 4).

As grandes corporações também invocam a inexistência de uma “zona de influência” para afastar sua responsabilidade por atos dos atores componentes das cadeias produtivas. Essa é de modo recorrente uma matéria probatória desafiadora para as vítimas das violações, sempre a parte hipossuficiente. Mesmo a citada lei francesa da devida diligência é

omissa quanto à inversão do ônus da prova, técnica processual que contribuiria enormemente para a efetivação da responsabilização das empresas e retiraria o ônus das vítimas, já suficientemente fragilizadas. Logo, os vazios na normatividade nacional e internacional na matéria, facilitam a chamada “arquitetura da impunidade” e estimulam a irresponsabilidade das empresas-mãe (ZUBIZARRETA, 2016, p. 15).

Todos esses fatores acima descritos provocam acentuadas dificuldades ou, até mesmo, impossibilidades para as vítimas terem efetivo acesso às justiças nacionais. Por isso, recorrer ao instrumento da justiça universal pode constituir-se em outro grande desafio, possível de ser fundado sob bases teóricas defensáveis, porém difícil de ser implementado na prática. Contudo, dificuldade não é sinônimo de impossibilidade. É o que segue.

Justiça universal: ultrapassando fronteiras, construindo pontes

O exercício da chamada jurisdição universal, invocado como uma alternativa possível à omissão ou inefetividade das jurisdições estatais, seja para responsabilizar empresas transnacionais por violação de direitos humanos, seja para reparar os danos diretos e indiretos sofridos pelas vítimas, pode ser explicado a partir do conhecido “Caso Kiobel”. Graves violações de direitos humanos foram praticadas nos anos 90 por uma empresa filial de duas empresas petroleiras, a britânica Shell e a holandesa Royal Deutch Petroleum Co, na região de Ogoniland, delta do rio Niger, na Nigéria. Tais violações deram origem a uma ação de responsabilidade civil proposta por refugiados nigerianos nos Estados Unidos. A empresa filial foi acusada de ter demandado ajuda ao governo da Nigéria para reprimir atos de protesto da população local contra os efeitos negativos ao meio ambiente derivados da exploração petrolífera, quanto contra atos de violação de direitos humanos praticados na forma de assassinatos, sequestros, estupro, entre outros, sem que a justiça nigeriana tivesse dado resposta para que as vítimas fossem reparadas pelos danos sofridos.

A ação contra as duas empresas perante a jurisdição americana, portanto, em país diferente daquele onde os fatos ocorreram, foi proposta com base no *Alien Tort Claims Act – ACTA* –, também conhecido por *Alien*

Tort Statute originário do *Judiciary Act* de 1789, cuja previsão é a de que as jurisdições federais americanas são competentes para “conhecer de toda a ação de responsabilidade civil proposta por um estrangeiro, sob o argumento de violação do “direito das gentes” ou de um tratado firmado pelos Estados Unidos. A jurisdição de primeira instância reconheceu sua competência para o caso. Porém, a Corte de Apelação entendeu por rejeitá-la sob a alegação de que, em substância, o “direito das gentes” no sentido dado pelo *ACTA*, não pode ser aplicado para responsabilizar civilmente entes morais. Por isso, o *Alien Tort Statute* não poderia ser aplicado para justificar a atuação “extraterritorial” da jurisdição americana. Esta decisão foi confirmada à unanimidade pela Corte Suprema dos Estados Unidos em 2013 embora seus juízes tenham divergido quanto aos fundamentos para rejeitá-la. Um grupo não reconhecendo a extraterritorialidade na matéria e outro para reconhecê-la como possível, mas negando a ação por falta de “vínculo” com os Estados Unidos, ou seja, porque as vítimas eram estrangeiras, os autores dos fatos eram estrangeiros e os fatos ocorreram no estrangeiro (BLOG DA CORTE SUPREMA DOS ESTADOS UNIDOS, 2012).

A decisão da Corte Suprema inverteu uma jurisprudência consolidada naquele País por décadas e que era constantemente contrariada por inúmeros países estrangeiros. Tal jurisprudência reconhecia que as jurisdições federais dos Estados Unidos tinham competência extraterritorial para julgar atos cometidos no estrangeiro contra vítimas estrangeiras quando tivesse ocorrido violação do direito das gentes. A decisão da mais alta Corte fragilizou enormemente o uso do mecanismo do *fórum shopping* às avessas, ou seja, a escolha da atuação extraterritorial da jurisdição americana tinha por justificativa central a proteção dos direitos humanos.

Um dos casos paradigmáticos da jurisprudência em favor da extraterritorialidade da jurisdição americana foi o caso *Filártiga vs. Peña Irala*. Tratava-se de demanda proposta na jurisdição americana pelos familiares de Joelito Filártiga contra Américo Peña Irala, Inspetor Geral de Polícia durante a ditadura Strossner no Paraguai e autor de atos de tortura e da morte de Joelito. A justiça estadunidense reconheceu ser competente extraterritorialmente quando estrangeiros, mesmo em outro país, são víti-

mas de tortura, na medida em que a proteção contra tal crime faz parte do direito internacional costumeiro de alta categoria (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1980).

Se, de um lado, podemos considerar que a figura da jurisdição universal teve origem com o *Alien Tort Claims Act*, no século XVIII, por outro, podemos reconhecer na crescente internacionalização dos direitos humanos que se produziu a partir do final da segunda guerra mundial, a razão maior para que o *ACTA* tivesse sido retirado do estado de latência em que se encontrava. Nesse sentido posicionam-se as correntes contemporâneas do cosmopolitismo jurídico. Seus adeptos defendem o uso da jurisdição universal, representada pela atuação extraterritorial das jurisdições nacionais, com base no princípio da proteção da humanidade e do combate à impunidade (SALDANHA, 2018).

Entretanto, se devemos reconhecer que corremos o risco de que o uso da extraterritorialidade por meio da jurisdição universal possa resultar da posição política hegemônica exercida por estados considerados “fortes”, a razão da existência dessa jurisdição naquilo que expressa e comporta de deslocalização e de desterritorialização, é a de dar a maior proteção aos indivíduos e grupos vulneráveis, vítimas de violação graves de direitos humanos perpetradas pelos Estados e pelos entes privados morais, como é o caso das empresas transnacionais.

Embora as dificuldades conhecidas para implementar a justiça universal, sendo as duas maiores delas o princípio da soberania e da não intervenção nos assuntos “internos” dos Estados, há um processo de mundialização da justiça em curso, realidade essa que propicia a abertura dos sistemas judiciários nacionais aos dilemas e problemas que são comuns à humanidade. Ora, na medida em que a doutrina de base humanista e humanitária nos mostra que inexoravelmente partilhamos um destino comum, do mesmo modo não podemos escapar do inevitável sucumbimento aos riscos comuns (SALDANHA; VIEIRA, 2016).

Às dificuldades poderosas para que efetivamente possam as jurisdições nacionais exercer a extraterritorialidade em caso de graves violações de direitos humanos produzidas por empresas, soma-se outra de natureza teórico-prática, ou seja, há um sentimento de incerteza e de transi-

ção relativamente aos direitos humanos e ao futuro dos mesmos (MOYN, 2014). Embora existam marcos normativos nacionais e internacionais que os protegem, em muitos campos, como no da responsabilidade empresarial, muito há a ser construído. A insuficiência dos Princípios de John Ruggie e a incipiência do tratado internacional, cuja existência ainda não ultrapassou a fase do *Draft*, demonstram a debilidade normativa frente ao poder das grandes corporações. Baldados tais desafios, frutificam posições encorajadoras para o exercício da jurisdição universal. Nesse sentido, Hervé Ascensio (2010) destaca ser a extraterritorialidade um importante instrumento a ser utilizado para fazer valer os direitos humanos, sobretudo com respeito às ações das empresas transnacionais. Um caminho possível e que conformaria o ecossistema normativo defendido por Garavito (2018a, p. 283-287), seria a elaboração de um instrumento internacional nesse domínio.

Considerações finais

O fato relevante para pensarmos o problema da responsabilização das empresas transnacionais por violação de direitos humanos pela via do exercício da justiça universal é justamente o de que a “feição” universal da jurisdição inverte definitivamente a lógica da sua vinculação moderna ao território.

Além disso, ao dar lugar às demandas por representação das vítimas, rompe com a teoria consolidada de que a vítima é a única legitimada ao processo. E, caso venha a reconhecer a superação da tese da independência da personalidade jurídica das empresas-mãe com relação às filiais, sucursais e coligadas para, então, acolher a da unidade econômica e a da gestão centralizada, bem como se superar as alegações de inexistência de “esfera de influência” nas atividades das cadeias produtivas para responsabilizar aquelas que mais proveito financeiro tiram dessas estruturas econômico-produtivas globais, avançaremos enormemente no tema da responsabilidade das empresas transnacionais por violação de direitos humanos.

Devemos, assim, levar a sério o que fundamenta o exercício da jurisdição universal, isto é, a aplicação do princípio de humanidade, o reconhecimento de violação do *jus cogens* quando houver graves violações

de direitos humanos e a justiça do Estado onde os fatos ocorreram é inexistente ou absolutamente impotente, por razões estruturais, econômicas e políticas, para processar, julgar e impor responsabilidades aos agentes violadores. Para isso, há que ser ultrapassada a versão moderna de atuação da jurisdição que a limita a atuar vinculada ao Estado nacional. A transnacionalidade dos riscos e dos danos e a transtemporalidade do destino comum são a dupla face do fenômeno da internacionalização do direito, expressão que permite seja a atuação da jurisdição universal um caminho possível para passarmos da “arquitetura da impunidade” ao paradigma da responsabilidade das empresas transnacionais.

Referências

ANISTIA INTERNACIONAL. *Exposed: Child labour behind smart phone and electric car batteries*. 2016. Disponível em: <<https://www.amnesty.org>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades*. 2a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

ASCENSIO, Hervé. *L'Extraterritorialité comme instrument. Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises*. 2010. Disponível em: <<https://www.pantheonsorbonne.fr>> Acesso em: 03 jun. 2019.

BLOG DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. 2012. Disponível em: <<https://www.scotusblog.com>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018*. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. 2018a. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota técnica no 7/2018: a proteção e reparação de direitos humanos em relação a atividades empresariais*. 2018b. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

CONNECTAS. *Empresas e direitos humanos parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar relatório final de John Ruggie – representante especial do*

secretário-geral. 2012. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: momento de ir más allá del “presente”? In: GARAVITO, César R (Ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, ente las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

ESTADOS UNIDOS. Corte de apelação. No. 191. Docket 79-6090 630 F.2d 876. 1980 U.S. Ap. Lexis 16111. *Dolly M.E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Pena-irala*. 1980. Disponível em: <<https://ccrjustice.org>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

FRANÇA. *Lei nº 2017-399*, de 27 de março de 2017. LOI nº 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

GARAVITO, César Rodriguez (Ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018b.

GARAVITO, César Rodriguez. El futuro del campo de las empresas y los derechos humanos: una visión ecosistémica. In: ____ (Ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018a. p. 283-287.

GARAVITO, César Rodriguez. Empresas y derechos humanos. Um marco conceptual y um mapa de estratégias regulatórias. In: ____ *Cader-nos de Pesquisa* (Ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018c. p. 28-74.

GUAMÁN, Adoración. El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9. *HOMA*. Centro de Direito Humanos., 06. Vol. 1. Juiz de Fora, 2018.

- HOMA. Centro de Direitos Humanos e Empresas. Cadeias de valor e os impactos na responsabilidade das empresas por violações de direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, vol. 1, n. 5, 2018a. Disponível em: <<http://homacdhe.com>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- HOMA. *Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e direitos humanos*. 2018b. Disponível em: <<http://homacdhe.com>>. Acesso em: 3 jun. 2019.
- IG. *Zara é responsabilizada por trabalho escravo e pode entrar na “lista suja”*. 2017. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br>>. Acesso em: 03 jun 2019.
- INTERNATIONAL CRIME DATABASE. *John Doe I et al. v. UNOCAL Corp. et al.* 2004. Disponível em: <<http://www.internationalcrimesdatabase.org>>. Acesso em: 3 jun. 2019.
- MOYN, Samuel. O futuro dos direitos humanos. *Conectas*, vol. 11, nº 20, jun-dez, 2014. São Paulo, 2014. p. 61-69.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*. 2017. Disponível em: <<https://www.ilo.org>>. Acesso em: 3 jun. 2019.
- OUASSINI SAHLI. Meriem. *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales*. Thèse, Paris, 2014. Disponível em: <<https://tel.archives-ouvertes.fr>>. Acesso em: 3 jun. 2019.
- SALDANHA, Jânia. Do direito soft ao direito hard em matéria de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *Estado e Constituição. O “fim” do Estado de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito/Tirant lo Branch, 2018. p. 208-231
- SOUDAIN, Tennessee. *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l’homme*. Droit. Université de Strasbourg, 2018.

POR UM JUDICIÁRIO MUNDANO: UMA VISÃO CRÍTICA DA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO

José Rodrigo Rodriguez*

Visões da indeterminação¹

Nós, os juristas, começamos e terminamos o século XX debatendo o problema da indeterminação do direito e, neste início do século XXI, em vários sentidos, não se pode dizer que houve muitos avanços. Assim como igualdade e liberdade, questões centrais para a civilização ocidental, das quais a indeterminação, aliás, é a expressão jurídica, o problema segue tão central quanto inquietante, desafiando pesquisadores e pesquisadoras ao redor do mundo. E a grande quantidade de autores e autoras que almejam resolver o problema de uma vez por todas a golpes de teoria é a prova maior de que, de fato, ele segue sem encontrar uma solução definitiva.

De fato, não há uma semana em que não surja um jovem ou uma jovem Jurista ambiciosa que pretenda encerrar todas as contendas a respeito do assunto e apresentar a palavra final sobre não apenas a indeterminação do direito e também, se for permitida a ironia, sobre a igualdade, a liberdade, e fraternidade, a política e o sentido da vida. Em algum momento de minha trajetória de professor eu já achei alguma graça nessa manifestação de ímpeto juvenil, nesse impulso desmedido, sem media-

* Professor da UNISINOS (Graduação, Mestrado e Doutorado), Mestre em Direito pela USP e Doutor em Filosofia pela UNICAMP, foi pesquisador visitante no Instituto Latino-Americano na Universidade Livre de Berlim e Professor convidado da especialização de Teoria do Direito da Universidade Goethe de Frankfurt; ganhador do Prêmio Jabuti de melhor livro jurídico por “Como Decidem as Cortes?”.

¹ Texto de referência para a palestra “Quem são os donos da jurisdição brasileira?” proferida em diversas ocasiões desde o ano de 2018. Agradeço a Miguel Godoy e a Jessica Painkow pelas sugestões e correções a esta versão.

ções, por isso mesmo, ingênuo, de querer resolver todos os problemas do mundo pela via conceitual.

Hoje em dia, desconfio, tal impulso parece fazer parte do problema que devemos enfrentar e ele explica, ao menos em parte, a situação política e jurídica na qual estamos enredados. O desejo de solucionar de vez a questão da indeterminação, a depender da solução formulada, pode ser posto a serviço de posições demofóbicas (para o sentido do termo, ver AGUIAR: 2018) que buscam restaurar visões hierárquicas de direito, incompatíveis com a ideia moderna e contemporânea de um estado democrático de direito.

Mas não antecipemos esta discussão antes de organizar, ainda que esquematicamente, as principais posições que tratam da questão da indeterminação, ou seja, do fato de que os problemas jurídicos que enfrentamos, como mostrou Kelsen na sua *Teoria Pura do Direito*, admitem sempre mais de uma solução (KELSEN, 1998) ou, na formulação de Viehweg, os problemas jurídicos, para serem solucionados, dependem de um acordo argumentativo prévio sobre as premissas das quais iremos partir para construir a sua solução (VIEHWEG, 1979). Assim, podemos considerar que é diferente afirmar que:

(a) a indeterminação é um problema a ser eliminado para que o Direito funcione bem (*posição anticonstrutivista*);

(a.1) a indeterminação deve ser eliminada conferindo-se mais centralidade e protagonismo ao legislativo (*posição anti-interpretação*);

(a.2) a indeterminação deve ser eliminada com a adoção de um método de interpretação positivista renovado e uma postura não-ativista por parte do Judiciário com fundamento em determinados objetivos que devem ser perseguidos por nosso sistema jurídico, os quais motivaram sua criação (*posição positivista renovada*);

(b) a indeterminação é uma característica essencial do direito contemporâneo e precisa ser gerida em nome da igualdade diante da lei e da segurança jurídica, ou seja, para evitar a arbitrariedade dos juízes e juízas (*posição construtivista-institucionalista*);

(b.1) a indeterminação deve ser gerida por juristas especializados:

(b.1.1) por meio de um método especializado e rigoroso para solucionar casos concretos (*posição institucionalista aristocrática e tecnocrática*), ou,

(b.1.2) em função da escolha de pessoas com excepcional senso de justiça, pessoas que possam funcionar, como disse um dos atuais Ministros do STF, como “vanguarda moral da nação” (*posição institucionalista aristocrática e moralista*);

(b.2) a indeterminação deve ser gerida por constrangimentos institucionais que padronizem as decisões sem, necessariamente, impor um modelo hermenêutico padronizado para todos os juízes;

(b.2.1.) tais constrangimentos devem ter um caráter eminentemente técnico, centrado no debate sobre segurança jurídica, com o objetivo de transmitir as interpretações do topo do Judiciário para a sua base (*posição institucionalista aristocrática pro-Tribunais Superiores*);

(b.2.2) tais constrangimentos devem ter um caráter eminentemente deliberativo e participativo, ou seja, a indeterminação deve ser gerida por juristas no contexto de constrangimentos institucionais abertos à sociedade, tendo os juristas o dever de racionar seguindo um método interdisciplinar – o que exige repensar profundamente a técnica jurídica – que leve em conta não apenas o material jurídico posto, mas também os interesses e desejos da sociedade na construção de soluções para os casos concretos (*posição institucionalista democrática*).

O problema da separação dos poderes

Não há espaço para explorar em apenas um artigo todas essas posições, mas é fácil perceber que juristas defensores e defensoras da visão “a”, ou seja, os juristas que encaram a indeterminação como algo a ser eliminado, advogam pela manutenção de um modelo de separação de poderes tradicional em que o Judiciário deve se limitar a aplicar a lei sem assumir papel construtivo no processo de interpretação.

Os defensores da visão “b”, por sua vez, partem do pressuposto de que o Judiciário é criativo, ou seja, cria normas ao solucionar os casos

concretos, mais ainda no momento de controle de constitucionalidade. É preciso lidar, por assim dizer, parafraseando John Rawls, com o “fato da indeterminação” para que as decisões não sejam tomadas caso a caso, ou seja, para que a ideia de igualdade perante a lei e de segurança jurídica permaneçam vigentes de alguma maneira, ainda que não de acordo com o padrão do legalismo liberal que almejava criar regras precisas para solucionar todos os casos concretos.

Como mostrou Kelsen, ainda no começo do século XX em sua “Teoria Pura do Direito”, as normas jurídicas são o resultado da interpretação, ou seja, elas estão no final do processo de solução dos casos concretos que tem como ponto de partida os textos normativos (RODRIGUEZ, 2013). Em sociedades altamente complexas e conflitivas em que os agentes sociais disputam não apenas a produção, mas também a interpretação das leis, (nos dizeres de Franz Neumann, ver RODRIGUEZ, 2009), é impossível prever todos os casos concretos em regras precisas, ainda mais utilizando-se a linguagem natural, polissêmica por natureza, suscetível a dar lugar a várias interpretações de um mesmo texto ao longo do tempo, como mostrou Hart no seu *O Conceito de Direito* (HART, 1994).

Para ilustrar essa afirmação, basta imaginar o seguinte texto normativo hipotético: “São proibidos animais neste condomínio: multa de X por dia até a retirada do animal”. Pois bem: essa regra se aplicaria a peixes de aquário? De acordo com uma interpretação estritamente textualista sim, mas se pensarmos na finalidade da norma, argumentando que tenha sido elaborada para manter o silêncio e a higiene em espaços comuns, a resposta seria exatamente a contrária: apenas animais barulhentos e que produzam sujeira estariam incluídos em seu escopo, não os peixes.

Kelsen afirma expressamente no capítulo final da sua *Teoria Pura do Direito* que não há critério jurídico para escolher entre uma interpretação textualista e uma interpretação finalista: esse não seria um assunto para a Ciência do Direito, mas sim para o que ele chama de “política jurídica”, prática que entregue, ainda de acordo com o autor, à escolha subjetiva de juízes e juízas (KELSEN, 1998).

Para complicar ainda mais o problema, imaginemos a seguinte situação: essa norma se aplicaria ainda a um cachorro-robô que se comportasse como um cachorro de verdade, latindo e ganindo o tempo todo? Suponhamos também que o movimento pelo direito dos animais encampasse tal questão em sua agenda política e passasse a oferecer auxílio jurídico para todos os donos e donas de animais multados nos condomínios ao redor do país, inclusive nos casos dos cachorros-robô. Imagine-mos também que grupos contrários aos direitos do animais resolvessem entrar na briga, patrocinando advogados para defender os condomínios. Qual seria o resultado de toda esta ação político-jurídica para a estabilização de sentido dos textos normativos em questão?

Será justamente para questionar essa visão de Ciência do Direito e da racionalidade jurisdicional o qual, aparentemente, apenas diagnostica o fenômeno da indeterminação sem oferecer meios de lidar com ele, que parte dos juristas da segunda metade do século XX irá reconstruir o ideal de segurança jurídica em outros termos. Tal reconstrução propõe uma nova visão da hermenêutica jurídica, fundada em novas concepções de Teoria do Direito, como será exposto sumariamente a seguir (para uma exposição mais detalhada, ver RODRIGUEZ, 2013).

De sua parte, os juristas que defendem a visão “a1”, entre outros, Mark Tushnet, autor de *Taking the Constitution Away From the Courts* não estão preocupados com esses problemas. Sustentam que é necessário devolver o poder político ao povo, ou seja, ao Legislativo, limitando o espaço para julgamentos das cortes, especialmente das cortes constitucionais.

Já aqueles que defendem a visão “a2”, como Frederick Schauer e Adrian Vermeule, autores de, respectivamente, *Playing by the Rules* (SCHAUER, 1991) e *Judging Under Uncertainty* (VERMEULE, 2016) pretendem apresentar uma formulação renovada do positivismo jurídico, propondo um modelo hermenêutico mais sofisticado do que o modelo textualista característico da tradição da escola da exegese, já incorporando a reflexão positivista contemporânea sobre o problema da indeterminação (sobre o positivismo contemporâneo ver DIMOULIS, 2018).

Os juristas que defendem a posição “b” partem do pressuposto de que a visão positivista da interpretação não faz mais sentido, sendo ne-

cessário (b.1) propor uma nova visão de Teoria do Direito, de hermenêutica jurídica e de segurança jurídica, com fundamento em outros pressupostos conceituais e/ou (b.2) delinear constrangimentos institucionais que sejam capazes de padronizar as decisões, mesmo que a Teoria do Direito abra totalmente mão de controlar a racionalidade dos juízes, ou seja, controlar seu modelo de raciocínio no processo de tomada de decisões (para mais detalhes, ver RODRIGUEZ, 2013).

Entre aristocracia e democracia

A classificação apresentada acima deixa clara a complexidade do problema da indeterminação e a dificuldade de tentar resolvê-lo de uma vez por todas. Em vez de incorrer nessa manifestação de *hybris* conceitual, o mais razoável a fazer é seguir refletindo e organizando as diversas posições a respeito do tema e, eventualmente, desenvolver pesquisas a partir de cada uma delas, sem sonhar em colocar um ponto final na discussão.

Para proceder dessa forma, é necessário partir do pressuposto de que cada uma dessas posições expressa visões muito diferentes a respeito da relação entre direito e democracia, as quais não admitem derrota definitiva, pois estão fundadas em uma opção valorativa, ou seja, em uma tomada de posição na defesa deste ou daquele projeto de Direito, ao qual correspondem uma certa visão de Poder Judiciário e um determinado modelo hermenêutico ou modelo de raciocínio jurídico (ver RODRIGUEZ, 2013).

Por isso mesmo, é importante perceber que as posições examinadas acima terão consequências muito diversas para a balança de poder entre os diversos agentes e grupos sociais em conflito. Por exemplo, um defensor da posição “a” pode não ter consciência desse fato; contudo sua defesa da separação de poderes em sentido clássico, no contexto brasileiro, irá limitar o poder do STF de criar normas, devolvendo-o ao Parlamento; este que tem sido o órgão estatal menos sensível à criação e garantia de qualquer direito voltado às minorias, como direitos que beneficiem a população LGBT; um órgão que também tem relutado em aprovar mecanismos de justiça distributiva para favorecer maiorias excluídas, como as cotas nas universidades para a população negra. Como sabido, tanto a

adoção de cotas em universidades quanto os avanços na proteção da população LGBT foram protagonizados pelo STF.

De sua parte, um jurista que, aceitando o “fato da indeterminação”, ponha todo o peso na criação de um método rigoroso para produzir decisões as mais congruentes possíveis, pode terminar advogando em favor da concentração do poder de criar normas nas mãos de uma aristocracia judicial, ou melhor, de uma tecnocracia judicial fechada para o debate com a sociedade. Afinal, se o direito é, de fato, indeterminado, ou seja, se os textos admitem várias interpretações e a sociedade diverge a todo instante sobre qual delas é a correta, qual seria razão para concentrar o poder de escolha apenas nas mãos dos juízes e juízas?

De acordo com a visão clássica da separação dos poderes, a função jurisdicional é, por definição, despersonalizada. Afinal, cabe ao juiz, nessa perspectiva, apenas aplicar a lei, pouco importando suas convicções e características individuais. Na verdade, o que é realmente relevante é sua capacidade técnica para extrair o sentido de leis abstratas e solucionar casos concretos. Ora, ao admitirmos que o direito é indeterminado, é preciso considerar a hermenêutica jurídica como uma atividade construtiva, ou seja, uma prática que implica em fazer determinadas escolhas; uma prática que implica em admitir que a norma jurídica não pode ser confundida com o texto normativo pura e simplesmente, mas é o resultado de sua interpretação.

Por assim dizer, é como se a norma jurídica transbordasse do texto para se formar, de fato, no Poder Judiciário, no processo de solução dos casos concretos (RODRIGUEZ, 2013; FERRAZ JR., 2014), processo no qual a pessoa dos juízes se torna central para a produção do direito. Ora, se o legalismo liberal nos permitia dizer que pouco importava quem fosse a pessoa do juiz, pois ele seria apenas a boca da lei ou um técnico especializado em extrair sentido delas, para uma visão construtiva da hermenêutica jurídica a pessoa do juiz passa a falar, digamos assim, com a sua própria boca. Nesse sentido, portanto, sob uma visão construtiva da hermenêutica jurídica, a função jurisdicional sofre um processo de repersonalização.

Seguindo esta ordem de razões, qual seria o argumento para deixar a sociedade de fora do procedimento de formação das normas jurídicas que regulam a vida dos cidadãos, senão uma defesa, em certa medida, corporativista e aristocrática da tecnocracia judicial? Pois se o poder de legislar em abstrato não é mais exclusivamente exercido pelo Poder Legislativo, seu exercício exclusivamente pelo Judiciário não careceria de um grave déficit de legitimidade?

Mesmo que esse problema não se coloque desta forma no debate sobre a renovação da Teoria do Direito e a construção de modelos hermenêuticos, por exemplo, com fundamento na ideia de razão prática, não me parece que ele possa ser afastado da reflexão sobre este tema. A Teoria do Direito não pode deixar de refletir sobre seus efeitos no debate político, mais especificamente, sobre o modelo de Estado e de separação de poderes que cada visão da racionalidade jurisdicional acaba por pressupor ao formular seus conceitos.

Ademais, para Aristóteles, como se pode ler em sua *“Política”* (ARISTÓTELES, 2006) a relativa objetividade da razão prática estava ligada a uma aristocracia do saber, a determinados homens virtuosos por natureza e, por isso mesmo, mais sábios do que os demais, também por terem desenvolvido suas capacidades em razão de sua educação e de sua experiência, o que os habilitava a proferir julgamentos mais justos do que os demais em face dos conflitos sociais.

O estagirita reconhecia capacidades racionais em todos os seres humanos, julgando que todos seriam capazes de aperfeiçoamento. No entanto, sua visão da sociedade era hierárquica o que resultava, sob critérios contemporâneos, em uma visão excludente da atividade política; excludente de escravos, bárbaros e mulheres. Alguns nasciam para ser livres, outros para serem escravos e outros, ainda, para serem sábios capazes de se tornarem juízes dos problemas sociais.

Tal menção a Aristóteles, lida a par da mencionada concentração de poder nas mãos do Poder Judiciário, pretende sugerir, provocativamente, que a tentativa de lidar com a indeterminação via aperfeiçoamento teórico-metodológico das teorias da racionalidade jurisdicional ou a partir da visão do Judiciário como vanguarda moral da sociedade pode

vir a introduzir uma visão e uma prática hierárquicas no interior do estado democrático de direito.

Afinal, excluída a possibilidade de encontrar princípios transcendentais para conferir rigor a julgamentos práticos, inclusive no campo do direito, i. e., excluída a possibilidade de estabelecer critérios *a priori* para orientar a razão prática (KELSEN, 1998), estamos, por assim dizer, condenados a construí-los nas interações entre os agentes e grupos sociais, dimensão essa que um hegeliano chamaria de “experiência” des-transcendentalizada e um husserliano, por sua vez, de “mundo da vida”. De minha parte eu chamaria, para os fins deste texto, apenas de “política”.

Afinal, a indeterminação do direito é um dos resultados do advento da modernidade, ou seja, da fragmentação das visões de mundo e das esferas valorativas (economia, direito, política, amor e outras esferas passam a funcionar com uma racionalidade própria, ver WEBER, 1983), processo que fez com que nenhuma visão religiosa ou ética seja capaz de abarcar e contemplar todas as formas de vida existentes nas diversas sociedades. E é justamente porque uma teoria da justiça abrangente e substantiva não é mais possível que o direito moderno passa a exercer o seu papel específico: produzir arranjos provisórios nos desejos e interesses das pessoas e grupos que seguem em permanente conflito e em permanente transformação. Não cabe ao direito solucionar a fragmentação de sentido presente na sociedade contemporânea (ver COVER, 2019)

A concentração de cada vez mais poder legislativo nas mãos do Judiciário, consequência de uma visão e de uma prática construtiva da racionalidade jurisdicional, pode resultar na concentração do poder de produzir normas gerais abstratas nas mãos da figura personalizada de determinados Juízes e Juízas não eleitos, competentes para decidir conforme a sua consciência individual.

Por isso mesmo, a meu juízo, apenas o regime democrático e sua promessa de construir formas institucionais capazes de levar em conta todos os interesses sociais no processo de formação das normas jurídicas parece oferecer uma resposta adequada ao problema da indeterminação em uma sociedade multirracial, multi-religiosa e marcada pela presença de diversas posições ideológicas sobre os mais diversos assuntos. É preci-

so pensar a gestão da indeterminação de forma democrática para evitar a configuração aristocrática que acabo de descrever.

Sem dúvida, é necessário haver juristas profissionais gerindo as escolhas hermenêuticas em face da necessidade de especialização das funções em sociedades complexas e de massa como as sociedades contemporâneas. Não é razoável imaginar que esta função não se configure como uma atividade especializada. No entanto, ela não deve adotar feições aristocráticas, ou seja, será necessário pensar os juristas e os profissionais de direito que atuam no Estado como representantes dos variados interesses sociais em conflito e não como sujeitos personificados que falam em nome de seu convencimento subjetivo (para a crítica do subjetivismo, ver STRECK, 2017). Nesse sentido, aliás, é uma pauta de pesquisa em aberto trazer para este campo da reflexão os problemas e resultados da teoria da representação com a finalidade de pensar um judiciário democrático (por exemplo, ver URBINATI, 2008, 2014).

Apenas assim, a meu ver, as normas jurídicas não correrão o risco de serem construídas por Juízes e Juízas paladinos e/ou Juízes ou Juízas tecnocratas que se julguem supostamente capazes de falar, por estarem em posição de poder, em nome da “consciência moral da nação” ou da “melhor resposta possível”, sem estarem submetidos a um procedimento decisório que os constranja a estabelecer um diálogo constante com os cidadãos e cidadãs.

Daí a importância, no STF especificamente, de uma corte bem recrutada, composta por Ministros e Ministras com diversidade de origem, modo de pensar, experiência pessoal e profissional. E esse mesmo raciocínio deveria ser aplicado a todos os tribunais superiores e a toda a magistratura, órgão que exerce, eu insisto, função legislativa.

Além disso, não seria razoável excluir outros mecanismos capazes de promover a participação da sociedade no exercício do poder de criar normas jurídicas no âmbito judicial. Por exemplo, as já existentes audiências públicas e *amicus curiae*, entre outros que venhamos a inventar. Por que não pensar em júris constitucionais para julgar casos altamente controversos? Júris compostos de pessoas afeitas ao tema, de variadas origens e formações, escolhidos por uma combinação de mérito e sorteio?

É importante reconhecer que estes mecanismos que procuram estabelecer um diálogo entre as Cortes e a sociedade ainda são incipientes e sua eficácia, muitas vezes, é contestada pela literatura especializada (para uma boa visão do problema ver GODOY, 2017). Mesmo assim, é necessário insistir nesse caminho se quisermos sanar o déficit de legitimação e o risco aristocrático que uma visão e uma prática construtiva da racionalidade jurisdicional instaura no coração da separação de poderes.

Para uma teoria crítica da indeterminação

Como se vê, o problema da indeterminação, tomado em toda a sua complexidade, não admite soluções fáceis e definitivas. Trata-se de um problema radical que toca nas características mais fundamentais do estado democrático de direito como o conhecemos. É comum que uma questão com tais dimensões desperte delírios de grandeza intelectual. Afinal, de um lado, se ela abre novas possibilidades para o pensamento e para a ação, de outro, também pode gerar vertigens, em razão da amplitude das possibilidades de mudança que se descortina diante de nossos olhos, o que pode contribuir inclusive para o surgimento de fantasias regressivas.

Em ambos os casos, a ânsia por solucionar o problema de vez talvez seja, afinal, expressão da dificuldade de suportar a indeterminação do direito e da democracia no mundo contemporâneo a par da visão construtiva da racionalidade jurisdicional o que pode motivar tentativas de excluir da política e da disputa pelas forças sociais determinados bens e valores. Ou, ao menos, na tentativa de limitar o debate sobre esses mesmos bens e valores a uma elite esclarecida, supostamente capaz de gerir racionalmente o processo de disputa social, por exemplo, sobre a riqueza econômica e sobre o reconhecimento simbólico.

Uma visão como essa, que poderíamos caracterizar de “demofóbica”, sem negligenciar a necessidade de gerir as escolhas sociais com cuidado e racionalidade, não deve ser descartada. Ela faz parte do jogo, possui legitimidade para disputar as ideias na esfera pública. No entanto ela não pode servir para naturalizar uma determinada visão do direito, do Judiciário, da separação de poderes e da racionalidade judicial, levando a crer que a questão da indeterminação poderia ser solucionada de uma única maneira, por exemplo, com a construção de uma Teoria do Direito

filosoficamente mais sofisticada do que todas as demais a ser utilizada para decidir problemas jurídicos por uma elite intelectual esclarecida operando em apartado do debate político que ocorre na esfera pública.

Como tentamos demonstrar neste texto, esse não é um problema estritamente teórico, mas antes um problema ao mesmo tempo político, econômico, social, filosófico e jurídico. Um problema que exige uma abordagem multidisciplinar, que pode ser construída a partir das reflexões desenvolvidas pela Teoria Crítica da Sociedade. Por isso mesmo, é necessário adotar uma visão crítica da indeterminação, a qual eu procurei inaugurar neste texto, uma visão que nada mais é do que a expressão jurídica de uma defesa normativa da diversidade social e da democracia radical, no contexto jurisdicional, operada por Juízes e Juízas especializados, mas, para o bem da democracia, mundanos, demasiadamente mundanos.

Referências

- AGUIAR, Thais Florêncio de. *Demofobia e Demofilia: Dilemas da Democratização*. Rio de Janeiro: Azougue/IESP, 2018.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes: 2006.
- COVER, Robert. “*A Violência e a Palavra*”. Trad. Mauricio Pedroso Flores, Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas (no prelo), 2019.
- DIMOULIS, Dimitri. *O Positivismo Jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Argumentação Jurídica*. São Paulo: Manole, 2014.
- GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a Constituição ao Povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- HART, H. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica ao direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito. Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCHAUER, Frederick. *Playing By The Rules*. Oxford: Oxford University Press/Clarendon Press, 1991.
- STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- URBINATI, Nadia. *Democracy Disfigured. Opinion, Truth and the People*. Cambridge M.A.: Harvard University Press, 2014.
- URBINATI, Nadia. *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.
- VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty*. Cambridge MA: Harvard University Press, 2016.
- WEBER, Max, "Rejeições religiosas do mundo e suas direções". In: Weber, M. *Max Weber: Textos selecionados*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 237-268.

A RELAÇÃO DIREITO, MORAL E POLÍTICA: PRELÚDIO DE UMA GUERRA ANUNCIADA

Lenio Luiz Streck*

Introdução: da importância de se dizer o óbvio

O tema ora trabalhado é o Direito como instrumento de “guerra”. Assim, se chegamos a esse ponto, nada mais adequado que “um grito de guerra em favor de uma Teoria da Decisão Judicial” como abertura para o ensaio que segue.

Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los (...) o Judiciário é, sem comparação, o mais fraco dos três poderes (...) isto é, enquanto o Judiciário permanecer separado tanto do Legislativo como do Executivo, pois aceito que “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado dos poderes Legislativo e Executivo”. (HAMILTON; MADISON; JOHN, 2003, p. 470)

Os Federalistas nos anteciparam algo fundamental: Constituição e Lei – aquilo que garante que a Jurisdição se manterá em um plano sereno e isento, no qual deve permanecer, sem jamais pôr-se em plena corrida, como talvez dissesse, por acidente, Joseph K.¹ – são texto, e por isso seus sentidos enquanto normas nascem apenas a partir de processos interpretativos. Dito de outro modo: de nada adianta um arcabouço constituio-

* Doutor em Direito (UFSC). Pós-Doutor em Direito (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – RS e Universidade Estácio de Sá (UNESA) – RJ.

¹ Personagem central da obra póstuma de Kafka, “O Processo”.

nal que garanta uma separação funcional nítida entre os três ramos do Poder e uma carta exaustiva de direitos fundamentais, se os textos que protegem princípios e garantias (v. g. ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), serão ditos conforme a vontade do intérprete, à revelia do texto.

O Direito é, por sua vez, garantia, mas, ao mesmo tempo, algo que deve ser garantido. É garantia, por ser condição de possibilidade para o que se compreende enquanto Estado Democrático de Direito, devendo ser garantido, na medida em que se manifesta por meio da interpretação – dos cidadãos, dos agentes políticos, mas, principalmente, das Cortes. Nesse sentido, não basta afirmá-lo – em um plano epistemológico – é preciso defendê-lo. É preciso que se diga o que é Direito e, ao mesmo tempo, que se diga como ele deve ser aplicado, ou então, o sonho Federalista – tão importante para a estruturação do que concebemos – em termos de institucionalidade – como separação entre os Poderes da República, sempre sucumbirá ao arbítrio do solipsismo.

No fundo, o que temos é um eterno retorno à Teoria do Direito, e, com a pergunta “o que é o Direito?”, o diálogo acerca das ideias de dicotomia entre fato e valor, texto e norma, torna-se inevitável. Mas o que importa para o presente ensaio – a Crítica Hermenêutica do Direito, passa todas essas discussões (STRECK, 2013, p. 455; 2017a, p. 316; 2017b, p. 282; 2017c, p. 712; 2017d, p. 251; 2017e, p. 128; 2018, p. 182) – é dizer a seguinte obviedade: ativismo judicial e, principalmente, Lawfare, são apenas produto de uma comunidade jurídica que não se preocupa com o desenvolvimento de uma Teoria da Decisão Judicial.

O presente texto procura, dessa forma, especificar quais são as características de um lawfare e, com isso, relacioná-lo ao problema da predação do Direito por fatores externos, reforçando a necessidade do retorno à Teoria do Direito, tendo em vista que é a partir desse esforço que se pode efetuar o constrangimento dessa prática.

Quando o Direito vira a arma

Warfare é um termo em inglês que remete à guerra, conflito – e, por óbvio, todos seus termos correlatos. Law, por sua vez, é uma palavra

que, na tradução, significa tanto lei quanto Direito. Nesse sentido, pode-se depreender que lawfare, portanto, é uma espécie de tática conflituosa na qual o Direito é utilizado como arma contra um inimigo específico. A expressão foi cunhada por John Carlson e Neville Yeomans, para quem lawfare representava um novo modelo de duelo – não mais com espadas, mas com palavras (CARLSON; YEOMANS, 1975).

Para o Lawfare Project, think thank jurídico voltado à promoção de acesso à justiça visando à proteção dos direitos humanos e civis, lawfare é o “campo de batalha jurídico” que se utiliza “das leis e sistemas jurídicos ocidentais para atingir fins militares estratégicos ou políticos” (THE LAWFARE PROJECT). A organização tem seu conceito baseado na produção acadêmica do Major General Charles J. Dunlap, Jr., professor da Duke University, para quem lawfare é “o uso ou mau uso do Direito como substituto de meios tradicionais para que se atinja um objetivo operacional” (DUNLAP JR, 2015).

A partir dessas definições, e, claro, da própria junção de law e warfare, o significado da expressão lawfare torna-se muito claro; para melhor compreendê-la, porém, é necessário, primeiro, visualizá-la, para, depois, trabalhá-la não como um fenômeno isolado, único e *sui generis*, mas abordá-la, especialmente, como um sintoma da falta de autonomia do Direito.

Não é necessário que se vá muito longe para que o fenômeno seja exemplificado. A inversão do ônus da prova é uma forma de lawfare. Se esta na lei processual que o ônus da prova é do acusador, de que modo se pode transferir esse ônus ao réu? Resposta simples: utilizando o Direito como “não Direito”, substituindo os meios democráticos de aferição da culpa. Outra forma de lawfare é lançar mão do “método” primeiro decidido e depois busco o fundamento. Trata-se, nesse caso, de colocar os fins (condenação) em primeiro plano, deixando os meios apenas como ornamento. Em termos de paradigmas filosóficos, trata-se de uma fraude. Do mesmo modo, quando a Constituição estabelece claramente uma garantia e a Suprema Corte a torna tábula rasa, também estará presente a prática de lawfare.

Nelson Mandela, ativista na luta contra o *apartheid* na África do Sul, foi a mais óbvia vítima de lawfare até hoje: o líder sul-africano foi um

prisioneiro político por quase três décadas. Trazendo para o Brasil, o intelectual Caio Prado Júnior passou quase dois anos preso por “incitamento à subversão da ordem política e social” em razão de uma entrevista concedida a um jornal universitário, editado por estudantes. Exemplos não faltam. O ponto, principalmente, é que isso decorre de um discurso segundo o qual narrativas judiciais podem ir para qualquer lado. Diferentemente do famoso Caso Dreyfus – em que um oficial francês, judeu, servindo de bode expiatório, foi condenado por traição, em que se vê um processo fraudulento (algo, por óbvio, gravíssimo), a *lawfare* parte justamente da construção fraudulenta de raciocínio jurídico para perseguir fins politicamente orientados.

O caso brasileiro: Lavajato e Lawfare

Na história recente do Brasil, um exemplo ainda mais contundente diz respeito à condenação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a nove anos de prisão por corrupção e lavagem de dinheiro no caso envolvendo apartamento tríplice no Guarujá, por envolver esses e uma série de outros fatores em um único documento: o juiz Sérgio Moro, em sua sentença, utilizou-se de uma construção que pode, facilmente, caracterizar a *lawfare*: presunções, inversão do ônus da prova, parcialidade e juízos morais. À título de exemplo, vejamos que o juiz Sérgio Moro diz, nos parágrafos 635 e 636 da sentença, que “[c]aso a situação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de Marisa Letícia Lula da Silva em relação ao apartamento 164-A, tríplice, fosse de potenciais compradores, seria natural que tivesse alguma discussão sobre o preço do apartamento, bem como sobre o valor gasto nas reformas, já que, em uma aquisição usual, teriam eles que arcar com esses preços, descontado apenas o já pago anteriormente”. Contudo, afirma que “não há qualquer prova nesse sentido, um documento por exemplo, ou relato de testemunhas a respeito de eventual discussão da espécie”. Ora, incumbir ao réu o ônus de provar sua inocência é trabalhar com, ao invés da (obrigatória) presunção de inocência, uma presunção de culpa.

A sentença de Moro, ainda, faz uso do explanacionismo, uma tese jurídica proposta pelo Ministério Público Federal no sentido de que a tese acusatória é (deve ser) verdadeira porque é a que melhor explica as evi-

dências. É o Direito Penal trabalhando a partir de probabilidades. O próprio juiz, trazendo essa teoria da probabilidade para o campo da prova penal, vai mencionar que os fatos foram provados além de uma “dúvida razoável”. Mas o que exatamente é uma “dúvida razoável”? É a abertura pela qual se introduz a lawfare.

Há, ainda na decisão do Magistrado, uma série de outros elementos típicos de uma verdadeira lawfare, como o uso de uma reportagem veiculada pela mídia como meio de prova e passagens que não atingem critérios mínimos para que passe no teste da condição hermenêutica de sentido, critério que a Crítica Hermenêutica do Direito utiliza para identificar incongruências e inconsistências discursivas em uma peça judiciária; veja-se:

Se dissermos que “chove lá fora”, esse enunciado pode ser falso ou verdadeiro, bastando colocar a partícula “não” e olhar para fora. Com isso, verifica-se que o enunciado “chove lá fora” é falso. Entretanto, se dissermos – utilizando um exemplo que Luis Alberto Warat (1995a, p. 41) trazia frequentemente – que “os duendes se apaixonam em maio”, esse enunciado é impossível de ser verificado. Se dissermos que os duendes se apaixonam em maio ou setembro ou que os duendes não se apaixonam, que importância isso terá, a não ser no campo da poética ou da ficção? Enunciados retóricos e argumentos performativos costumam ser anêmicos, vazios de conteúdo (os neopositivistas diziam que eram enunciados metafísicos). Por vezes, a simples colocação da negação (ou, se for o caso, de uma afirmação) tem o condão de desmontar um discurso com pretensões de verdade e que tão-somente esconde um conjunto de raciocínios subjetivistas e/ou ideológicos. (STRECK, 2017a, p. 233)

Com efeito, no Parágrafo 474 da sentença, o juiz Sergio Moro afirma que o depoimento do “ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva é até mesmo inconsistente com a nota publicada em 12/12/2014 pelo Instituto Lula em resposta às matérias divulgadas na época na imprensa”. No parágrafo 476, diz que “[é] certo que a nota foi emitida pelo Instituto Lula, mas tratando-se de questão pessoal atinente ao ex-Presidente, é impossível que o Instituto não o tenha consultado acerca do teor da nota”. Ora: qual é o tamanho do Instituto Lula? Quantos funcionários tem? Por qual motivo, exatamente, seria “impossível” que o ex-Presidente Lula não ti-

vesse sido consultado sobre a nota? Não poderia ter sido sua assessoria de imprensa, por exemplo? Veja que, na frase do juiz, caso a palavra “possível” fosse trocada por “impossível”, nada mudaria: “(...) tratando-se de questão pessoal atinente ao ex-Presidente, é possível que o instituto não o tenha consultado acerca do teor da nota”. É evidente que não há nenhuma comprovação empírica do enunciado. Ele é arbitrário, pois serve tanto para condenar quanto para absolver. Parcela considerável do que está dito nas três centenas de laudas não passa pela condição semântica de sentido. Coloque a palavra “não” antes de cada um dos enunciados e constate.

Cumpre, ainda, ressaltar que a sentença não é o único exemplo de lawfare do Caso Lula; é a consequência de todo um processo trabalhado a partir da já mencionada lógica da presunção de culpa. Esse, inclusive, é o entendimento de John Comaroff, especialista no fenômeno da lawfare e professor da Universidade de Harvard. Para o autor, o juiz Sergio Moro, ao divulgar, através da imprensa, conversas gravadas do ex-Presidente, trabalhou com a lawfare. Moro, nas palavras de Comaroff, manipulou a lei justamente para criar uma presunção de culpa (BILENKY, 2016).

Por que falamos de uma guerra anunciada?

Se desejamos entender o lawfare enquanto fenômeno, para além dos exemplos, devemos pensá-lo, também, a partir dos predadores externos do Direito; notadamente, a economia, a moral e a política – sendo os dois últimos os mais importantes para este momento. O que é mais sintomático de um Direito predado pela moral e pela política que sua utilização como arma visando a um inimigo político? Aliás, essa é exatamente a origem da lawfare: serve para usar um “direito de e na guerra”, pressupondo sempre um “inimigo”. É evidente que, mesmo falando politicamente, isso é inaceitável. Explorar os riscos que a lawfare representa para uma comunidade democrática não exige um grande ônus argumentativo. Um jurista, contudo, tem o dever de abordar a gravidade disso também a partir da ameaça que essa realidade representa ao próprio Direito.

Portanto, a lawfare está umbilicalmente ligada com o papel dos predadores do Direito. Afinal, se a moral e a política corrigem o Direito, quem corrige a moral e a política? É esse o ponto. Quando aceitamos que

o Direito perca (ou não exerça) o elevado grau de autonomia que este exige, aceitamos que ele seja filtrado por seus predadores externos. E essa autonomia deve ser entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um Direito produzido democraticamente e que institucionaliza suas dimensões intercambiáveis, de forma a funcionar como blindagem contra seus próprios predadores externos, sendo essa, portanto, sua própria condição de possibilidade (STRECK, 2009).

Que a lawfare é um instrumento de perseguição ilegítimo e antidemocrático, é evidente. Lawfare transforma o Direito em um jogo de cartas marcadas. Faz com que, por exemplo, a teoria da prova no processo penal regreda às ordálias. Lawfare é anti-acusatório. O ponto menos óbvio que deve ser frisado, repetido, pois, é que a lawfare é uma consequência sintomática de um Direito que cede aos seus predadores, não só aos já mencionados predadores externos, mas também os internos, e não exerce o elevado grau de autonomia que exige. Aqui, cabe uma explicação: Entre os predadores externos (porque exógenos), temos, como já dito, especialmente, a moral, a política e a economia. Já os predadores internos (porque endógenos), por sua vez, logicamente, são aqueles que já estão dentro do próprio Direito: os decisionismos, o livre convencimento do julgador, a fragilização da coisa julgada, o desprezo aos limites semânticos do texto constitucional etc. É mais que evidente que todos atuam de forma a favorecer a lawfare, uma vez que uma instituição que admita que se (i) decida com base na moral e/ou na política, (ii) aceite o livre convencimento do julgador, e (iii) ignore as amarras da lei, estará invariavelmente permitindo que o Direito sirva como arma política. Lawfare, portanto, é a antítese de se decidir por princípio². Nada mais do que (mais) um subproduto de teorias não-cognitivistas éticas.

² Decidir por princípio é um agir político pautado em princípios morais, que orientam como deve ser a melhor forma de agir para construir uma boa vida (o que, em última instância, talvez nos remeta até mesmo à εὐδαιμονία, ou eudaimonia, de Aristóteles e seus ideais de boa vida), compartilhados por uma comunidade política (DWORKIN, 2010). Se quisermos estabelecer uma espécie de critério negativo, pode-se perfeitamente dizer que decidir por princípio, portanto, significa não ser consequencialista, relativista, subjetivista, decisionista, pragmatista... ou seja, decidir por princípio será sempre o oposto de importar qualquer forma de ceticismo ao Direito.

Explicando melhor: Lawfare é uma postura/estratégia que, no plano da meta ética, pode facilmente ser enquadrada como não-cognitivista. Uma postura não-cognitivista é melhor explicada a partir de seu antônimo lógico: o cognitivista ético. Para um cognitivista, é possível “produzir, conhecer e comunicar, com algum grau de objetividade, juízos de certo e errado referentes à ação humana”. Para o não-cognitivista, portanto, por outro lado, não há qualquer possibilidade ou mesmo sentido em se falar em fatos morais ou verdades objetivas no campo da ação humana (FERREIRA NETO, 2015, p. 141).

Por óbvio, seria plenamente possível que se discorresse com muito mais vagar sobre as propostas de tradições metaéticas e suas subdivisões; o ponto que importa, aqui, porém, é que, do ponto, se pode compreender que uma tradição jurídica não-cognitivista considera que não existe, no Direito, a possibilidade de que se chegue a uma resposta correta (portanto, uma resposta adequada à Constituição). E isso é gravíssimo.

Por quê? Ora, porque, com efeito, disso tudo se segue que teorias não-cognitivistas – e, portanto, céticas – constituem um problema na medida em que, nelas, há uma crença de que a verdade, com um mínimo grau de objetividade, não importa. Quer dizer: paradoxalmente, para essas teorias, “só é verdade que não existe verdade”. Decisões são, para os não-cognitivistas éticos, atos de poder. Portanto, podem ser quaisquer atos. Além da evidente contradição em que incorrem, no perfeito Paradoxo de Epimênides (Epimênides dizia que “todos os cretenses são mentirosos”; Epimênides era um cretense), as posturas não-cognitivistas, consciente ou inconscientemente, reforçam a ideia de que sentenças e acórdãos são atos de escolha e poder, e não de decisão e responsabilidade política.

Quando a verdade é puramente consensual ou resultante de uma *práxis* argumentativa, ela não é verdade. É o que se pode chamar de pós-verdade. A prova judiciária se transforma em uma mera narrativa, feita ao talante do detentor do poder de dizer o sentido. Portanto, estando o juiz ou o membro do Ministério Público utilizando a estratégia lawfare, o cidadão fica à mercê de um jogo (de poder). Simples. Na medida em que o consenso (ou senso comum) do Direito brasileiro parece assumir, cada

vez mais, a tese de que é verdade que não há verdades, o lawfare é perpetuado.

Tudo isso porque, a partir de qualquer concepção cética, torna-se impossível exercer um controle racional das decisões jurídicas. O não-cognitivismo ético e, portanto, o relativismo, estabelece que o Direito, por exemplo, será tão somente aquilo que a decisão judicial disser que é. E isso resultará de um ato de verificação empírica. Um ato de poder. De vontade. Não é necessário que se tenha uma teoria robusta sobre a prova³. Prova será simplesmente aquilo que o intérprete (usando a lawfare) quiser que ela seja. Enquanto a postura não-cognitivista não concebe a possibilidade de existir qualquer forma de realidade moral objetiva, ela aceita abrir mão de critérios pelos quais se possa classificar uma decisão jurídica como certa ou errada.

Lawfare é uma manifestação do relativismo moral no Direito. O relativismo pressupõe que algo será certo ou errado apenas circunstancialmente. O único critério que fundamenta um juízo prático, para o relativista, vai sempre depender de convenções contingenciais. Como bem lembra Arthur Ferreira Neto, o relativista parte de um pressuposto equivocado de que aquele que admite a existência de absolutos éticos estaria, necessariamente, afirmando que todos os juízos de valor teriam um status absoluto. Disso se segue que o relativista, sem uma decorrência lógica de uma premissa a outra, pressupõe que, sendo alguns juízos relativos, todos os juízos são relativos (FERREIRA NETO, 2015, p. 175-176). O relativismo, ao cair na velha guilhotina de Hume (por derivar, sem argumentar logicamente, um dever ser de um ser), assume que tudo é uma questão de convenção.

E se é tudo uma questão contingencial, de convenção, o relativismo moral no Direito vai, portanto, invariável e inexoravelmente, ligar-se ao convencionalismo jurídico, segundo o qual a natureza do Direito e, pois, sua força normativa, liga-se meramente a questões de práticas sociais. Se considerarmos que é tudo uma questão relativa, circunstancial e de convenção, estaremos, concomitantemente, contribuindo para que se fortale-

³ Sobre o tema, ver Streck, Raatz e Dietrich (2017, p. 390-416).

çam as condições de possibilidade para que o lawfare, antidemocrático por essência, torne-se uma prática recorrente e difundida.

Se há qualquer dúvida de que essa espécie de relativismo moral importada pelo Direito é um dos fatores que acaba por perpetuar e, em última instância, legitimar a lawfare, atente-se para o seguinte: há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política, e o escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, é um ato de agir estratégico (uma ação orientada ao êxito, com objetivos parciais, que visa aos resultados; uma espécie de “cálculo egoêntrico” (HABERMAS, 1987, p. 367)). A relação com a lawfare, pois, é evidente. Em um contexto democrático, as instituições (Poder Judiciário e Ministério Público) devem ser imparciais. Logo, não pode dizer simplesmente o que quiserem. Há uma estrutura externa que deve constri-la a sua subjetividade, e essa estrutura é formada pela Constituição, pelas leis, pelas teorias da prova e sobre a verdade.

Um ponto importante a ser destacado é que a responsabilidade política que substitui ao agir estratégico (algo que deve pautar a conduta de um advogado, por exemplo, que tem o direito – e, fundamentalmente, o dever, a obrigação – de defender seu cliente) não é um ônus que recai somente ao juiz: cabe, também, ao Ministério Público, que, constitucionalmente falando, deve ser imparcial. Se o MP fizer agir estratégico, comporta-se como advogado. Mas, ao agir como advogado, por óbvio, equipara-se a este, e não ao Magistrado. Ora, como o Juiz, também o Ministério Público, ao oferecer uma denúncia, decide e não escolhe. E, se escolhe, faz ato de poder. Deixa de agir por princípio. Se estiver imbuído de lawfare, já não há autonomia do Direito.

Conclusão

A questão fundamental, numa palavra final, é que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Quando a aplicação do Direito pelos juízes e Tribunais é feita a partir de ceticismos, pragmatismos, teleologismos, sem uma adequada criteriologia que mire em uma resposta

correta⁴ – lembrando-se, especialmente, que, em um Estado Democrático, os cidadãos têm um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada –, abre-se espaço para que a jurisdição seja utilizada como uma arma política. Em um cenário em que o Direito não tem autonomia, e que o relativismo consensual considera não haver verdades ou respostas corretas, quem perde é a democracia. E o que segura e garante a democracia é, justamente, o Direito.

Referências

- BILENKY, Thais. *Professor de Harvard vê ‘presunção de culpa’ contra Lula na Lava Jato*. São Paulo, Folha de S. Paulo, (2016). Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 04 out. 2017.
- CARLSON, John; YEOMANS, Neville. *Whither Goeth the Law – Humanity or Barbarity*. Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: <<http://www.laceweb.org.au/whi.htm>>. Acesso em: 04 out. 2017.
- DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare*. Durham: Carolina Academic Press, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a Fundamentação no Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, “Constituição e autonomia do Direito”*. São Leopoldo, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 2009.
- 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, 2017a.

⁴ Sobre o tema, ver o verbete Resposta adequada à Constituição (resposta correta) (STRECK, 2017a).

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. *Sobre um possível diálogo entre a Crítica Hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade*. Itajaí, Novos Estudos Jurídicos, 2017.

THE LAWFARE PROJECT. *What Is Lawfare?* Disponível em: <<https://thelawfareproject.org>>. Acesso em: 04 out. 2017.

OBSERVAÇÃO LUHMANNIANA

Leonel Severo Rocha*

Observação¹

A dogmática jurídica sempre procurou a partir da perspectiva normativista determinar uma evidência cartesiana a partir da construção de proposições ligadas a **descrição** verdadeira ou falsa das proposições da ciência do Direito. A sociologia weberiana, por sua vez, apontou para a existência de somente um tipo de racionalidade centrada na **compreensão** dos atores sociais. Em outro patamar, muito além das insuficiências epistemológicas da ontologia da verdade e da metafísica da compreensão, Niklas Luhmann propõe a **observação**. Trata-se de uma observação da complexidade e não um retorno *naif* ao descritivismo da dogmática.

A observação do Direito é, portanto, como vamos introduzir neste texto, uma das grandes contribuições da teoria luhmanniana para a renovação da dogmática jurídica do século XXI. Para tanto, far-se-á uma breve introdução a perspectiva de Luhmann, relacionando-a com os novos temas da discussão teórica atual: Racionalidade, Teoria Geral dos Sistemas, Tempo, Verdade, Autopoiese, Normativismo, Pluralismo Jurídico, Paradoxo, Hiper ciclo e Policontexturalidade.

Luhmann, numa homenagem ao sobrinho de Wittgenstein, o prêmio Nobel Heinz von Foerster (1979), analisa a famosa perspectiva proposta por Foerster para a observação: **o ponto cego**. Para Luhmann (1995), o valor dessa observação não é plenamente percebido se o indivíduo con-

* Doutor pela EHESS (Paris – França); Pós-Doutor pela UNILECCE – Itália; Prof. Titular da UNISINOS, Prof. da UCS. E-mail: leonel@unisinós.br.

¹ Este texto faz parte do projeto de pesquisa sobre desenvolvido na UNISINOS e é apoiado pelo CNPq.

tinua preso à unidade de um sujeito do conhecimento, pois, na observação, sempre existe uma pluralidade de sujeitos. E também os sujeitos observam o mesmo mundo com olhares paralelos. De acordo com Luhmann (1995, p. 60), a epistemologia clássica se interessaria pelas relações intersubjetivas, em que cada sujeito produziria a mesma observação e o mesmo mundo. Daí o problema de se encontrar a verdadeira observação ou, como aponta Platão, o erro.

Heinz Von Foster, segundo Luhmann (1995, p. 61), propõe algo mais avançado: **observing systems**. Uma cibernética de segunda ordem ou cibernética de observação de observadores. Com isso, passa-se da observação **monocultural** a outra, **policontextual**. Sob esse aspecto, Luhmann (1995, p. 62) afirma que se “supera a banalidade de se postular a intersubjetividade como algo *sui generis*”. Essa observação da complexidade poderia ser feita, conforme Gotthard Gunther, a partir de cálculos matemáticos, mas também seria aplicada a sistemas empíricos. Assim, tem-se uma lógica de múltiplos valores e se acentua a **operação empírica de observar** (Luhmann).

Para Foster, a observação como operação implica a fórmula **Draw a distinction!** Dessa forma, Luhmann, aproxima Foster de George Spencer Brown. Segundo Luhmann, uma distinção sempre tem dois lados e eventualmente passa de um lado a outro (Spencer Brown: crossing). Deve indicar (Spencer Brown: indicate) o que se observa. Portanto, para Luhmann (1995, p. 63), a observação seria uma operação que utiliza uma distinção para indicar um lado (e não, o outro). Em consequência, é uma operação com dois componentes: a distinção e a indicação, que não se podem amalgamar nem se separar operativamente. Como se sabe, isso leva ao problema da autorreferência, que Francisco Varela resolve com a self-indication.

Na observação de segunda ordem, poder-se-ia ser tentado a recuperar a metalinguagem do neopositivismo lógico e verificar se a linguagem de primeira ordem é verdadeira ou falsa. Mas Luhmann ultrapassa a questão desde Maturana e vai além dele, analisando se os sistemas sociais são sistemas operativamente fechados, autorreferenciais ou autopoieticos, colocando por base a **comunicação**. Desse modo, Luhmann substitui a teoria do conhecimento, baseada no sujeito, por uma teoria do co-

nhecimento, que poderia denominar-se construtivismo operativo (Luhmann). A “distinção ontológica ser/não ser perde a sua primazia teórica e a forma binária da lógica clássica, sua primazia metodológica” (LUHMANN, 1995, p. 69).

Nessa linha de ideias, para Luhmann (2002), pode-se observar a sociedade moderna desde uma visão que operacionaliza o sentido por meio de conceitos como os de fechamento operacional, função, codificação/programação, diferenciação funcional, acoplamento estrutural, auto-descrição e evolução.

Racionalidade e epistemologia

Neste item, tem-se a intenção de contribuir para a observação do lugar onde se insere a teoria luhmanniana no quadro epistemológico das ciências sociais e jurídicas. Parte-se da proposta de que existe uma sociologia da modernidade. Para Danilo Martuccelli, a modernidade

designa exatamente a sociedade contemporânea e o tempo presente. A interrogação sobre o tempo atual e a sociedade contemporânea é o denominador comum da modernidade. Segundo Martuccelli, a sociologia da modernidade provém de um duplo movimento voltado para a construção de representações globais adequadas e da consciência imediata de sua ruptura com a realidade. (MARTUCCELLI, 1999, p. 11)

A modernidade se relaciona, nessa ótica, com uma reflexão que jamais consegue conciliar dois projetos simultâneos: de um lado, a vontade de produzir modelos estáveis da realidade social, e, de outro, a consciência de que a situação social sempre é indeterminada, e o mundo, irrepresentável. O dilema da modernidade é a proposta de elaboração de uma racionalidade de um mundo, que se sabe que não se pode observar completamente devido a sua diferenciação.

De acordo com Martuccelli, a sociologia possui três matrizes principais: a diferenciação social, a racionalização e a condição moderna. A partir dessas matrizes, elabora-se o contraponto da modernidade desde a chamada crítica pós-moderna. É dentro desse vasto campo analítico que se pode introduzir a obra de Niklas Luhmann nas ciências sociais. Para

Martuccelli, ele se insere no caminho aberto por Émile Durkheim, denominado de diferenciação social. Na mesma linha, destacam-se Talcott Parsons e Pierre Bourdieu. Porém, entende-se que, além dos aspectos da relação entre diferenciação e integração de Durkheim, existem claros pontos de contato com as ideias de racionalização de Weber, Foucault e Habermas.

Teoria Geral dos Sistemas

Niklas Luhmann, para enfrentar essas questões, recorre à Teoria Geral dos Sistemas²: Essa teoria, ao longo dos anos 50, foi aprofundada por Ludwig von Bertalanffy, partindo da ideia de que a maior parte dos objetos da física, astronomia, biologia e sociologia formam sistemas.

O sistema seria um conjunto de partes diversas que constituem um todo organizado com propriedades diferentes daquelas encontradas na simples soma de partes que o compõem. A ideia de Bertalanffy, de uma “ciência geral da totalidade”, baseava-se na sua observação de conceitos e princípios sistêmicos, que podem ser aplicados em muitas áreas diferentes de estudo. Tendo em vista que os sistemas vivos abarcam uma faixa tão ampla de fenômenos, envolvendo organismos individuais e suas partes, sistemas sociais e ecossistemas, acreditava-se que uma teoria geral dos sistemas ofereceria um arcabouço conceitual geral para unificar várias disciplinas científicas que se tornaram isoladas e fragmentadas.

Tal teoria geral foi arquitetada, baseando-se num conjunto coerente de conceitos gerais, tais como sistema, rede, não linearidade, estabilidade, entropia e auto-organização. Tais avanços, aliados à ideia de sistema, trazem alterações surpreendentes ao paradigma epistemológico e à própria concepção de ciência. Para Bertalanffy, “o que torna possível converter a abordagem sistêmica numa ciência é a descoberta de que há conhecimento aproximado. O velho paradigma baseia-se na crença cartesiana da certeza do conhecimento científico.

² Neste item, retomam-se algumas ideias do texto do autor deste trabalho, publicado no Anuário do PPGD-UNISINOS, em colaboração com Jeferson Dutra (2005), intitulado Notas Introdutórias à Concepção Sistemista De Contrato.

No novo paradigma, é reconhecido que todas as concepções e todas as teorias científicas são limitadas e aproximadas. “A ciência nunca pode fornecer uma compreensão completa e definitiva”.

A teoria geral dos sistemas desenvolveu-se conjuntamente com o desenvolvimento de três estudos fundamentais: a teoria dos jogos, de Von Neumann e Morgenstern (1947), a teoria cibernética, de Wiener (1948) e a teoria da informação, de Shannon e Weaver (1949). O fato de tais estudos aparecerem aproximadamente no mesmo momento conduziu a Teoria Geral dos Sistemas a um novo patamar, deixando as áreas restritas da matemática e da biologia para aliar-se às chamadas ciências da nova tecnologia.

Sistema Social

A sociedade, nessa perspectiva, pode ser observada como sendo um sistema social. Para Walter Buckley (1971), existem três modelos de sistemas sociais contemporâneos: o modelo mecânico, o modelo orgânico e o modelo de processo. O modelo de processo

encara tipicamente a sociedade como uma interação complexa, multifacetada e fluida de graus e intensidades amplamente variáveis de associação e dissociação. A estrutura é uma construção abstrata e não algo distinto do processo interativo em marcha, mas a sua representação temporária, acomodativa, em qualquer tempo. (BUCKLEY, 1971, p. 37)

De acordo com Buckley, o modelo de processo foi predominante no século XX, na sociologia dos EUA, onde se destacou a chamada *Escola de Chicago*. Como oposição a essa perspectiva, ter-se-ia o marxismo a partir da concepção da história como processo dialético, “pelo qual novas estruturas emergem de condições imanentes em estruturas anteriores” (BUCKLEY, 1971, p. 38). Buckley afirma que os sistemas implicam uma abordagem da sociedade a partir das ideias de organização e informação. A organização teria como sua gênese a institucionalização e a construção de papéis em instituições. No entanto, para Buckley, temáticas imprevisíveis sempre ocorrem no interior dos sistemas, forçando a que se leve em consideração o controle social do que ele chama *comportamento aberrante* (desvios e condutas marginais).

Pode-se salientar, nesse momento, que a teoria dos sistemas, sob uma perspectiva mais geral, se impõe em todas as questões da sociedade, da economia e da engenharia, sendo a forma utilizada para a observação da modernidade.

Nesta linha de ideias, depois de Weber, sabe-se que a racionalidade é uma adequação entre meios e fins. Embora não se acredite em uma razão a priori, para Jon Elster (1992, p. 15), a racionalidade é uma questão crucial quando se vincula com o problema da mudança tecnológica, com o risco e as contradições entre as forças e relações de produção. Isso se deriva das diversas perspectivas surgidas entre os debates das teorias evolucionistas e os diferentes níveis de complexidade no tempo. Karl Popper, por sua vez, propôs uma metodologia científica voltada a um tipo de explicação dirigida à invenção. Gaston Bachelard, de uma maneira semelhante, aponta que a construção da racionalidade científica se inicia com a ruptura com os modelos dominantes de ciência. No entanto, Jon Elster entende que a racionalidade necessita sempre distinguir entre explicações causais, funcionais e intencionais, que correspondem, em termos muito amplos, às ciências físicas, biológicas e sociais.

Em outras palavras, Jon Elster propõe para a sociologia a análise dessa complexidade a partir da dicotomia entre teorias da escolha racional e teorias evolucionistas, que implicam a distinção entre explicação intencional e funcional. A sociedade, para Elster, precisa criar um modelo que possa interagir com essa explicação e, ao mesmo tempo, enfrentar o problema da mudança e transformação. Tal problema permanece.

Construtivismo

Na atualidade, a teoria dos sistemas renovou-se enormemente com as novas contribuições das ciências cognitivas, das novas lógicas e da informática, passando a enfatizar os seus aspectos dinâmicos. Do ponto de vista epistemológico, pode-se enfatizar a importância do chamado **construtivismo** para essa transformação. O construtivismo entende que conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente nas construções de um observador.

Para Niklas Luhmann, pode-se observar essa complexidade, apontada por Martuccelli, Elster e Buckley, aprofundando a diferença entre sistema e ambiente de Bartalanfy, a partir da epistemologia construtivista de Heinz von Foerster, que aponta para a observação de segunda ordem e para a revisão do modelo orgânico feita por Maturana e Varela com a ideia de autopoiese.

A grande contribuição de Luhmann é, portanto, a reunião dentro da concepção de sistema da diferenciação funcional e da racionalidade. Para tanto, ele redefine a noção de paradoxo e risco para resolver o dilema apontado por Elster entre explicação e intenção.

No entanto, a saída implica a colocação do sujeito como o outro lado da sociedade. A Escola de Chicago insistiu o quanto pôde na ideia de racionalidade do sujeito como apto a decidir, de maneira ótima, as questões. No caso da Escola de Chicago, seguindo a teoria econômica, o marxismo demonstrou que essa perspectiva ocultava relações de dominação, estruturadas na sociedade historicamente. Luhmann procura, assim, evitar a noção de sujeito racional individualista, mas sem cair no marxismo: evita uma dicotomia do tipo indivíduo x classe social. Propõe a comunicação como elemento constitutivo das organizações e, como tal, se pode observar a modernidade.

Na continuidade de tais ideias, a teoria luhmanniana recupera pontos importantes do modelo de processo, num primeiro momento, usando a teoria dos papéis e, num segundo, redefinindo o modelo pela autopoiese. Do ponto de vista de um modelo de processo autopoietico, o importante passa a ser a organização da sociedade. Por isso, os últimos textos de Luhmann o aproximam das relações entre organização e decisão como maneira de se afastar do individualismo. Ou seja, ressalta a importância da organização, do procedimento, no processo de tomada de decisões. Nesse sentido, ele se aproxima bastante de Herbert Simon e de March, pioneiros da teoria da organização. É claro que Luhmann observa a organização como sistema autopoietico.

Em razão disso, entende-se que um interessante guia para contatar os diferentes níveis dos portais luhmannianos seria relacioná-lo com as matrizes teóricas do Direito, a fim de, nesse campo temático, testar a sua

contribuição sobre a racionalidade e a diferenciação para a observação da dogmática jurídica.

Autopoiese

Essa observação diferenciada está sendo chamada de *teoria autopoietica*. Observa a sociedade como autopoiese³. Trata-se de uma denominação inusitada para os não iniciados. Porém, em grandes linhas, a ideia básica é, realmente, a partir de uma *observação autopoietica*, fornecer alguns critérios para que se possam entender as formas como o Direito e a cultura jurídica se manifestam no século XXI.

Essa teoria da autopoiese está relacionada, como se viu supra, com um dos grandes expoentes, na área do Direito, *Niklas Luhmann*. Tentar-se-á lembrar alguns momentos importantes da teoria de Luhmann para permitir que fiquem na memória comum. Luhmann condensa, de maneira magistral, todo o pensamento da *teoria dos sistemas autopoieticos* no livro que se chama "*A Sociedade da Sociedade*" (1997, edição em espanhol 2007)⁴. Trata-se de uma obra extremamente importante e que ainda será considerada, na sociologia do século XX, tão necessária como a de Max Weber (2004) ou de Talcott Parsons (1974) e, principalmente, no caso do Direito, pois grandes autores contemporâneos, como Habermas (1987), Derrida (1972) ou Foucault (ROCHA; PEPE, 2007), não são juristas, enquanto Luhmann trata, com destaque, do Direito, de qual partiu a sua formação. Trata-se de uma vantagem para os profissionais da área jurídica essa afinidade e essa identidade real de Luhmann para com os juristas.

Nesse livro, Luhmann propõe que se leve a sério um pressuposto básico da sociologia: *tudo está incluído dentro da sociedade*. Não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Tudo está dentro da socieda-

³ Niklas Luhmann, influenciado pelos biólogos chilenos Maturana e Varela (2003), lança as bases de sua teoria dos sistemas sociais autopoieticos em uma edição alemã (1984), com primeira edição em espanhol (1991). Será utilizada, neste ensaio, a edição espanhola.

⁴ Igualmente, utilizar-se-á, neste ensaio, a edição espanhola.

de. Sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social. Esse é o ponto de partida fundamental.

A partir de então, Niklas Luhmann assume a ideia de que essa sociedade é altamente complexa, pois tem muitas possibilidades diferentes de manifestação. De uma maneira simples, é possível se dizer que, na sociedade, pode acontecer tudo aquilo que pode acontecer. Tudo que se pode imaginar e observar pode acontecer. Porém, para se criarem certos sentidos perante esse excesso de possibilidades, surgiram, na sociedade, nesse processo de enfrentamento da complexidade, *sistemas*.

A sociedade criou, autoproduziu, comunicações; poder-se-ia dizer, em uma outra perspectiva, linguagens ou modelos, mas prefere-se dizer que surgiram *sistemas*. Sistemas, que ordenam essa complexidade a partir de certo tipo de perspectiva, conforme o tipo de diferenciação funcional evolutivamente consagrado. Para Luhmann, a “complejidad no es una operación; no es algo que un sistema ejecute ni que suceda en él, sino que es un concepto de observación y de descripción – incluida la autoobservación y la autodescripción” (LUHMANN, 2007, p. 101).

Pode-se ter, igualmente, “‘complejidad organizada’ que sólo puede llevarse a cabo mediante la formación de sistemas, puesto que ‘complejidad organizada’ no significa sino complejidad de relaciones seletivas entre los sistemas” (2007, p. 46). Por isso, pode-se dizer que existem sistemas sociais da Política, da Economia, e do Direito, porque, como sistemas funcionalmente diferenciados, fornecem critérios de identificação para cada uma dessas áreas do conhecimento. Como tudo isso está dentro da sociedade, todas as áreas do conhecimento surgem da sociedade e têm, por isso, autonomia, mas uma autonomia que existe na *diferença* dela com a sociedade. E não é uma diferença pronta, acabada, pois se elabora em operações. Trata-se de uma diferença que se constrói constantemente numa dinâmica que exige a autorreprodução de cada sistema, a partir de seus próprios elementos, diferenciando-se dos outros sistemas e se diferenciando dos ambientes, num processo constante.

Dessa forma, para Luhmann (1991), “complejidad (...) significa coacción de la selección. Coacción de la selección significa contingencia, y contingencia significa riesgo”. Esse processo necessita de critérios pró-

prios de auto-observação, critérios próprios de auto-organização, e essa é a grande questão do sistema, a sua organização (auto-organização). Se o sistema consegue se autorreproduzir com certa independência, isto é, se ele consegue se fechar operacionalmente, existe, então, um sistema autopoietico. Ou seja, sistemas autopoieticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autorreproduzirem a partir de um *código* e de uma *programação* própria. Conforme Luhmann (2002, p. 125), “la garantía de la autodescripción de las operaciones al sistema y, con ello, la garantía de la clausura operativa del sistema, requiere de un código único como esquematismo binario que excluya otras codificaciones y otros valores (terceros, cuartos, quintos) del código”. Essa, em grandes linhas, é uma ideia de autopoiese. No caso do Direito, o sistema opera a partir do código: Direito/não Direito. Diz Luhmann (2002, p. 117) literalmente: “Lo que se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo”.

A Verdade

O problema da verdade em relação ao Direito e à cultura será abordado, como exemplo privilegiado de complexidade, a partir de um ponto de vista autopoietico. Ou seja, como se estruturam na sociedade Direito, cultura e verdade. Tudo isso implica revisão do critério positivista de racionalidade. A primeira dificuldade se radica no fato de que a sociedade é caracterizada pela complexidade. Se o ponto de partida é a *complexidade*, naturalmente existe em cada operação um excesso de possibilidades. Como, possibilidades? Possibilidades, potências em atos, que solicitam um outro lado mais concreto da complexidade: a redução da complexidade. Assim, “la distinción que constituye la complejidad tiene la forma de una paradoja: la complejidad es la unidad de una multiplicidad” (LUHMANN, 2007, p. 101).

Mas como é possível a redução da complexidade? A partir do momento em que se tem um processo de tomada de decisão. Quando se decide fazer alguma coisa e se realiza alguma coisa, o momento da ação ou simplesmente da fala – do ponto de vista *saussuriano* (SAUSSURE, 1985) – é um momento de construção de realidades. De alguma maneira,

existem excessos de possibilidades no mundo que exigem a escolha de uma delas, e a consequente operação de construção da realidade. Há potencialmente muitas possibilidades diferentes de ser, e apenas uma possibilidade real de acontecer. Há um momento em que se poderia, portanto, escolher entre as possibilidades. Mas uma vez estando escolhida, esta constitui a realidade (as outras possibilidades continuam existindo como ambiente). A sociedade se constrói com critérios altamente complexos. A hipercomplexidade como um jogo de incertezas e milhares de problemas está provocando decisões e constitui uma complexidade organizada, que define todo tipo de interesses. Fica assim muito difícil, numa sociedade ligada à decisão e à complexidade, definirem-se critérios de racionalidade. Mas algumas áreas do conhecimento enfrentam essa questão da racionalidade com grande inteligência. Uma das áreas que tradicionalmente enfrenta a racionalidade de uma forma bem astuta é o Direito.

O Direito estabelece critérios de racionalidade que, na modernidade, construíram uma ótima maneira para enfrentar o problema da complexidade dentro de uma determinada sociedade. Para Luhmann (2002, p. 117), “el sistema jurídico constituye y reproduce unidades emergentes (incluyéndose a si mismo) que no existirían sin la unidad de operación”. A primeira questão que o Direito enfrenta é a questão da *verdade*. A sociedade, desde o ponto de vista da complexidade (excesso de possibilidades), tenta evitar ao máximo o problema da verdade (de qual é a verdade), para que se possa colocar essa aporia de maneira a construir certa ordem social. Por isso, desde o início da modernidade, têm sido estruturadas certas respostas prontas para o problema da verdade. Assim, adquire-se a duração temporal das operações sociais, mantendo-as estabilizadas dentro de certas condições: isso se chama cultura. Cultura é um conjunto de respostas que se cria na sociedade para resolver o problema de sua própria complexidade. São respostas que se mantêm contrafaticamente e fazem com que a complexidade do mundo não apareça. Para Luhmann (2007, p. 698), “cultura en el sentido moderno siempre es la cultura reflexionada como cultura, i.e., una descripción observada en el sistema”.

Como é possível manter uma noção clara de cultura e de estrutura? Graças a uma ideia simultânea de Direito, em que se coloca que certos comportamentos da sociedade devem ser previsíveis, devem ser anteci-

pados, profundamente obrigatórios, de maneira que possa controlar as possibilidades de comportamento. Para Luhmann,

debe haber, entonces, un requerimiento que sirva de mediador entre interacción y lenguaje – una especie de provisión de posibles temas listos para una entera súbita y rápidamente comprensible en procesos comunicacionales concretos. Llamamos a esta provisión de temas, cultura, y cuando esta se ha almacenado especialmente para fines comunicativos, semântica. (LUHMANN, 1991, p. 174)

Para se elaborarem discursos dotados de racionalidade, são necessários critérios de verdade. O problema é que a verdade, em si, não existe, que o objeto *verdadeiro* não existe. Por isso, buscam-se critérios discursivos (exteriores) de verdade para a observação da realidade e que possam ser confirmados, ou não, via experiência ou lógica matemática. Portanto, a verdade, como se discute tradicionalmente, se perde em um discurso, que descreve um objeto, analisando se *este* discurso poderá ser verdadeiro ou falso, e não o *próprio* objeto. Ninguém mais se preocupa com a essência dos objetos e das coisas, mas com o discurso. Pode-se discutir se o discurso é verificável, e não, sobre o que, na essência, se está dizendo. Desloca-se a discussão da verdade das coisas para o sentido de um discurso sobre alguma coisa.

De qualquer maneira, essa solução discursiva da questão da verdade, como apenas algo provisório, que dependeria do contexto pragmático dos discursos, é afastada do Direito. O Direito não discute, imediatamente, jamais, a questão da verdade: esse é um problema que não interessa ao Direito. Numa sociedade complexa, a preocupação do Direito vai além da preocupação com a verdade (que interessa indiretamente). Quando se trata de indicar certo tipo de opção que vai construir determinado tipo de realidade, o objetivo é saber se essa opção é válida. A racionalidade do Direito, na cultura da modernidade, é uma questão de validade.

Do ponto de vista do Direito, que tipo de sociedade se tem? Verdadeira? Não existe sociedade verdadeira (natural); nas sociedades complexas, procura-se um tipo de estrutura social que seja válida e, por isso mesmo, legítima. Ou seja, se há muitas possibilidades, é importante que se encontre uma possibilidade que seja *válida*. Nesse sentido, o Direito

aparece como uma redução de complexidade, dentro das diversas possibilidades que existem no mundo de ser. O Direito é uma condição de normatividade que determina a regulação e a possibilidade de comportamentos de determinado tipo no mundo: *que não é verdadeira, mas que é válida*. Em suma, não se discute *verdade*; discute-se *validade*; discute-se *tomada de decisão*. E uma das maneiras clássicas no Direito de se evitar o problema da verdade – porque essa é uma questão muito difícil – é discutindo a validade. O Direito substitui a verdade pela cultura dominante. Para Luhmann,

la cultura no es un contenido de sentido necesariamente normativo, pero si una determinación de sentido (reducción) que hace posible distinguir, dentro de la comunicación dirigida a temas determinados, entre aportaciones adecuadas e inadecuadas, o bien entre un uso correcto o incorrecto de los temas. (LUHMANN, 1991, p. 174)

Hans Kelsen

Kelsen (2006) teorizou, de maneira extremamente brilhante, a questão da racionalidade. Kelsen, já no início do século XX, tentou construir uma Ciência do Direito. Uma ciência como uma teoria apta a reduzir a complexidade do mundo por meio de um sistema dotado de uma metodologia lógico-dedutiva. A ciência é a construção de um sistema coerente, lógico, que possa ser demonstrado. Evidentemente, os neopositivistas da época cobraram de Hans Kelsen onde estariam os critérios de verdade? Como seriam obtidos critérios sintático-semânticos de verificação de afirmações dentro do Direito? O Direito seria apenas puro senso comum? Assim, não se poderia ter uma ciência analítica ou neopositivista – o Direito nunca poderia ser uma ciência constituída de variáveis proposicionais.

Hans Kelsen pretendeu responder à indagação, afirmando o seguinte: o Direito pode ser uma ciência, se colocados os critérios de verdade como secundários ou indiretos. O Direito não se preocupa com a verdade, mas, mesmo assim, pode ser rigoroso, pois os critérios de verdade poderiam existir em um segundo nível de linguagem, em uma metalinguagem de segundo grau. O Direito, desse modo, solucionaria a a-

poria da verdade e poderia trazer para o seu interior, ao mesmo tempo, como valor positivo, a cultura e o mundo. Dessa forma, leva para o seu interior o tipo de comportamento valorativo que é possível no mundo, mas revisto, re-elaborado a partir de uma categoria que tem uma denotação pura, que tem um objetivo universal: *a norma jurídica*. Para Kelsen (2006, p. 22), na Teoria Pura do Direito, a “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”. Já, na Teoria Geral das Normas, Kelsen (KELSEN, 1986, p. 1) afirma que, “com o termo (norma), designa-se um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento, não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções de normas”. Do mesmo modo, Kelsen (KELSEN, 1986, p. 12) indica que o “‘destinatário de norma’ é só uma expressão para saber, com toda certeza, que a conduta estatuída como devida na norma é uma conduta humana, a conduta de uma pessoa”.

Nessa linha de ideias, a norma jurídica proporciona, a partir de uma seleção rigorosa, a imputação de sentido objetivo da natureza. Segundo Kelsen (1986, p. 21), “quer isso dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida”. O Direito é racional, não porque é verdadeiro, mas porque tem uma definição tão rigorosa, que permite que se construa um sistema estático de conceitos a partir do qual se pode estruturar o mundo sob a perspectiva do Direito e da cultura. Para Luhmann,

la comunicación incesantemente estimulada formará entonces, en el mar de posibilidades (plenas de sentido), las islas de comunicación que como cultura, en el sentido más amplio, facilitan el compromiso con la interacción y el final de la misma. (LUHMANN, 1991, p. 417)

Essa estrutura normativa também equaciona o sentido do *poder*. Por quê? Cada vez que se participa de um processo de tomada de decisões, existem sempre muitas possibilidades; portanto, evidentemente, a possibilidade que vingou é uma possibilidade dotada de poder. Até se pode afirmar: *o poder é uma condição para que se possam tomar decisões*. E, se o Direito concentra decisões prontas, originadas na sociedade da cultura

e que preveem sanções que são normativas, então é dotado necessariamente – e de maneira inerente – de poder. O Direito tem força obrigatória.

O poder, a força obrigatória do Direito, se manifesta no normativismo. Uma norma jurídica é dotada de poder, porque deve ter a capacidade de exigir o seu cumprimento, a partir do fato de que, se alguém não cumprir uma conduta prevista em uma dada norma jurídica, deverá sofrer, como consequência, uma sanção. Para Kelsen,

desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita – na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção. (KELSEN, 1986, p. 49)

O poder do Direito, consagrado na sanção, determina que as possibilidades sociais se reduzam ao determinado pela cultura, por meio de uma regulamentação ordenada pela técnica reguladora social normativa, mostrando a força obrigatória do Estado. Na definição de Kelsen (2006, p. 163), são sanções os “atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica (...)”. Nesse sentido, percebe-se por que, em uma teoria normativista, Estado e Direito são dois elementos que estão lado a lado. Em uma sociedade em que não se deseja que a violência se manifeste, onde se pretenda que exista a paz – a paz é o contrário da violência –, essa cultura da paz se manifesta num tipo de Estado em que toda a sua possibilidade de atuação é feita juridicamente. O Estado de Direito se manifesta somente por meio do Direito, ou seja, é um Estado que sempre usa a força física organizada desde os critérios normativos da sanção para a sua objetivação, determinando o contato entre a cultura e o Direito a partir desses pressupostos da estática. Luhmann (2007, p. 469) enfatiza que “parece que nuestra cultura opera de tal modo que hace entrar distinciones en el pasado, distinciones que luego han de servir de marco en el cual el futuro pueda oscilar”.

Por outro lado, a organização do poder necessita ser racionalizada também do ponto de vista da dinâmica. Para tanto, Kelsen utiliza uma metáfora que foi aceita pela dogmática jurídica, que é a da *pirâmide*. Kelsen salienta que o poder do Estado entra no sistema do Direito, mas esse

poder precisa ser *detalhado, identificado, em suas ramificações*, no seu interior. Para controlar a racionalidade do poder, é preciso discipliná-lo a partir da ideia de *hierarquia*. O poder é colocado em uma hierarquia, de maneira que ele seja controlado, medido. Ele chega aos poucos. Para Kelsen (2006, p. 163), “uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”.

Esse poder se regulamenta a partir da concepção de que as normas jurídicas não estão somente no plano estático – sanção –, mas igualmente em um plano dinâmico, onde uma norma superior sempre é o fundamento de validade de uma norma inferior. Ou seja, “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” (KELSEN, 2006, p. 267). Se uma norma pertence ao sistema, ela é uma norma, por isso mesmo, válida. Para Kelsen,

como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada (...) Tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). (KELSEN, 2006, p. 269)

Nesse sentido, Kelsen aponta, na Teoria Pura do Direito, que, caso

se pergunte pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir da recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. (KELSEN, 2006, p. 275)

Dessa maneira, elabora-se um sistema fechado, que permite identificar uma parte do mundo com grande objetividade, ao afastar o problema da verdade.

Essa teoria de Kelsen, hoje, é extremamente insuficiente, porque ela é uma teoria que estabelece critérios de observação muito próprios. Os seus limites são dados por ela mesma e dependem muito dessa noção de Estado e de cultura única. Então, essa é uma teoria que, num certo sentido, comunga com a visão limitada do mundo, que já os marxistas antigamente chamavam de *ideologia*. Isto é, Kelsen observa o Direito co-

mo representante de uma cultura caracterizada por um discurso que aparenta reduzir as diferenças do mundo, mas que, na realidade, privilegia muito mais certos interesses particulares do que aqueles que aparecem como universais. Essas questões ideológicas foram afastadas por Kelsen como uma maneira para se propor a validade da cultura da sociedade racional vista como um Estado de Direito.

Tempo: de Saussure a Kelsen

A teoria a respeito da dimensão temporal dominante no Direito é o normativismo, que impõe na dogmática jurídica a concepção de Tempo de Kant/Newton. Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito, 1960), um neo-Kantiano, vai usar essa noção de Tempo e Espaço, por meio da noção de âmbito de validade. Esta perspectiva kelseniana aproxima-se epistemologicamente daquela do chamado estruturalismo. Ferdinand Saussure, um linguísta, demonstra que toda produção de sentido, do significado, é uma relação de valor. E o valor é Temporal.

Para tanto, Saussure elabora uma teoria semiológica dos signos a partir da oposição língua/fala. Essa dicotomia, língua/fala é que produz o sentido: a língua seria o sistema, a fala seria a seleção atual. Essa relação língua/fala é uma relação temporal, porque só podemos entendê-la desde uma outra a relação entre diacronia/sincronia, que é uma outra relação com o presente e a história. Isto quer dizer que a produção de sentido é uma produção temporal. Não existe comunicação sem Tempo, ou seja, Saussure amplia as possibilidades de sentido neo-Kantianas. Como exemplo, num dos momentos mais brilhantes do *Curso de Lingüística Geral*, se explica, do ponto de vista estrutural e neo-Kantiano, como se produz a comunicação num certo momento e num certo Tempo, por meio das relações sintagmáticas e associativas da comunicação. As relações sintagmáticas mostram que os sons, os fonemas, para terem sentido, precisam de um tempo de articulação, de estruturação, para serem formados. Por exemplo: no Tempo sintagmático, quando se tem quinze minutos para falar, nesse Tempo somente se pode falar, emitir os sons se pode emitir durante quinze minutos sintagmaticamente. Porém, ao mesmo Tempo, pode-se, em cada sintagma, em cada signo, em cada palavra, transmitir-se relações associativas. Então se diz linearmente, sintagmaticamente, al-

gumas coisas, mas associativamente, sempre se diz muito mais. Ou seja, a relação sintagmática/associativa, do ponto de vista Temporal, diz associativamente muito mais que o sentido literal. E é por isso que sempre um texto diz muito mais do que se pretende e menos do que se pensa.

A semiologia saussureana foi utilizada pela primeira vez, em relação ao Direito penal, já em 1980, por Rosa Maria Cardoso, para desmascarar o mito do princípio da legalidade, mostrando que este somente seria possível se as palavras da lei se reduzissem aos sintagmas, as palavras escritas. Para a validade de princípio da legalidade não existiam junto com essas palavras relações associativas. Ora, se há relações associativas, a interpretação é sempre mais ampla. Sem princípio da legalidade o tempo está livre e a Lei pode retroagir. Deste modo, percebe-se que há um tesouro, uma riqueza quase infinita na língua, e um limite espacial na fala, que somente é ultrapassado levando-se em consideração simultaneamente as oposições da semiologia e da lingüística. Essas oposições, como a existente entre diacronia/sincronia que estão em Saussure, são muito semelhantes, respeitadas algumas especificidades, as idéias de estática e dinâmica no normativismo jurídico kelseniano. Trata-se de uma concepção de presente e uma concepção de história que estariam, ao mesmo Tempo, conjugadas, na produção de sentido do Direito.

Assim, não se pode entender o Direito do ponto de vista normativista sem uma estática e uma dinâmica, sem o presente a história. Mas tudo isso ainda é originário de Kant, sendo aplicações estruturais de Saussure e de Kelsen, de neo-Kantismo ao Direito. Na atualidade, o grande problema é que essa noção de Tempo e espaço, Kelseniana, Saussureana, não funciona mais. Essa noção de Tempo e espaço não é mais válida, porque nós estamos numa outra forma de sociedade globalizada. A concepção de Tempo e espaço de Newton, que se mantinha filosoficamente como de Kant, é uma categoria que permitiria duração, permitiria antecipação: Tempo para pensar, Tempo para refletir, Tempo de continuidade. O fato é que depois de Albert Einstein, que também não é o culpado por ser o mensageiro, a *Teoria da Relatividade* vai destruir a noção de Tempo linear, abrindo lugar para as teorias da indeterminação e da imprevisibilidade. Isto é, não há mais o Tempo do antes e do depois, o passado e o futuro. Assim deixa de ter sentido toda epistemologia montada

numa racionalidade ligada à idéia de Tempo e espaço newtoniano. Por tudo isto, então é necessário procurar-se como alguns chamam *o ponto de mutação*, pensar um novo Tempo, um Tempo da relatividade. Neste novo Tempo tudo é instantâneo, não existe mais a separação rígida entre passado, presente e futuro. O Tempo é imediato impedindo que a Teoria do Direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativistas kelsenianos. Por isso, a importância das teorias sistêmicas para a observação da complexidade do Direito atual.

Tempo Social e Direito

O Tempo é a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para Teoria dos Sistemas é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro. A Constituição é a forma estruturada nas sociedades diferenciadas características da modernidade para a operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. Pode-se apontar alguns lugares diferentes de observação da evolução do Direito a partir de sua inserção na idéia de *Tempo Social*.

A definição do Tempo esta ligada a forma de sociedade em que vivemos (Claude Lefort, Cornelius Castoriadis). Nesta perspectiva o Tempo é contextual (espacial). A concepção de Tempo dominante na dogmática jurídica é originária da filosofia de Kant e da física de Newton, e, portanto, das estruturas tradicionais de regulação social. Pode-se dizer assim que o Tempo determina o tipo de estruturação temporal do Direito, e, que o Direito por sua vez auto-reproduzindo-se nesta lógica contribui com a manutenção dessa temporalidade instituída. A constituição é uma das conquistas evolutivas desta organização do Tempo.

No entanto, no início do século XXI, surgiu uma nova forma de sociedade, que se pode chamar, conforme os autores, de globalizada, pós-moderna, modernidade-reflexiva, modernidade líquida, que tem como uma das características fundantes a dissolução desta noção de Tempo/Espaço tradicional. Portanto, uma das possibilidades de se pensar, de se entrar, nessa nova forma de sociedade poderia ser tentada a partir da idéia de Tempo: o que é o Tempo dentro dessa nova forma de sociedade?

E onde é que o Direito contribui para a construção do Tempo? E qual seria o papel da Constituição? E do Estado?

Crise do Estado

Assim o que acontece hoje com uma teoria normativista no contexto de uma irreversível crise do Estado? Crise da soberania e de suas funções. A hipercomplexidade gerada pela globalização impede uma racionalidade objetiva da teoria kelseniana. Por quê? Seguindo o que preconiza Kelsen, evita-se a questão da verdade por meio da construção de um sistema de validade hierárquico, no qual o Estado se manifesta conjuntamente com o Direito. Sem um Estado forte, a validade não é suficiente para a imposição da cultura dogmática na sociedade.

O Estado é historicamente a grande organização da política. O poder sem a hierarquia estatal libera-se e volta para as microrrelações sociais. Voltam os problemas. Qual é o critério para a verdade na afasia de racionalidade? O retorno da questão da verdade implica agora também a revisão da distribuição do poder. Desse modo, ocupam o centro da cena do Direito problemas políticos, que acarretam *problemas de legitimidade*. Por tudo isso, a partir da segunda metade do século XX, a epistemologia jurídica declara que o conceito de norma jurídica é insuficiente.

Para o enfrentamento dessa nova realidade política, em que a ecologia ocupa lugar de destaque, amplia-se a noção de sistema jurídico. Além das normas, ele é também constituído por regras e princípios. O Direito não pode mais fugir de um contato, que sempre existiu, dentro da complexidade, com outros sistemas, notadamente, o sistema político e o sistema econômico, que manifestam também outros tipos de problemas. Ou seja, *o sistema começa a ser aberto*. O fechamento operacional, que Kelsen propôs realizar no Direito, afastando a ideia de verdade e acentuando a validade, não pode evitar a entrada da questão do poder.

O pós-positivismo, originário das críticas ao normativismo, impõe a tomada de consideração para a racionalidade jurídica de seus atores sociais, principalmente, o poder judiciário. E coloca, como uma questão extremamente relevante, aquilo que Kelsen ignorou e simplesmente jogou para o capítulo final da *Teoria Pura do Direito*: a interpretação. Nessa linha

de raciocínio, os operadores do Direito ocupam o centro do sistema do Direito. Porém, retornam, com esse enfoque, à discussão da racionalidade e verdade e da cultura. O Direito kelseniano obtém a sua legitimidade a partir da Constituição, que é o fundamento da unidade e validade do sistema normativo e do Estado. Se se vive numa sociedade globalizada, a cultura também se fragmenta, e o Direito passa a ser plural, configurando-se como um tipo de Direito no qual as normas jurídicas não são o mais importante. Isso determina mais mudanças e consequências do que imagina a crítica jurídica.

Em relação ao método, por exemplo, o raciocínio se obriga a romper com o racionalismo dedutivo. Segundo Kelsen, o sistema normativo é possível graças ao fato de que uma norma jurídica se relaciona dedutivamente com as outras a partir, na estática, do conceito de sanção e, na dinâmica, do conceito de validade. Não se pode pensar em uma verdade que, logo ali, não é mais verdade. Porque, em sendo assim, não é uma verdade. A verdade pressupõe certa universalidade. Então, o sistema kelseniano joga com a ideia axiomática, segundo a qual, uma vez presentes certas características do sistema normativo, estas se reproduzem, por dedução, ao infinito, desde que se passe pelo critério da validade constitucional, para a produção de novas normas. Como a norma jurídica é uma abstração ontológica, a dedução não existe no Direito. A aporia da verdade renasce com toda a sua exigência, pois, se o Direito não resolve, quem o fará? O sistema econômico ou o sistema político?

Efetividade do Direito

Como se podem pensar possibilidades de racionalidade de um outro tipo para o Direito? Uma primeira alternativa que surge, e é interessante, é a ideia de *efetividade*. Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora, a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito – não mais normativo – passa a ser a *efetividade*. É preciso eficácia naquilo que o Direito determina como comportamento obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social. Nesse aspecto, percebe-se como a sociologia de Max Weber (1969-1977, 2 v) substituiu a teoria

kelseniana com sua proposta de uma racionalidade prática da compreensão das relações entre meios e fins.

O grande problema do Direito nas sociedades complexas passa a ser, portanto, a efetividade de seu processo de tomada de decisões. O poder judiciário ocupa, nessa lógica, uma função determinante: operacionalizar, com efetividade, a equação entre os meios normativos e os fins sociais. Como o judiciário é um dos três poderes do Estado de Direito, ele procura o sentido de suas práticas na Constituição. Porém, desse modo, ocorre uma inversão em relação à proposta kelseniana de Constituição, como fundamento supremo de validade, localizado no topo da hierarquia do sistema. O poder que se diluía na verticalidade do normativo passa a ser ocupado pelo judiciário. A verdade também dependeria dos juízes, pois estes detêm o privilégio de atribuir sentido ao Direito.

Nessa linha de raciocínio, muitos juristas começaram a solicitar um maior rigor nas decisões judiciais. Por isso, uma saída muito importante tomada na hermenêutica foi a de que toda decisão deve ter como base a Constituição, os princípios e os Direitos fundamentais. Isso engendrou uma forte publicização do Direito privado. Por isso, o recurso ao Estado, como responsável pela efetividade do Direito, se tornou uma regra.

No entanto, ainda existem muitos problemas nessa maneira de pensar o Direito. O método, como se viu, não pode ser mais o *método dedutivo kelseniano*. O método adotado passa a ser o *indutivo*, voltado à observação empírica das decisões individuais. O método indutivo do estudo de caso, ao bom estilo americano, torna-se a grande novidade. O centro de decisão da racionalidade do Direito é, assim, muito fragmentado. De qualquer maneira, não se pode pensar em método indutivo, seguindo a teoria do Estado neokelseniana, que é pensada de forma dedutiva. Se se entender que a Constituição é o mais importante, dever-se-á adotar o método dedutivo. Se, ao contrário, se enfatizar a interpretação feita pelo poder judiciário em casos concretos, optar-se-á pelo método indutivo. Parece, na realidade, que o método jurídico confunde o dedutivo com o indutivo e que existe meramente uma dialética do bom senso, o que faz com que se esteja distante da verdade.

Pluralismo Jurídico

Uma grande mudança teórica e política, ocorrida no final do século XX e neste início do século XXI, no raciocínio jurídico foi o denominado *Pluralismo Jurídico*. O pluralismo jurídico, provocado pelo sucesso da sociologia do Direito, é mais interessante do que o pós-positivismo. Por quê? O pluralismo jurídico já percebeu, e desde os seus primórdios, que o Estado – nem se está falando na crise do Estado – não é o único centro produtor de normatividade. Isso quer dizer que existem outros centros produtores de direitos na sociedade.

Hoje, existem, cada vez mais espaços locais de poder, onde existem comportamentos obrigatórios, onde existem regras para serem cumpridas, onde há critérios de controle temporal das expectativas normativas da sociedade, *que não derivam do Estado*. E são extremamente variados: movimentos *sociais*, sindicatos, ONGs e *comunidades*, que têm regras próprias para a tomada de decisões para grupos de pessoas que as seguem. Assim, são outras regras de Direito que estão surgindo. De certa maneira, sempre existiram, mas estão surgindo sob a *observação* da sociedade.

A globalização vai forçar a um outro tipo de observação que antes não havia. *Não é que as coisas não existiam, elas não eram observadas*. Então, o Direito, hoje, necessariamente, deve ser observado de forma diferente, não normativista. Do ponto de vista internacional, também, pois é importante analisar outros tipos de possibilidades de organizações que existem no exterior, como a ONU, grandes multinacionais e a União Europeia etc. Há, assim, uma observação plural do mundo ou, caso se queira, mais do que um pluralismo, um multiculturalismo. Há muitas outras possibilidades de normatividade, e tudo isso faz com que se esteja muito longe da teoria kelseniana. Niklas Luhmann não aceita a ideia do pluralismo jurídico, porque defende a existência de uma sociedade global, mas, conforme já se salientou, admite a policontexturalidade. Assim, quando se fala em pluralismo, faz-se a inserção na perspectiva de Teubner, de um Pluralismo da Policontexturalidade.

Paradoxo e Autopoiese

Nesse contexto intelectual, novos tipos de observação de segunda ordem se impõem. Por tudo isso, é que se insiste na teoria da sociedade vista como autopoiese (ROCHA, 2005), porque a autopoiese tem a proposta de pensar essas questões de uma forma completamente diferente, de um ponto de vista que, perante os critérios de verdade da dogmática jurídica, são *paradoxais*. Toda produção de sentido depende da observação. Para Luhmann (2005, p. 103-104), “*si ha sempre un’osservazione quando si distingue per indicare un lato (ma non l’altro) delladistinzione*”. Não há, no mundo de hoje, uma noção de espaço e tempo, onde e quando se possa dizer: “Estou no presente, aquilo é passado e aquilo é futuro”. *Depende de onde se está observando*. Na ótica de Luhmann (1991, p. 97), “*el tiempo es, para los sistemas de sentido, la interpretación de la realidad en relación con la diferencia entre pasado y futuro*”.

Não é possível, nas sociedades complexas, uma ruptura radical entre passado e futuro. Assim, algumas questões do normativismo podem estar ainda muito presentes em certas questões e, para outras, não fazerem nenhum sentido. O normativismo está ultrapassado? *Depende*. Nessa ótica, segundo Luhmann,

la complejidad del sistema tiene en consecuencia siempre dos lados, uno ya determinado y otro indeterminado aún. Esto dota las operaciones del sistema de la función de determinar lo todavía indeterminado y de regenerar, al mismo tiempo, la indeterminación. (LUHMANN, 2007, p. 590)

Isto é, não se dispõe de um *corte epistemológico* como queria Bachelard (2006), que separaria o senso comum do saber científico. Existem passagens, portais, que fecham e não fecham. Depende da observação do problema. Por isso, o interesse na ideia de *paradoxo* (ROCHA; CARVALHO, 2002, p. 235-253). Do ponto de vista temporal, eventos do passado ainda estão presentes aqui, hoje, e outros já desapareceram. Para Luhmann (1991, p. 97), “*la frecuencia de cambio del mundo es lo suficientemente alta para que pueda ser simbolizada como la inevitabilidad del acontecimiento tempo*”.

Na mesma linha de Luhmann, Teubner (1993, p. 2) afirma o seguinte: “O Direito determina-se a ele mesmo por autorreferência, base-

ando-se na sua própria positividade". Isso quer dizer que não há uma possibilidade na globalização, de se fazer, como propõe o normativismo, um processo de tomada de decisões com certa racionalidade, simplesmente seguindo critérios normativos de validade, ou abrindo o sistema para uma participação maior do Estado como condição de efetividade. Essa perspectiva é insuficiente. Vive-se um momento no qual a complexidade se manifesta de tal forma que, numa primeira observação, só existiria *fragmentação*. Surgem, assim, muitas culturas diferentes. Surgem espaços de identidade em construção e sempre questionáveis. Não existem mais possibilidades de observação verdadeiras, tranquilas e seguras.

Hiperciclo

Por sua parte, Teubner afirma que o Direito da modernidade pode ser observado desde o conceito de *Hiperciclo*. Para Teubner,

se aplicarmos tentativamente a ideia de hiperciclo ao direito, vemos que autonomia jurídica se desenvolve em três fases. Numa fase inicial – “dita de direito socialmente difuso” –, elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da comunicação social geral ou, pelo menos, determinados heteronomamente por esta última. Uma segunda fase de um “direito parcialmente autônomo” tem lugar quando um discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. O direito apenas entra numa terceira e última fase, tornando-se “autopoietico”, quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo. (TEUBNER, 1993, p. 77)

Nesse sentido, o Direito como autopoiese tenta observar a complexidade, conjuntamente, a partir de três critérios importantes: circularidade, indeterminação e imprevisibilidade. Inicialmente, o esvaziamento da hierarquia kelseniana impõe a ideia de circularidade. Por isso, segundo Teubner (1993, p. 19), “a realidade social do Direito é feita de um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular (...)”. O segundo critério é aquele da *indeterminação*, que recusa o princípio da causalidade e da dedução. O mundo é indeterminado, não tem origem racional. Para Luhmann,

la diferenciación funcional se basa en una clausura operativa de los sistemas-función incluyendo la autorreferencia. Esto trae como efecto, que los sistemas funcionales se colocan a sí mismos en un estado de indeterminación auto-producida. Esto puede expresarse en la forma de medios específicos de los sistemas con el dinero y el poder – los cuales pueden adquirir formas muy diversas. (LUHMANN, 2007, p. 590)

E, por isso mesmo, o terceiro é a imprevisibilidade, *incerteza*. E, nessa lógica, há *paradoxos*. E como é possível que exista um sistema de validade ou de método dedutivo ou indutivo, num mundo paradoxal?

Isso indica que a autopoiese é um novo tipo de metodologia para o enfrentamento de tal complexidade. Na autopoiese, o sistema é a unidade da diferença entre sistema/ambiente. A teoria da autopoiese parte do pressuposto de que os sistemas são o centro de tomada de decisões, a partir das organizações. Por isso, os sistemas têm como função principal a sua auto-organização, a sua auto-observação e a definição de seus limites: a definição de seus *horizontes*. Como se pode construir um mínimo de racionalidade num mundo altamente complexo, onde se têm centenas, milhares de sentidos possíveis? *Observa-se o mundo a partir do sistema*; que, finalmente, é o único ponto de partida que se pode ter.

Uma alternativa que está sendo tomada é, portanto, analisar o Direito como um sistema autopoietico. Os sistemas autopoieticos se constituem de comunicações. Já os atores sociais são aqueles que constroem, na sociedade, os processos decisórios. Podem ser caracterizadas como a própria sociedade, as interações e as organizações. No Direito, a organização mais importante, pois está no centro do sistema de comunicação, é o poder judiciário, que, no Brasil, por exemplo, tem uma função *desparadoxizante*; tem de tomar decisões frente à indeterminação e a incertezas.

Os juristas observam o mundo a partir do sistema do Direito, e ele depende, para a sua efetividade, do poder judiciário como organização. Para um mínimo de efetividade, é necessário ter-se clareza desse fato. Graças às operações das organizações, far-se-á a construção de um mundo conforme o Direito. Ou seja, a ideia de autopoiese diz o seguinte: o sistema do Direito tem de autorreproduzir uma organização, para, a partir

daí, ela definir seus próprios problemas, seus próprios limites e construir a sua verdade (que é sempre uma construção).

Nessa mesma perspectiva, quando se operacionaliza no Direito, constrói-se uma realidade jurídica, não importando, nesse momento, examinar o sistema da Economia, o sistema da Política etc., porque não há condições de observação tão sofisticadas para entender o que não se está preparado para observar a partir do próprio sistema. A autopoiese é uma opção pela invenção, que depende da autocriatividade. Para o *construtivismo* (LE-MOIGNE, 2002), os problemas não estão presentes no mundo exterior, os problemas não existem sem um sistema que os cause. O sistema do Direito é que finalmente define os problemas que o sistema do Direito pode observar e decidir. Os problemas que *não são* parte do sistema do Direito não são problemas, *não existem*.

Com isso, a autopoiese enfrenta o relativismo do mundo, pois o sentido é dado pela autopoiese, pela auto-organização, já que os limites foram os próprios sistemas que construíram. Não se observa o mundo; o ser humano só observa o mundo em que vive, sempre a partir das perspectivas que ele tem. Em uma constante diferença com o ambiente, a construção desses limites é que vai definir a felicidade, o bem-estar e a própria democracia.

No entanto, devido aos paradoxos, até para encaminhar a conclusão, ocorrem crises autopoéticas dos sistemas no mundo hoje. Cada vez que não se consegue observar o mundo a partir somente do Direito, surge irritação e ocorrem problemas de falta de eficácia e efetividade. Nesse caso, os sistemas têm dificuldade autopoéticas. A autopoiese implica uma autonomia do sistema dentro da dependência, uma capacidade de autorreprodução, que possui um outro lado, a *heteropoiese* (autopoiese/heteropoiese).

A heteropoiese é forte quando o sistema do Direito não consegue operacionalizar o seu fechamento. O pós-positivismo tem recorrido à Constituição como uma condição de fechamento operacional da hermenêutica do sistema. Se a Constituição não produzir efetividade, corre-se o risco de uma crise autopoética.

Na globalização, necessita-se acrescentar à dogmática jurídica mecanismos paraestatais (organizações internacionais), que permitam a influência de outras culturas, de outras estruturas, de uma diversidade social maior, para se poder autorreproduzir o Direito a partir de critérios mais abrangentes, ou seja, um Direito estruturalmente aberto para uma diversidade cultural mais ampla.

Policontextualidade

Günther Teubner (1999) discute os detalhes dessa ideia de crises autopoieticas, recuperando o que Luhmann afirma, no livro “*Sociedade da Sociedade*”, sobre a ideia de *policontextualidade*. Cada vez mais, no mundo, os textos – se se quiser falar em textos – não são textos, são *politextos*, são *policontextuais*. Warat (1995) já falava em polifonia. De todo modo, não é correto usar os termos texto ou contexto. Isso seria a história de um mundo muito simples. Se se pretende manter essa linguagem, o nome a ser designado é *policontextual*.

A *policontextualidade* é uma proposta que permite que se observem, a partir das categorias da teoria dos sistemas, os novos sentidos do Direito. Por exemplo, relacionando o Direito com o sistema político, observar, desde a forma sistema/ambiente, que existem centros e periferias dentro da sociedade global, que, dependendo do assunto (Direito ou religião, v. g.) e do observador, seriam centro ou periferia. O Brasil é centro ou periferia? Depende. Pode ser um centro de produção cultural importantíssimo, ou pode ser uma periferia na economia. Não se pode falar em centro e periferia *sem se dizer em quê*. Centro/ periferia é uma forma criada por Luhmann (1996) para que se possa ter uma oposição maleável, um código – se é possível um código na sociedade – que permita analisar a inclusão e a exclusão na heterogeneidade das possibilidades do mundo.

Por isso, Teubner afirma que é preciso se pensarem novos tipos de direitos que surgiram na periferia, mas que também têm autonomia, como se fossem o centro: os direitos *softs*, *soft law*, *direitos híbridos*, direitos de contratos internacionais, direitos de organizações internacionais, que têm uma lógica própria. E que começam a surgir, paralelos ao Estado, na globalização. O surpreendente, exemplifica Teubner, é que grandes multinacionais, ao regularem a sua atuação, seguem os direitos, têm regras e,

às vezes, código de ética (para seus interesses). Em poucas palavras, a grande empresa tem códigos de atuação normativas, que não são necessariamente os mesmo dos países.

Nas sociedades complexas, está surgindo, assim, uma nova cultura jurídica. Se se quiser pensar, do ponto de vista normativo, na hipercomplexidade relacionada à lógica de empresas de informática, de biogenética e, principalmente, relacionada às questões ecológicas e manter, de certa maneira, a autopoiese, desesperadamente, é imperioso que se pense em provocar irritações dentro do sistema do Direito de maneira que a lógica estrutural seja uma lógica que não se confine somente na organização estatal e na Constituição. Por isso, a intenção de se refletir sobre um Direito multicultural: um Direito que permita a abertura para essa variedade de culturas. Um Direito que permita, pelo menos a partir da ideia de sistema, pensar a equivalência (Luhmann aceita a ideia de equivalência).

O Direito comparado é extremamente importante para se imaginar que, apesar de tudo, existem alguns critérios suscetíveis de equivalência universal nos sistemas jurídicos, que permitem esse diálogo entre culturas, desde que se tenha essa lucidez. Perante a crise da observação normativista e a dificuldade da autorreprodução autopoietica da dogmática jurídica, a teoria dos sistemas sociais recupera a ligação entre Direito, verdade e cultura na policontextualidade. Essa é uma condição necessária para a construção de um espaço pluricultural e democrático, que origine a estruturação e re-estruturação de novas possibilidades de produção de identidade e sociedades mais igualitárias.

Considerações finais

Niklas Luhmann: foi precursor em sua Teoria dos Sistemas Sociais desta visão de direito Transindividual. Para isso em, um primeiro momento, em seu livro “Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica”, aponta a Dogmática jurídica como o ponto crucial da reflexão jurídica (No Brasil existe obra sobre esse tema de autoria de Tércio Sampaio Ferraz Junior: Decidibilidade dos conflitos).

Para Luhmann, o Direito é uma Estrutura de Generalização Congruente. Para tanto, por exemplo, o **Contrato** e a **Propriedade** seriam categorias dotados de sentido em **três dimensões, Social, prática e temporal**. Um fundamento dessa perspectiva pode ser visto do ponto de vista de **Saussure**, para quem existe conceitos que podem explicar essa questão.

O Signo como a Unidade mínima de sentido. A significação como a diferença entre o Significante e o significado. Isso permite uma oposição entre Língua-Fala, onde a língua seria uma estrutura hierarquicamente superior. Luhmann relativiza essa oposição, desde Parsons, e coloca nos **eventos** o ponto de passagem entre língua/fala – **Vertical** para um aspecto horizontal.

Para ampliar a observação Luhmann introduz o conceito de Auto-poiese com intuito de avançar além da diferenciação funcional especializada de Weber, para uma teoria da comunicação social.

Porém, Luhmann, segundo Vesting, não assume que toda a sociedade é autopoietica, desde a linguagem, e coloca o sistema do direito como o modelo ideal de auto-poiese. Com isso, fecha o código binário como se a Língua – fechada e normativa, se diferencia da fala – cognitiva. O problema é que na Evolução da sociedade a **Escrita** foi uma aquisição evolutiva que instrumentalizou toda a comunicação e portanto destruiu as hierarquias. Talvez se possa falar com Teubner de Heterarquia.

Desse modo, a teoria de Luhmann aberta para a comunicação localiza o **Tribunal** como a organização que seria o centro de tomadas de decisão do sistema do Direito. Com isso subestima a possibilidade da escrita ter-se redefinido, desde a utilização da Internet como algo simbólico, dotado de logaritmos gráficos. Luhmann analisa a questão desde a diferença entre Meio e Forma

Entendo que Luhmann ao postular a lógica das Expectativas Normativas, como procedimento, desde uma Programação, avançou consideravelmente, porém não percebeu a quarta dimensão de sentido digital que permitiu, a invasão das redes de comunicação em uma construção de tempo sem controle. O sujeito é membro de uma rede, facebook, e como tal aspira, como diz Rosanvalon, a uma singularidade: imagem construí-

da na mídia e reforçada por marcações de impacto. O Espaço público de Habermas ficou limitado no mundo sem fronteiras.

Referências

- BACHELARD, Gaston. *Le Nouvel Esprit Scientifique*. Paris: Quadrige/PUF, 2006.
- BUCKLEY, Walter. *Sociology and the Modern Systems Theory*. New Jersey: Prentice-Hall, 1967. Com tradução para o português: *A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas*. São Paulo: Cultrix, 1971.
- CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade*. Contingência, Paradoxo, Só-efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- CLAM, Jean. *Science du sens perspectives théoriques*. Paris: Presses Universitaires de Strasbourg, 2006.
- DERRIDA, Jacques. *Marges de la Philosophie*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1972.
- ELSTER, Jon. *Explaining Technical Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983. Na tradução espanhola, *El Cambio Tecnológico: investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social*. Barcelona: Gedisa, 1992.
- FOESTER, Heinz von Foester. *Observing Systems*. Nova Yorke, 1979.
- GIDDENS, A.; TURNER, Jonathan (Orgs.). *Teoria Social Hoje*. São Paulo: Unesp, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. 2 vol. Madrid: Taurus, 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986.
- LE-MOIGNE, Jean Louis. *Le Constructivisme*. Paris: Harmattan, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Surkamp Verlag, 1993.

- LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Surkamp Verlag, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Editorial Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Organizzazione e Decisione*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Paravia Bruno Mondadori Editori, 2005
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*. Lineamentos para una teoría general. México: Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.
- LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Grundrisse einer Allgemeinen Theorie. Suhrkamp Verlag, 1984.
- LUHMANN, Niklas. *Teoria della societa*. 8. ed. Milano: Franco Angeli, 1996.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El Árbol del Conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires: Lumen, 2003.
- OST, François. *Sade et la Loi*. Paris: Odile Jacob, 2005.
- PARSONS, Talcott. *Os Sistemas das Sociedades Modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.
- ROCHA, Leonel Severo et all. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, Circularidade e Paradoxos na Teoria do Direito. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo, 2002. p. 235-253.
- ROCHA, Leonel Severo; PEPE, A. M. B. *Genealogia da Crítica Jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de Linguistique Générale*. Publié par Charles Bally et Albert Sechehaye, avec la collaboration de Albert Riedlinger. Paris: Payot, 1985.

- TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.
- TEUBNER, Gunther. *Diritto Policontesturale: Prospettive Giuridiche della Pluralizzazione dei Mondi Sociali*. Napoli: Edizioni Città del Sole, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1995.
- WATZLAWICK, Paul y KRIEG, Peter. "El Ojo Del Observador. Contribuciones al Construtivismo". Barcelona: Gedisa, 1995.
- WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1969-1977. 2 v.

O MERCOSUL COMO FORO DE CODIFICAÇÃO EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR: ESTADO DA ARTE E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

Luciane Klein Vieira*

Introdução

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), criado pelo Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, constituído por Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela (esta última suspensa desde 05 de agosto de 2017, por ruptura do compromisso democrático), propôs-se à criação de um espaço de livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais, entre outros objetivos, sobretudo de ordem econômica.

Para poder viabilizar as liberdades de circulação inerentes à constituição de um mercado comum, fase da integração projetada pelo bloco (ainda que longe de ser concretizada), a organização internacional necessita apoiar-se em estruturas jurídicas sólidas que permitam o cumprimento das finalidades propostas e, neste aspecto, insere-se a preocupação com o estabelecimento de normas destinadas a harmonizar o direito interno dos Estados Partes, como mandamento derivado do próprio art. 1º do Tratado de Assunção, segundo o qual, o mercado comum implica no: (...) “compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas

* 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 (Associação Americana de Derecho Internacional Privado). Diretora para o MERCOSUL do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor) – Gestão 2018-2020. Ex-Consultora internacional contratada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO. E-mail: lucianekleinvieira@yahoo.com.br.

legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”.

Em que pese o exposto, há de se registrar que não se encontra, no tratado constitutivo, nenhuma referência expressa ou direta¹ à harmonização legislativa em matéria de direito do consumidor, constando, tão somente, uma menção genérica sobre a ampliação “da oferta e qualidade de bens e serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida dos habitantes”, inserida no inciso 7º do Preâmbulo do Tratado de Assunção. Do mesmo modo, o art. 4º do Tratado referido, que impõe a necessidade de organização da estrutura geral de concorrência e transações comerciais na região, tampouco se ocupa da matéria referida, ainda que, obrigatoriamente, abarque de forma indireta as relações de consumo (ALL, 2010, p. 620). De qualquer forma, como se observa, o certo é que o Tratado de Assunção, de 1991, não dirigiu sua atenção à proteção do consumidor, mas tão somente à necessidade do estabelecimento de normas e políticas macroeconômicas destinadas a colocar em funcionamento o bloco.

Destarte, ainda que a principal norma do MERCOSUL tenha omitido a criação de direitos para o consumidor ou não o tenha erigido ao patamar de destinatário final do processo de integração regional, desde 23 de abril de 1994, quando se deu a assinatura da Declaração Conjunta dos Ministros de Economia, expressou-se o desejo de aproximar as legislações dos Estados na matéria², passo essencial para marcar o início do

¹ Sobre o tema, a doutrina destaca que: “el consumidor como tal no consigue ningún derecho de manera directa con el Tratado. A falta de base explícita que venga a legitimar una política común de protección del consumidor, las medidas susceptibles de promover los intereses del consumidor siguen dependientes de otras políticas previstas en el Tratado” (BOURGOIGNIE, 2012, p. 154).

² A Declaração dos Ministros de Economia não fixou pautas que orientassem os Estados sobre como se daria o processo de harmonização de legislações, por parte dos órgãos do MERCOSUL, mas tão somente fez uma referência a que o trabalho harmonizador a ser empreendido deveria adotar, como paradigma, a norma nacional mais exigente e próxima aos padrões internacionais, em termos de proteção do consumidor (CICERO, 1999, p. 1183). No mesmo sentido, cabe destacar que, em 10 de dezembro de 1998, no Rio de Janeiro, foi divulgado o Comunicado Conjunto dos Presidentes da República dos Estados Partes, no qual se declarou que a defesa do consumidor é um elemento indissociável ao desenvolvimento econômico equilibrado, reiterando-se o compromisso com a harmonização de legislações e

que podemos chamar de processo de harmonização legislativa do direito do consumidor, no MERCOSUL.

Deste modo, este capítulo se destina a apresentar o estado da arte em matéria de normas produzidas pelo MERCOSUL, no âmbito do direito do consumidor, a fim de fazer um rastreo dos principais instrumentos existentes e das propostas normativas mais significativas, sem deixar de fazer o cotejo com a sua implementação, valendo-se, para tanto, do método normativo-descritivo.

A harmonização de legislações nacionais para a defesa do consumidor, no MERCOSUL: o papel do CT nº 7

A preocupação institucional com a proteção do consumidor, inaugurada com a Declaração Conjunta antes referida, ganhou mais espaço no MERCOSUL com a atuação do Grupo do Mercado Comum (GMC) – órgão executivo com capacidade decisória –, que, com a criação do Subgrupo de Trabalho nº 10 (SGT nº 10), vinculado à Coordenação de Políticas Macroeconômicas, determinou a instituição da Comissão de Estudos de Direito do Consumidor. Essa Comissão, criada efetivamente em abril de 1993, começou os trabalhos de harmonização, tendo como incumbência inicial a elaboração de pautas básicas de defesa do consumidor e um grupo de normas que estabelecessem um padrão mínimo comum na matéria (MARQUES, 1997, p. 89).

Em razão do crescimento do interesse dos Estados na área referida e ante a complexidade que a matéria demonstrava, em 1994, decidiu-se que a Comissão de Estudos de Direito do Consumidor deveria ser transformada em Comitê Técnico, devendo integrar a estrutura orgânica da Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM) – órgão com capacidade decisória encarregado de prestar assistência ao GMC, no que se refere à aplicação dos instrumentos de política comercial comum destinados ao

com a busca de um nível adequado de proteção à parte vulnerável, que garantisse a efetiva reparação de danos e o acesso à justiça e a meios alternativos para a solução de conflitos (VIEIRA, 2017a, p. 173).

funcionamento da união aduaneira (etapa econômica na qual se encontra atualmente o MERCOSUL, prévia à consolidação do mercado comum).

Neste âmbito, em 15 de fevereiro de 1995, criou-se o Comité Técnico nº 7 (CT nº 7), órgão encarregado de estabelecer propostas de harmonização legislativa e uniformização de políticas, visando aprimorar e desenvolver a proteção dos consumidores no MERCOSUL (AMARAL JÚNIOR; VIEIRA, 2016, p. 76). Para desempenhar suas funções, o CT nº 7 conta com a participação dos órgãos nacionais de defesa do consumidor dos Estados Partes, trabalhando a partir da busca de pontos de contato na legislação dos Estados referidos³, sobre aspectos específicos do direito do consumidor, auferidos por meio da atuação das autoridades de aplicação das normativas nacionais, a fim de propor normas destinadas a regular o que seria o direito do consumidor do MERCOSUL.

Os projetos de normas, uma vez elaborados, discutidos e aprovados no âmbito do CT nº 7, são submetidos à consulta pública, devendo ser previamente aprovados por Resolução do GMC, de forma a dar transparência aos temas abordados e possibilitar, assim, o recebimento de sugestões e propostas por parte da sociedade civil⁴. Conforme o interesse na matéria regulada, inclusive, o projeto pode ser enviado, uma vez aprovado pelo GMC, ao órgão de cúpula do MERCOSUL, o Conselho do Mercado Comum (CMC), que se manifesta através de Decisões.

Para se ter ideia das principais normas que já foram criadas e que integram o chamado “direito do consumidor do MERCOSUL”, traremos, a seguir, as principais contribuições do CT nº 7, agrupando-as, para fins didáticos, em dois grandes segmentos, conforme a atuação do Comité re-

³ No âmbito do CT nº 7 são discutidos os seguintes temas: a) propostas e projetos para a harmonização de legislações; b) ações de proteção e defesa dos consumidores; c) intercâmbio de informações e *knowhow* a respeito de políticas e projetos desenvolvidos pelos Estados; d) elaboração de marcos normativos; e) ações de educação sobre proteção e defesa do consumidor; f) tarefas com o objetivo de aprofundar a integração e melhorar os direitos e interesses dos consumidores da região (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 23).

⁴ Ver Ata nº 4, da LXXII Reunião Ordinária do CT nº 7, Anexo IV (Proposta de Curso MERCOSUL de Defesa do Consumidor). Brasília, 6 e 7/12/2012. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 7 maio 2019.

ferido: o direito material do consumidor e o direito internacional privado do consumidor.

O direito material do consumidor, produzido pelo MERCOSUL: normas aprovadas e projeções

Inicialmente, cabe mencionar que os primeiros trabalhos do CT nº 7 foram no âmbito do direito material do consumidor. A ideia de harmonização legislativa que abarcasse normas destinadas a regular aspectos da atuação transfronteiriça do consumidor se deu num segundo momento, diante da constatação de que seria mais fácil trabalhar com a harmonização de critérios de conexão- o que não importaria em alteração material do direito interno dos Estados Partes –, do que com o direito material ou substancial propriamente dito.

Deste modo, a primeira norma surgida foi a Resolução nº 126/1994, que recomenda a adoção de normas compatíveis aos padrões internacionais – como por exemplo as Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor (versão 1985)⁵ –, devendo levar em consideração que o consumidor é um sujeito econômico vulnerável. Neste ponto, determina, em seu art. 2º, que até que seja aprovado um Regulamento Comum para a Defesa do Consumidor no MERCOSUL, cada Estado Parte deverá aplicar a sua legislação interna e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território, demonstrando uma tendência a uma harmonização normativa mínima.

Em 1996, o GMC aprovou outras cinco Resoluções propostas pelo CT nº 7, com o objetivo que integrassem o Regulamento Comum de Defesa do Consumidor, a saber: a) Resolução nº 123, que continha normas sobre a qualificação de consumidor, fornecedor, relação de consumo, produto e serviço; b) Resolução nº 124, que contemplava uma lista não exaustiva de direitos básicos do consumidor⁶; c) Resolução nº 125, que tra-

⁵ A versão atual das Diretrizes é de 2015.

⁶ Conforme a Resolução nº 124/1996, são direitos básicos do consumidor: I – proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II – educação e divulgação sobre o con-

zia normas sobre o nível de qualidade, riscos, saúde e segurança dos produtos e serviços postos à disposição no mercado, além de abordar o dever de informação ao consumidor sobre os riscos referidos; d) Resolução nº 126, que tratava da publicidade enganosa e publicidade comparativa; e e) Resolução nº 127, que se ocupava da garantia contratual dos produtos e serviços. Não obstante a aprovação referida, nenhuma dessas normas entrou em vigência, na medida em que o projeto de criação de um Regulamento Comum de Defesa do Consumidor, foi severamente criticado pela delegação brasileira, por reduzir o nível de proteção dos consumidores residentes no Brasil⁷, tendo sido posteriormente rechaçado⁸, durante a XXV Reunião da CCM, realizada em Montevideu, em 10 de dezembro de 1997⁹.

sumo adequado de produtos e serviços, garantida a liberdade de escolha e o tratamento igualitário na contratação; III – informação suficiente e verdadeira sobre os distintos produtos e serviços; IV – proteção contra a publicidade enganosa, métodos comerciais coercitivos ou desleais, no fornecimento de produtos e serviços; V – efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, relativos aos direitos individuais e coletivos ou aos interesses difusos; VI – acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com vistas à prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, relativos aos direitos individuais e coletivos ou aos interesses difusos, através de procedimentos ágeis e eficazes, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VII – associação em organizações cujo objetivo específico seja a defesa do consumidor e o direito a ser por elas representado; VIII – adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, por fornecedores públicos ou privados (GRASSI NETO, 2011, p. 1362-1363).

⁷ Cabe destacar que, na época, o Brasil já tinha aprovado o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, norma que oferecia uma proteção muito maior ao sujeito vulnerável da relação de consumo do que as regras propostas no âmbito do MERCOSUL.

⁸ Conforme a doutrina: “las presiones de diferente índole que se ejercieron provocaron que la CCM alegara que el texto del Proyecto no atendía la orientación establecida en el bloque y que el proceso de armonización debería tomar como referencia la legislación más exigente (la de Brasil, en este caso) y la más próxima a los parámetros internacionales” (ALL, 2006, p. 551). No mesmo sentido, na época, destacou-se que os direitos do consumidor não são considerados pelos órgãos do MERCOSUL como direitos fundamentais, mas sim como barreiras ao comércio que prejudicam os fornecedores nacionais e que, portanto, devem ser reduzidos ao máximo (MARQUES, 1997, p. 101).

⁹ Cabe referir que ainda que não tenha sido aprovado o Regulamento Comum, as suas normas, que podem ser consideradas instrumentos de *soft law*, despertaram o interesse do Paraguai e do Uruguai na elaboração de uma legislação específica para a proteção do consu-

Em virtude do rechaço referido, o CT nº 7 optou por reconduzir os seus trabalhos rumo à elaboração de um instrumento comum que contivesse um conjunto de diretrizes mínimas e não mais uma regra extensiva e exaustiva como o Regulamento referido. Esse instrumento, até a presente data, ainda não foi aprovado¹⁰. De qualquer sorte, a metodologia de trabalho do Comitê sofreu alteração a partir de 1998, passando o órgão a ocupar-se da harmonização legislativa com base no desenvolvimento de negociações em temas específicos (VIEIRA, 2017a, p. 166-172). Assim, ainda nesse ano, foi aprovada a Resolução nº 42 sobre garantia contratual, a qual substituiu a Resolução nº 127/1996, antes referida.

Em 15 de dezembro de 2000, em Florianópolis, foi assinada a Declaração de Direitos Fundamentais dos Consumidores do MERCOSUL, pelos Presidentes da República dos Estados Partes, que considera o direito do consumidor como um direito humano fundamental (TAMBUSSI, 2009, p. 29-44). Nos seus “considerandos” a Declaração destaca que num processo de integração que contemple a livre circulação de produtos e serviços, o equilíbrio na relação de consumo, baseado na boa fé, requer que o consumidor, como agente econômico e sujeito de direito, disponha de uma proteção à sua peculiar vulnerabilidade, devendo os Estados evidarem todos os esforços em prol da harmonização das legislações nacionais no âmbito da defesa do consumidor, a fim de se melhorarem as condições de vida dos consumidores da região. Do mesmo modo, a Declaração, além de enfatizar a importância da harmonização legislativa¹¹, trouxe um rol de direitos fundamentais do consumidor¹², podendo ser u-

midor, a qual, até aquela data, não existia (RIBEIRO; ZORDAN, 2006, p. 469). Mais recentemente, tais normas voltaram a influenciar a elaboração do Anteprojeto argentino de Lei de Defesa do Consumidor, de 6 de dezembro de 2018. Maiores detalhes sobre o tema podem ser consultados em Vieira (2019, p. 789-804).

¹⁰ Está-se trabalhando, na atualidade, na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor do MERCOSUL, como se verá mais adiante.

¹¹ A Declaração trabalha na perspectiva da proteção mínima ao consumidor, adotando orientação bastante distinta da que imperava na época do Projeto de Regulamento Comum de Defesa do Consumidor (GRASSI NETO, 2011, p. 1375).

¹² São direitos fundamentais do consumidor, no MERCOSUL: “a) a proteção eficaz da vida, da saúde, da segurança do consumidor e do meio ambiente contra os riscos provocados por

utilizada como uma diretriz (*soft law*), apta a orientar os poderes legislativos dos Estados na adoção de regras nacionais e políticas públicas, sem prejuízo de que igualmente possa servir de parâmetro para a interpretação do direito a ser utilizado pelo juiz nacional, na solução de casos concretos que envolvam a aplicação do direito do consumidor do MERCOSUL.

Em 2004, após um longo período de inatividade na produção de regras materiais, foi aprovada a Resolução nº 21, que determina que deve ser garantido aos consumidores, durante todo o processo de transação comercial realizado por meios eletrônicos, o direito à informação clara, precisa, suficiente e de fácil acesso sobre o fornecedor do produto ou serviço, sobre o produto ou serviço ofertado e com relação às transações eletrônicas envolvidas, com o objetivo de favorecer a confiança do consumidor no comércio eletrônico.

Em 2006, por meio da Resolução nº 45, aprovou-se norma para regular a publicidade enganosa, que ainda estabelece a inversão do ônus da prova, a favor do consumidor, com relação à prova da veracidade e correção da informação ou comunicação efetuada pelo anunciante.

Em 2008, aprovou-se a Resolução nº 23 sobre recomendações para a saúde dos viajantes (consumidor turista), que contém indicações que devem ser seguidas por aqueles que viajam a zonas de risco ou transmis-

práticas no fornecimento de produtos e serviços; b) o equilíbrio nas relações de consumo, assegurado o respeito aos valores da dignidade e lealdade, sobre a base da boa-fé, conforme a legislação de cada país; c) o fornecimento de serviços, tanto os públicos quanto os privados, e produtos em condições adequadas e seguras; d) o acesso ao consumo com liberdade de escolha, sem discriminações, nem arbitrariedades; e) a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais ao consumidor e a sanção dos responsáveis; f) a educação para o consumo e o fomento, no MERCOSUL, do desenvolvimento de entidades que tenham por objeto a defesa do consumidor; g) a informação suficiente, clara e veraz; h) a proteção contra a publicidade não permitida de produtos e serviços, conforme a legislação vigente em cada Estado Parte; i) a proteção contra práticas abusivas e métodos coercitivos ou desleais; j) a proteção contra cláusulas contratuais abusivas, conforme a legislação vigente em cada Estado Parte; k) a facilitação do acesso a órgãos judiciais, administrativos e a meios alternativos de solução de conflitos, mediante procedimentos ágeis e eficazes, para a proteção dos interesses individuais e difusos dos consumidores” (Tradução própria).

são de enfermidades epidemiológicas ou que dali procedam, a qual foi revogada em 2013, pela Resolução nº 7.

Em 2010, aprovou-se a Resolução nº 1, que trata da proteção da saúde e segurança dos consumidores e usuários, obrigando os fornecedores de produtos e serviços que tiverem conhecimento de sua periculosidade ou nocividade a comunicarem imediatamente tal circunstância às autoridades nacionais competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. Do mesmo modo, o Estado Parte que tiver conhecimento sobre a periculosidade ou nocividade de algum produto ou serviço, deverá comunicar imediatamente o ocorrido aos demais Estados.

Ademais, no mesmo ano, foi aprovada a Decisão nº 64/2010, que contempla um plano de ação para a consolidação do que se chamou Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, com procedimentos e metas, com enfoque multidimensional, que devem ser concluídos até o 30º aniversário da assinatura do Tratado de Assunção (26 de março de 2021), para consolidar um conjunto de direitos fundamentais e benefícios para os nacionais dos Estados Partes. Entre essas metas e ações, o art. 2º, nº 10, prescreve que deve ser criado um Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor, composto por: a) um Sistema MERCOSUL de Informação e Defesa do Consumidor; b) uma ação regional de capacitação, representada pela criação da Escola MERCOSUL de Defesa do Consumidor; c) uma norma MERCOSUL aplicável aos contratos internacionais de consumo (esta última referente ao direito internacional privado do consumidor).

Em 2011, foi aprovada a Resolução nº 34 sobre Conceitos Básicos em matéria de defesa do consumidor, que harmoniza a definição de consumidor (VIEIRA, 2016, p. 197-242; VIEIRA, 2018b, p. 99-132), fornecedor, relação de consumo, produto, serviço, dever de informação e oferta vinculante, no bloco. Especialmente sobre o conceito de consumidor, a Resolução adota a teoria finalista, considerando como consumidor a pessoa física ou jurídica destinatária final da mercadoria ou do serviço, sem exigir vínculo contratual entre consumidor e fornecedor.

Mais recentemente, em 2017, foi aprovada a Resolução nº 4 que estabelece o Procedimento sobre o Alerta e a Retirada de Produtos e Serviços considerados Potencialmente Nocivos ou Perigosos no MERCOSUL

(*recall*), destinado a melhorar o seguimento e a fiscalização realizados pelas autoridades nacionais de aplicação, nos Estados Partes. Entre outras medidas, a Resolução determina que o fornecedor deverá comunicar imediatamente ao órgão nacional de defesa do consumidor e aos órgãos reguladores do seu Estado Parte sobre a periculosidade ou nocividade do produto ou serviço que foi inserido no mercado, devendo, ato seguinte, a autoridade nacional respectiva informar a autoridade de aplicação dos demais Estados Partes, por meio do Sistema Interamericano de Alertas Rápidos (SIAR), brindando informações detalhadas sobre o produto, o defeito apresentado, acidentes de consumo, localização geográfica, plano de divulgação na mídia etc., ficando o fornecedor, igualmente obrigado a fornecer relatórios bimestrais sobre o recolhimento e reparação dos produtos e serviços referidos, bem como sobre o número de consumidores atendidos.

Além das Resoluções mencionadas, existem várias outras que de forma indireta asseguram proteção ao consumidor, sobre as mais diversas matérias, como por exemplo, aditivos, corantes, toxinas no leite e na farinha, qualidade dos queijos e da manteiga, qualidade dos alimentos em geral, qualidade dos produtos de origem animal e dos medicamentos, normas sobre embalagem e segurança de produtos destinados ao consumo, medidas sanitárias e fitossanitárias, telecomunicações, metrologia, substâncias corantes permitidas em produtos de higiene pessoal, entre outras¹³, o que comprova a preocupação do bloco não somente com a circulação de mercadorias, mas também com a saúde e o bem-estar do consumidor.

Com relação às principais projeções, que se referem ao trabalho atual do Comitê responsável pela harmonização de legislações na matéria, cabe referir que nos dias 9 e 10 de novembro de 2017, foi apresentado, na LXXXIII Reunião do CT nº 7, realizada em Brasília, o Projeto de Código de Proteção e Defesa do Consumidor do MERCOSUL¹⁴, que resgatou os termos da Declaração de 2000 sobre os Direitos Fundamentais do Con-

¹³ O acesso a essas normas pode ser obtido pelo site oficial da Secretaria do MERCOSUL, em: <http://www.mercosur.int>.

¹⁴ O texto completo do Projeto de Código de Proteção e Defesa do Consumidor do MERCOSUL consta na Ata nº 4/2017 do CT nº 7, Anexo IV.

sumidor e claramente inspira-se na estrutura do CDC brasileiro, ainda que sem detalhar as normas e princípios propostos. O projeto referido, proposto, de fato, pelo Brasil, encontra-se atualmente em fase de análise pelas delegações dos demais Estados Partes, estimando-se que a sua aprovação se dê até 31 de dezembro de 2019, conforme a Agenda de Trabalho do CT nº 7 para o ano em destaque¹⁵. Do mesmo modo, para a data em evidência, prevê-se a culminação das negociações para a elaboração de um Capítulo sobre os Direitos Fundamentais dos Consumidores, que deve ser incorporado ao Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, uma vez consolidado.

O direito internacional privado do consumidor, produzido pelo MERCOSUL

As relações de consumo, que antes se desenvolviam exclusivamente no território de um único Estado, estão ganhando elementos de extraterritorialidade (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, 2014-2015, p. 780). Num espaço integrado, como no caso do MERCOSUL, onde se vê facilitada a abertura dos mercados a produtos e serviços estrangeiros e à circulação de pessoas, as relações de consumo com projeção transfronteiriça se incrementam. Neste cenário, a fim de fomentar o comércio *intrazona*, é fundamental que o consumidor possa contratar com segurança, previsibilidade e confiança e, para isso, necessita poder contar com normas que lhe atribuam proteção além das fronteiras nacionais¹⁶.

Levando em consideração a necessidade do estabelecimento de marcos normativos destinados a tutelar o consumidor transfronteiriço, o CT nº 7, seguindo o seu trabalho de harmonização legislativa, abordou os três grandes objetos do direito internacional privado moderno sob a

¹⁵ A Agenda pode ser consultada no Anexo VII da Ata nº 4/2018, aprovada na LXXXVII Reunião Ordinária do CT nº 7, levada a cabo em Montevideu, nos dias 15 e 16 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://documentos.mercosur.int>>. Acesso em: 18 mai 2019.

¹⁶ O consumidor foi denominado, na sociedade atual, de “hiper consumidor”, porque já não reconhece as fronteiras estatais como uma limitação para o ato de consumir (COVA, 2006, p. 201).

perspectiva da proteção do vulnerável, a saber: jurisdição internacional, lei aplicável e cooperação jurídica internacional.

Não obstante, antes de analisar as normas que foram criadas em cada um desses âmbitos, é importante referir que tradicionalmente, se costuma distinguir o consumidor transfronteiriço entre aquele que se translada até o estabelecimento comercial do fornecedor, na busca de mercadorias ou serviços, motivando por si mesmo a contratação, daquele que é invadido ou atacado pela ofensiva contratual do fornecedor no seu próprio domicílio ou residência habitual. No primeiro caso, está-se diante do conceito de consumidor ativo¹⁷, também chamado de consumidor turista¹⁸, e no segundo caso, do consumidor passivo. Esta diferenciação, aplicável ao consumidor que atua no cenário internacional, tem dado lugar a um tratamento distinto dispensado a cada uma dessas categorias, no MERCOSUL, como se verá a continuação.

Com relação à jurisdição internacional, primeiro eixo com o qual se preocupou o CT nº 7, aprovou-se, em 22 de novembro de 1996, o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo. O tratado referido delimita o seu âmbito material de aplicação aos contratos de compra e venda a prazo, de fornecimento de bens móveis corpóreos e de prestação de serviços (aqui incluídos os empréstimos bancários e outras operações de crédito), podendo ser aplicado quando o fornecedor e o consumidor estão domiciliados em diferentes Estados Partes do MERCOSUL ou, mesmo estando domiciliados no mesmo Estado Parte, se a prestação característica da relação de consumo se realiza em outro Estado (ALL, 2010, p. 627). Ainda, para determinar a internacionalidade da relação de consumo se requer que tenha sido realizada a publicidade ou a proposta específica no domicílio do consumidor,

¹⁷ Uma pequena parte da doutrina classifica a este sujeito como consumidor dinâmico (HARGAIN; MIHALI, 1998, p. 505).

¹⁸ Geralmente, aquele consumidor que consome um produto estrangeiro, sem abandonar o seu território, goza do mesmo nível de proteção que quando adquire bens ou serviços nacionais, no país do seu domicílio. Por outro lado, aquele consumidor que se translada a outros países, fica sujeito às leis do Estado onde a aquisição teve lugar (HARGAIN; MIHALI, 1998, p. 505).

como também os atos necessários para a conclusão do contrato devem ter sido cumpridos no domicílio deste último (art. 2º). Como se pode observar, essa exigência de realização da proposta comercial no domicílio do consumidor, acompanhada da realização do contrato no mesmo Estado, exclui do âmbito de aplicação do Protocolo os contratos internacionais de consumo celebrados pelo consumidor turista, que é justamente aquele que se desloca até outro Estado para contratar.

Especificamente com relação ao tema da jurisdição internacional, cabe destacar que o Protocolo de Santa Maria foi pensado para servir de ferramenta de complementação ao Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (aplicável a contratos internacionais entre partes em igual poder de negociação), estabelecendo foros especiais para este particular tipo de relação jurídica (FERNÁNDEZ ARROYO, 2003, p. 87). Deste modo, a regra geral estabelece a competência dos juízes do domicílio do consumidor (art. 4º), reconhecendo as dificuldades e riscos de uma ação judicial ajuizada no estrangeiro. Além da regra geral, que facilita o acesso à justiça ao consumidor, são estabelecidas jurisdições alternativas, à escolha deste último, desde que a sua opção tenha sido manifestada expressamente no momento da propositura da demanda (art. 5º). Assim, admite-se a jurisdição concorrente dos tribunais do Estado de celebração do contrato, de cumprimento da prestação do serviço, da entrega dos bens e do domicílio do demandado, desde que pertençam a Estados que apresentem vínculos razoáveis com a relação internacional de consumo (TELLECHEA BERGMAN, 2002, p. 92). Ainda sobre o tema, cabe destacar que para alguns autores, o Protocolo de Santa Maria legislou sobre cláusulas de eleição de foro, ao não prever de forma expressa essa possibilidade, não permitindo, assim, o uso da autonomia da vontade para a escolha do juiz competente diante de um contrato internacional com a presença do consumidor (MARQUES, 1999, p. 34; ALL, 2006, p. 532-533).

Por outro lado, cabe referir que o Protocolo de Santa Maria também trata de assuntos como o desenvolvimento de atos processuais à distância e a eficácia extraterritorial das decisões judiciais estrangeiras, esta última pautada na cooperação internacional por meio da Autoridade Central, o que facilita a comunicação entre a autoridade cooperante e a

cooperada, que deve ser feita de maneira gratuita e célere, dispensando formalismos e a legalização dos documentos que instruirão o pedido de homologação ou reconhecimento da decisão estrangeira.

Não obstante a relevância do Protocolo, que na década de 90 já visava introduzir regras especiais em matéria de jurisdição internacional direta e indireta, quando participa da relação jurídica uma parte vulnerável, o mesmo jamais entrou em vigência, uma vez que o seu art. 18 condiciona a vigência do tratado referido à aprovação do Regulamento Comum de Defesa do Consumidor, o que nunca ocorreu¹⁹, deixando fadada ao insucesso uma norma tão importante quanto essa.

No pertinente à lei aplicável, objeto clássico do direito internacional privado, recentemente, por meio da Decisão nº 36/2017, aprovou-se o Acordo sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo, que buscou estabelecer regras destinadas a regular as relações internacionais celebradas pelo consumidor com um fornecedor estrangeiro de mercadorias ou serviços, quando o contrato tenha sido celebrado dentro do Estado do seu domicílio ou fora dele, permitindo, inclusive, o uso da autonomia da vontade das partes para a escolha do direito aplicável.

O Acordo referido resgatou a qualificação de consumidor pautada na teoria finalista, contida na Resolução nº 123/126, no Anexo ao Protocolo de Santa Maria antes analisado, no Regulamento Comum de Defesa do Consumidor de 1996 e na Resolução nº 34/2011 sobre Defesa do Consumidor – Conceitos Básicos (todas normas que nunca entraram em vigência), determinando que o consumidor é a pessoa física ou jurídica destinatária final da mercadoria ou do serviço, que justamente não os emprega na cadeia de produção, dando-lhes um uso privado, alheio ao exercício da atividade profissional (art. 2º)²⁰. Todavia, o Acordo foi além do

¹⁹ Para que se tenha ideia de quão visionário foi o Protocolo de Santa Maria, cabe resgatar que somente em 2015, falando-se em direito interno brasileiro, nosso país introduziu no art. 22, II do Código de Processo Civil atual, a regra de jurisdição internacional que prevê a competência dos juízes do domicílio do consumidor.

²⁰ Conforme o art. 2º: “Consumidor: significa toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma

previsto nas normas anteriormente referidas (com exceção da Resolução nº 34/2011), na medida em que inseriu a figura do consumidor por equiparação (*bystander*) ao ordenamento jurídico do bloco, ao não exigir que o consumidor contrate diretamente com o fornecedor, podendo ser considerado como tal aquele que recebe uma amostra grátis, um presente ou quem simplesmente utiliza um produto ou serviço, sem havê-lo adquirido (VIEIRA, 2018c, p. 621). Do mesmo modo, a fim de dissipar dúvidas referentes ao seu âmbito de aplicação, o Acordo qualifica, igualmente, o que se entende por contrato internacional de consumo, definindo, no mesmo artigo, que “existe contrato internacional de consumo quando o consumidor tem seu domicílio no momento da celebração do contrato, em um Estado Parte diferente do domicílio ou sede do fornecedor profissional que interveio na transação ou contrato”. Pela qualificação referida, evidencia-se que o critério de estrangeira empregado para indicar a internacionalidade da relação jurídica é o do domicílio²¹ ou sede das partes, que deve estar em distintos Estados que integram o MERCOSUL, podendo ser utilizado tanto para contratos celebrados entre presentes quanto entre ausentes²².

Especificamente com relação ao direito aplicável aos contratos internacionais, o Acordo MERCOSUL introduz importante critério, inédito em qualquer outro tratado ou norma (inclusive se considerado o Regulamento nº 593/2008, vigente na União Europeia), estabelecendo regras tanto para os contratos internacionais celebrados pelo consumidor passi-

relação de consumo ou como consequência ou em função dela. Não se considera consumidor aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los como insumo direto a outros produtos ou serviços em processo de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros”.

²¹ Com relação ao domicílio do consumidor, o art. 2º do Acordo determina que no caso dos contratos celebrados por meios eletrônicos, será considerado domicílio aquele informado ao fornecedor no momento da celebração do contrato.

²² Sobre a aplicação do critério referido para os contratos celebrados entre ausentes, observa-se que o tratado se valeu da orientação contida na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) sobre Comércio Eletrônico, de 1996, que adota a regra do lugar do estabelecimento para indicar a internacionalidade do contrato eletrônico, no seu art. 15.4.

vo, quanto pelo consumidor ativo (turista), este último geralmente olvidado nas regulamentações.

Deste modo, com relação ao direito aplicável²³ aos contratos celebrados pelo consumidor estando este no Estado de seu domicílio (consumidor passivo)²⁴, o art. 4º do Acordo apresenta um leque pré-determinado de pontos de conexão alternativos²⁵ (direito do Estado do domicílio do consumidor, do lugar de celebração ou de cumprimento do contrato, ou da sede do fornecedor), a partir dos quais poderá ocorrer a eleição da lei que regerá o contrato, privilegiando, assim, a autonomia da vontade das partes, mas de forma restritiva, ao condicionar a escolha da lei a que efetivamente seja a mais favorável ao consumidor²⁶, o que de-

²³ O Acordo MERCOSUL emprega o termo “direito aplicável” e não “lei aplicável” para referir-se à possibilidade que possuem as partes de escolher o instrumento que regulará o contrato internacional de consumo. No entanto, se a expressão “direito aplicável” for considerada de forma isolada do sistema previsto pelo Acordo, levará a uma interpretação equivocada da norma, entendendo-se que estaria permitida a escolha de outras fontes para regular o contrato, tais como o costume internacional, os princípios gerais do direito, os usos do comércio internacional. De qualquer modo, o art. 6º, item 2, ao se referir aos contratos celebrados eletronicamente, menciona que devem ser comunicadas ao consumidor, de forma clara, as opções de direitos estatais disponíveis. Logo, poderia se considerar que o Acordo opta por excluir o uso da *lex mercatoria* (ou *soft law*), ainda que seria mais adequado o emprego da expressão “lei aplicável”, a fim de afugentar a possibilidade de aplicação de um direito que não seja protetivo e proveniente de um Estado.

²⁴ O consumidor que contrata por meios eletrônicos deve ser considerado um consumidor passivo e, portanto, merecedor de tutela legal específica (GHERSI, 2015, p. 351-373; MARQUES, 2012, p. 428; VELÁZQUEZ GARDETA, 2010, p. 38-39).

²⁵ O emprego de uma pluralidade de critérios ou pontos de conexão, pela norma, reduz proporcionalmente o recurso à ordem pública como limite à aplicação do direito estrangeiro (POCAR, 1984, p. 360).

²⁶ Tal como já foi adiantado em outra oportunidade: “(...) buscar la ley que regirá la relación contractual como resultado de la aplicación matemática del método de conflicto, como criterio localizador, sin preocuparse con el contenido material de la norma aplicable, no es algo viable, principalmente cuando se trata de contratos internacionales con la presencia de una parte débil. Luego, se hace imperiosa la armonización entre las soluciones brindadas por el derecho conflictual con aquellas alcanzadas por el material protector o tuitivo. Siendo así, no más se puede hablar de un DIPr neutral, sin apego a los valores sociales, y es justamente en materia de ley aplicable que se manifiesta expresamente este nuevo compromiso con la solución del caso concreto. Así, no se puede aceptar una solución ofrecida por la

monstra uma preocupação com o resultado material²⁷ produzido pelo direito indicado pelas partes (VIEIRA, 2017a, p. 461-465; VIEIRA, 2018c, p. 623-624). O mesmo art. 4º, considerando que as partes podem não haver escolhido o direito aplicável ou que esta eleição possa ter sido invalidada (por ex., por abusiva), determina que os contratos internacionais de consumo serão regidos pelo direito do Estado do domicílio do consumidor, como critério subsidiário de conexão, estabelecendo uma presunção material de que a lei do domicílio do consumidor²⁸ é a mais favorável a este último (MARQUES, 2019, p. 419-456).

Com relação aos contratos internacionais celebrados pelo consumidor ativo ou turista, que é aquele que se desloca até outro Estado para contratar, o Acordo MERCOSUL estabeleceu regras especiais, sendo, como já dito, a primeira convenção internacional que se ocupou da matéria²⁹. Nesse sentido, no art. 5º, o Acordo estabelece a possibilidade de eleição do direito aplicável ao contrato, pelas partes, devendo estas optarem pelo direito do lugar de celebração ou de cumprimento do contrato ou pelo direito do domicílio do consumidor, condicionando a validade da eleição -do mesmo modo como foi estabelecido para os contratos cele-

norma de conflicto que indique como aplicable una ley, sea ella nacional o extranjera, que no ofrezca una protección material al consumidor, como valor intrínseco de la sociedad de consumo actual" (VIEIRA, 2018c, p. 627-628).

²⁷ Cabe referir que quando uma das partes está em condições de impor a escolha da lei aplicável à outra, e se esta eleição é motivada pela vontade de subtrair o contrato das disposições de um direito protetivo, a referência à autonomia da vontade se converte em pura ficção. Ignorar essa realidade é aceitar a consagração da lei do mais forte. Também significa empurrar ao extremo a ideia de que a função do direito internacional privado é meramente distributiva e classificatória, indiferente ao conteúdo das regras do direito material (MAHMOUD, 2005, p. 164-165).

²⁸ Críticas a essa presunção podem ser encontradas em Lagarde (2011, p. 387).

²⁹ Cabe destacar que existe, no âmbito da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, um projeto de convenção sobre a proteção do consumidor turista e visitante, apresentado pelo governo brasileiro, destinado a facilitar a cooperação internacional entre as autoridades de proteção ao consumidor, mas que não aborda temas vinculados à lei aplicável ao contrato internacional celebrado pelo consumidor turista (SILVA; CIPRIANO, 2014, p. 36; CERDEIRA, 2014, p. 780-781; CERDEIRA, 2018, p. 411-420; VIEIRA; CIPRIANO, 2018, p. 475-493).

brados pelo consumidor passivo – a que o direito escolhido seja o mais favorável à parte vulnerável, como medida de proteção que igualmente se preocupa com o resultado material produzido pela aplicação do direito indicado. Ainda, se as partes não se valerem da autonomia da vontade conflitual ou se a cláusula de eleição do direito aplicável for invalidada, deverá ser aplicado como critério subsidiário de conexão o direito do lugar de celebração do contrato (que, na verdade, prima pela aplicação do direito da sede do fornecedor da mercadoria ou do serviço, que foi onde o consumidor realizou a transação).

Ademais, o Acordo igualmente se ocupou da informação (em linguagem clara, acessível e de fácil compreensão) que deve ser brindada ao consumidor a respeito da possibilidade de eleição do direito aplicável ao contrato, como instrumento de transparência destinado a mitigar os efeitos da vulnerabilidade do consumidor transfronteiriço (art. 6º).

Em que pese a importância das mudanças legislativas que busca introduzir o Acordo no direito de fonte convencional autônoma do MERCOSUL, o mesmo ainda se encontra em fase de ratificação pelos Estados Partes, não tendo havido nenhuma até o presente momento³⁰.

Por fim, cabe fazer referência ao terceiro objeto do direito internacional privado – cooperação jurídica internacional – do qual se ocupou o CT nº 7. Tem-se, aqui, o Acordo Interinstitucional entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estados Partes do MERCOSUL para a Defesa do Consumidor Visitante, de 3 de junho de 2004, em plena vigência³¹, que tem como objeto facilitar a proteção dos consumidores da região que estejam transitoriamente no território de outro Estado, na condição de turistas ou visitantes.

A ideia do Acordo (art. 3º) é assessorar e informar os consumidores turistas com relação a seus direitos, colocando à sua disposição mecanis-

³⁰ O estado das assinaturas e ratificações pode ser consultado na página do Ministério de Relações Exteriores do Paraguai, que é o Estado depositário dos tratados celebrados no âmbito do MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mre.gov.py>>. Acesso em: 27 mai 2019.

³¹ O Acordo permite que outros países, que não sejam signatários e nem estejam na condição de Estados Partes do MERCOSUL, façam a adesão ao seu texto.

mos administrativos ágeis e eficazes para a solução de conflitos que possam ocorrer durante a sua estadia em país distinto ao do seu domicílio, buscando, justamente, oferecer um rápido tratamento ao problema apresentado, de acordo com as normas e procedimentos do país anfitrião. Para isso, o Acordo determina a criação de mecanismos de informação recíproca aos consumidores, a respeito das denúncias e reclamações apresentadas, havendo implementado um formulário³² bilíngue de reclamação, que fica à disposição dos consumidores nas cidades turísticas que estão aplicando o Acordo, como projeto piloto, a saber, São Paulo, Rio de Janeiro, Montevideú, Punta del Este, Buenos Aires e San Carlos de Bariloche³³, existindo outras cidades em fase de aprovação da sua participação no projeto referido.

Deste modo, a partir de uma reclamação apresentada em instância administrativa, o órgão de proteção ao consumidor do local onde foi oferecida a reclamação entrará em contato com o órgão de proteção ao consumidor do local de residência deste último, permanecendo em constante contato para o intercâmbio de informações com relação à tentativa de conciliação, até a obtenção do resultado final. A adoção desse sistema permite que o turista ou visitante regresse a seu país de origem e continue sendo assistido e assessorado até que o conflito se resolva.

Considerações finais

Como foi possível observar, ao longo desse capítulo, o MERCOSUL, através do trabalho do CT nº 7, vem produzindo uma série de instrumentos normativos – resultado do constante processo de harmonização das legislações nacionais dos Estados Partes –, destinados a regular tanto o direito material quanto o direito internacional privado do

³² O formulário, lançado em 10 de janeiro de 2013, pode ser consultado em: <<http://www.procon.sp.gov.br>>. Acesso em: 27 maio 2019.

³³ Cabe referir que antes da aplicação da penalidade de suspensão (2017), dirigida à Venezuela, bem como antes mesmo da revogação, operada no país, da Lei DEPABIS (Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso para los Bienes y Servicios) que protegia o consumidor (2014), Caracas e Estado Vargas também faziam parte do projeto piloto.

consumidor, construindo, por assim dizer, um ramo autônomo dentro do direito da integração, que é o “direito do consumidor do MERCOSUL”.

Não obstante o esforço legislativo que vem sendo realizado, que, em vários aspectos, é bastante visionário, na medida em que também busca suprimir lacunas no direito de fonte convencional autônoma do bloco (e porque não no direito interno dos Estados Partes!), como é o caso do Acordo sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de Consumo, verifica-se que a maioria das normas aprovadas não logra entrar em vigência. Essa falta de atribuição de eficácia aos instrumentos referidos, que são de crucial relevância para a atribuição de proteção à parte vulnerável da relação de consumo, se deve, na maior parte dos casos, à falta de interesse político dos Estados, que não concluem o processo de internalização das resoluções, decisões e tratados aprovados no âmbito do MERCOSUL.

Diante desse cenário, a sociedade civil e, principalmente, as associações de defesa do consumidor e os colégios ou associações de profissionais do direito, deveriam tomar conhecimento das normas aprovadas e exigir dos Estados a sua respectiva implementação. Sem a entrada em vigência, ainda que essas normas possam servir de orientação ou diretriz (*soft law*) para a elaboração de projetos de lei nacionais, por exemplo, dificilmente conseguirão concretizar os direitos nelas veiculados, razão pela qual necessitam poder entrar em vigência, para assim transformarem-se em instrumentos dotados de poder normativo e cogência (*hard law*). Sem esse requisito, tampouco será possível que o direito do consumidor do MERCOSUL possa ser objeto de interpretação no âmbito do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (TPR), via opinião consultiva, o que possibilitaria, num segundo momento, a aplicação uniforme desse direito, pelo juiz nacional, no território dos Estados Partes (VIEIRA, 2017b, p. 137-158; VIEIRA, 2018a, p. 138-159).

Referências

ALL, Paula M. MERCOSUR. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P (Ed.) *Consumer Protection in International Private Relationships – La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*. Asunción: CEDEP, 2010.

- ALL, Paula María. La construcción de un sistema de protección del consumidor en el MERCOSUR: avances y desafíos de cara a la CIDIP VII. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, nº 3, 2006.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. A proteção internacional do consumidor no MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, Jul./Ago 2016.
- BOURGOIGNIE, Thierry. Integración regional y la protección del consumidor en las Américas y en Europa. In: MARQUES, Cláudia Lima; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; RAMSAY, Iain; PEARSON, Gail (Dirs.). *The Global Financial Crisis and the Need for Consumer Regulation: new developments on international protection of consumers. La Crisis Financiera Mundial y la Necesidad de Regulación de la Protección de los Consumidores: nuevos desarrollos en la protección internacional de los consumidores*. Porto Alegre/Asunción: Orquesta Editora, 2012.
- CERDEIRA, Juan José. Note on the protection of tourists from a national and regional perspective. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.119, Set./Out. 2018.
- CERDEIRA, Juan José. Protección al consumidor turista desde la perspectiva argentina. In: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio; MARQUES, Cláudia Lima (coords.). *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre/Asunción: Gráfica e Editora RJR, 2014.
- CICERO, Nidia Karina. Estado actual de las negociaciones del proceso de armonización de la legislación en materia de defensa del consumidor en el seno del MERCOSUR. *El Derecho*, Buenos Aires, t. 180, 1999.
- COVA, B. L'hyper-consommateur: entre immersion et sécession. In: AUBERT, N (dir.) *L'Individu Hypermoderne*. Paris: Eres, 2006.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., La (des)protección del consumidor transfronterizo: tres hitos en el derecho latinoamericano contemporáneo. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)*, t. XIV-XV, 2014-2015.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho Internacional Privado Interamericano: evolución y perspectivas*. México: Universidad Anáhuac del Sur, 2003.

- GHERSI, Carlos A. Las relaciones de consumo en el mercado electrónico. In: GHERSI, Carlos A (dir.) *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- GRASSI NETO, Roberto. A política de proteção do consumidor no sistema de integração regional do MERCOSUL. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.) *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais – Vol. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. *Circulación de bienes en el MERCOSUR*. Buenos Aires: BdeF, 1998.
- LAGARDE, Paul. A caminho de uma revisão da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. In: VIEIRA, Iacyr de Aguiar (org.) *Estudos de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado (Tomos I e II)*. Curitiba: Juruá, 2011.
- MAHMOUD, M. Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en Droit International Privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 315, 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do consumidor no MERCOSUL: algumas sugestões frente ao impasse. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 32, Out./Dez. 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo MERCOSUL sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 121, Jan./Fev. 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima. Regulamento comum de defesa do consumidor do MERCOSUL – Primeiras observações sobre o MERCOSUL como legislador da proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 23-24, Jul./Dez. 1997.
- MARQUES, Cláudia Lima. Towards a global approach to protect foreign tourists: building governance through a new cooperation net in consumer and tourist issues. In: SIERRALTA, Aníbal; MARQUES, Cláudia Lima; MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (orgs.) *Derecho Internacional, mundialización y gobernanza. Jornadas de la ASADIP, Lima, Noviembre de 2012*. Asunción: CEDEP, 2012.

- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. SENACON. *Manual de Defesa do Consumidor. MERCOSUL e Peru*. Brasília: MJ, 2015.
- POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 188, 1984.
- RIBEIRO, Bruno Marques; ZORDAN, Fernando Henrique Zorzi. A necessidade da harmonização legislativa no MERCOSUL para a proteção jurídica do consumidor. In: MENEZES, Wagner (Coord.) *Estudos de Direito Internacionais – Anais do 4º Congresso Brasileiro de Direito Internacional – 2006*. Vol. VI. Curitiba: Juruá, 2006.
- SILVA, Juliana Pereira da; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. Proteção e Defesa do Consumidor Turista e Visitante no Brasil. In: BRASIL/Ministério da Justiça/Secretaria Nacional do Consumidor/Ministério do Turismo. *A Proteção Internacional do Consumidor Turista e Visitante*. Brasília: MJ/MT, 2014.
- TAMBUSSI, Carlos Eduardo. *El Consumo como Derecho Humano*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *La Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional en el Ámbito Regional*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. El derecho más favorable al consumidor, la mejor solución también para los contratos de consumo *online*. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coords.) *Tendencias y relaciones. Derecho Internacional Privado americano actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*. México, D.F.: Porrúa, 2010.
- VIEIRA, Luciane Klein. Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino desde la perspectiva del MERCOSUR. In: SANTARELLI, Fulvio G.; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro (Dirs.) *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz*. Buenos Aires: La Ley, 2019.
- VIEIRA, Luciane Klein. As opiniões consultivas no MERCOSUL: acertos e desacertos. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Herme-*

- nêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: nº 14. São Leopoldo: Karywa, 2018a.
- VIEIRA, Luciane Klein. El concepto de consumidor y el MERCOSUR ampliado. Un análisis del derecho de fuente convencional e interna de los Estados Partes del bloque. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 107, set./out. 2016.
- VIEIRA, Luciane Klein. La calificación de consumidor en los procesos de integración regional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, jan./fev. 2018b.
- VIEIRA, Luciane Klein. La codificación del Derecho Internacional Privado del Consumidor en el MERCOSUR: las recientes manifestaciones en materia de ley aplicable al contrato internacional con consumidores. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)*, t. XVIII, 2018c.
- VIEIRA, Luciane Klein. *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017a.
- VIEIRA, Luciane Klein. O diálogo entre o Tribunal Permanente de Revisão e os tribunais constitucionais nacionais: o mecanismo da opinião consultiva e o direito mercosurenho de terceira dimensão. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: nº 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.
- VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e a proteção do consumidor turista: balanço e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; ARAÚJO, Nádia de (Orgs.). *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade – 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Arraes, 2018d.

A ECONOMIA DO CONHECIMENTO COMO REDUTORA DA DESIGUALDADE DE RENDA E RIQUEZA?

Marciano Buffon*

Introdução

Como afirmou o genial autor russo, Liév Tolstói (2017), em sua famosa obra “Anna Kariênina”, “todas as famílias felizes se parecem, cada família infeliz é infeliz à sua maneira (...)”. O que se poderia perscrutar é se a frase seria aplicável em relação à questão da desigualdade, ou se, em relação a essa, cada país constrói, a seu modo, sua própria desigualdade e, parafraseando o autor de “Guerra e Paz”, sua própria infelicidade?

É certo que Tolstói não viveu ao tempo da globalização como hoje se conhece, tampouco seus personagens estavam contaminados pelo vírus da dependência tecnológica, corporificado pelas redes sociais. Talvez, hoje, fosse possível construir até um modo padronizado de infelicidade, mas isso é para ser discutido em outro momento e em outros espaços.

O que se pode dizer, perfunctoriamente, é que sem embargo existir características particulares, há um amplo espectro comum a todos os países desiguais e, em sua essência, ele coincide largamente, variando tão somente em função da intensidade e da profundidade, do fosso que separa seus cidadãos. Por assim dizer, sociedades menos desiguais têm características comuns, não verificáveis em sociedades mais desiguais, as quais possuem outras marcas que as distinguem. Enfim, ousando contrariar Tolstói, houve uma padronização da infelicidade social.

* Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla – ES. 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.

Uma vez dizendo isso, parte-se de uma premissa óbvia. Ao se usar a expressão “infelicidade social” quase como sinônimo da desigualdade (aquela mais intolerantemente profunda), reconhece-se nessa algo economicamente disfuncional e socialmente conflituosa. A desigualdade exacerbada é um indesejável efeito, que tem se aprofundado com o desmantelamento do Estado de Bem-estar. Atualmente, inclusive, tem sido capturada como uma forma de subversão da própria democracia, na medida em que é uma das causas de ascensão de populismos extremistas, como se esses tivessem algum compromisso de enfrentá-la, considerando a excludente agenda social que, na essência, os caracterizam.

A desigualdade cria marcantes barreiras, as quais impedem a ascensão social das pessoas, que essas possam alcançar níveis mais altos de bem-estar do que seus pais ou aspirem que seus filhos possam alcançá-los, uma vez que a estrutura social tende a se reproduzir, mediante uma estrutura diferencial de oportunidades e enorme disparidade de resultados, limitando a mobilidade, particularmente em direção aos estratos sociais mais elevados (CEPAL, 2018).

Pode-se dizer ainda, lembrando Stiglitz, que sociedades acentuadamente desiguais resultam em modelo econômico disfuncional e que a desigualdade pode ser, embora se referindo ao contexto norte-americano exclusivamente, “ao mesmo tempo, causa e consequência da quebra na coesão social durante as últimas quatro décadas” (2013, p. 131).

Não fossem suficientes as razões apontadas, há outra bem mais facilmente compreensível para se desejar sociedades menos desiguais: o risco de guerras e autodestruição. Esse é ponto em que a obra de Piketty logrou um indiscutível êxito: comprovar que, na história, os picos de desigualdade foram seguidos de conflitos importantes, os quais tiveram como efeito colateral justamente a redução da desigualdade, uma vez que guerras invariavelmente destroem estruturas e patrimônios acumulados ao longo do tempo. Disso, conclui o autor: “um dos principais ensinamentos é que, foram as guerras que fizeram tábula rasa do passado e provocaram uma transformação das estruturas da desigualdade no século XX” (2014, p. 598).

A partir do exposto, há de se examinar um aspecto que, na atualidade, já impacta e, mais significativamente, no futuro haverá de ser crucial na determinação dos níveis de desigualdade de renda. Esse aspecto

diz respeito ao trabalho. Como será, como estará formatado e afetará o nível socioeconômico da atual e das futuras gerações diante do que se convencionou denominar “economia do conhecimento”, trata-se de um elemento central na questão que ora se examina.

Em outras palavras, especialmente neste momento, há de se voltar as atenções para a emergência da denominada “economia do conhecimento”, a qual está mudando de uma forma muito rápida e radical as relações de trabalho no século XXI. O acesso ao conhecimento formal, juntamente com a questão do trabalho ocupam um espaço de indiscutível importância na construção de um cenário futuro, mais igualitário, sobretudo naqueles países que não alcançaram êxito em erigir sociedades menos desiguais. Obviamente, entre eles está toda a América Latina, incluindo seu maior país.

Com todos os limites que se impõem, haja vista que este estudo não ter por objetivo uma profunda reflexão acerca do “futuro do trabalho”, examina-se a seguir quais as condições de possibilidades para que a vindoura economia do conhecimento possa ser mais inclusiva. É certo que, uma análise dessa natureza não poderá ficar restrita ao cenário interno, pois obviamente transcende os limites territoriais e claramente se apresenta como um novo aspecto da globalização.

Os atuais contornos da economia do conhecimento

Já não é mais nenhuma novidade dizer que o trabalho mudou. Também, nenhum ineditismo de se reconhecer que as relações de trabalho mudam paralelamente ao próprio capitalismo. Ora como causa, ora como efeito, o fato é que capital e trabalho convivem, em desarmonia (ou harmonicamente às vezes) desde um tempo que não é possível claramente precisar, tampouco este estudo tem por objetivo assim proceder.

Esse imbricamento tendencialmente conflituoso está em constante mutação, de tal sorte que, não se consegue pensar no amanhã a partir de critérios presentes, tampouco se consegue pensar em uma sociedade, cuja forma de trabalhar permaneça estática. Basta lembrar como se deu a Revolução Industrial, o período das duas grandes guerras, bem como o pós-guerra, para se perceber como a velocidade desta mudança foi acelerada.

Se, no decorrer do Século XX, o processo ocorrido nas relações laborais foi muito rápido, o que há de se dizer com o início do Século que o sucedeu? Em que pese seja difícil definir seu início, a Revolução Tecnológica (ou agora denominada de digital) tem provocado alterações em todas as searas da vida humana. Obviamente, isso produz natural angústia, uma vez que não se consegue acompanhá-la, sequer denominá-la adequadamente e, muito menos, imaginar para aonde levarão os caminhos ora trilhados, mesmo que alguns visionários assim o façam, com todos os riscos lhes são inerentes.

Em tempos recentes (se for possível denominar dessa forma quase duas décadas) criou-se relativa convicção que se está a viver no campo econômico – com reflexos em todos os aspectos da vida humana – o surgimento da denominada economia do conhecimento, aquela que está a mudar tudo que até o momento foi construído pelo homem, sem quaisquer limitações de possibilidades futuras.

Uma economia baseada no conhecimento, afirmam David e Foray, é aquela que investe no capital humano e no capital social. Relaciona-se, pois, a uma economia que estimula a capacidade de inventar e inovar para gerar novos conhecimentos e promover ideias que se transformam em produtos, processos e organizações capazes de promover o desenvolvimento, a fim de criar bem-estar e resolver as dificuldades econômicas na sociedade (2002, p. 472). Ou pelo menos deveria ser.

Manuel Castells caracteriza-a como um “novo sistema tecnológico, econômico e social”. Concerne em uma economia “que o aumento da produtividade não depende do aumento quantitativo dos fatores de produção (capital, trabalho, recursos naturais), mas sim da aplicação de conhecimento e informação à gestão, produção e distribuição, tanto nos processos como nos produtos” (2001). Em outras palavras, as economias avançadas passaram a ser cada vez mais tributárias do conhecimento, informação, treinamento e da formação de recursos humanos de alto nível, de maneiras muito diversas (GUZMÁN DÍAZ; ANAYA, 2013).

Algumas abordagens da sociedade do conhecimento, porém, têm apontado que seu conceito está relacionado à engenhosidade social, enquanto o conceito de economia do conhecimento está relacionado ao valor de troca. A partir dessa perspectiva, a economia do conhecimento busca o bem privado e a sociedade do conhecimento o bem público

(TERÁN CANO, 2018, p. 49). Todavia, fica muito difícil estabelecer os limites dessa separação, sobretudo em tempos que economia e sociedade são quase “duas faces de uma mesma moeda” e separá-las serve apenas para alimentar algum debate acadêmico, sem maiores consequências, num plano pragmático dos complexos dias ora vivenciados.

O que é certo é que a tecnologia da informação e da comunicação está na base da economia do conhecimento. É ela que permite armazenar, processar, e fazer circular, rapidamente e a baixo custo, um número de dados cada vez maior, sendo fonte cada vez mais importante de ganhos de produtividade. A transição para a sociedade do conhecimento, contudo, não é apenas uma questão de tecnologia. As mudanças decorrentes são potencialmente as de maior impacto desde a Revolução Industrial, e afetam profundamente a organização, tanto da economia como da sociedade (Factores determinantes da convergência real, texto digital, p. 60/61).

Trata-se, pois, de uma nova prática de produção, que emergiu nas maiores economias do mundo, trazendo consigo a promessa de transformar, em benefício de toda humanidade, “algumas das mais profundas e universais regularidades da vida econômica, impulsionando dramaticamente a produtividade e o crescimento” (UNGER, 2018, p. 74).

Na nova economia, a tradicional dicotomia “capital e trabalho” é superada e não constitui o problema central da geração de riqueza. Certamente, capital e trabalho são necessários para a produção de bens, mas o conhecimento é a base ou essência da economia. Inovação e produtividade são expressões concretas do conhecimento individual e do conhecimento organizacional e, nessa perspectiva, a gestão do conhecimento, em que o papel das tecnologias da informação e do conhecimento é fundamental, é uma tarefa essencial para o sucesso das organizações (TERÁN CANO, 2018, p. 50).

Se fosse necessário encontrar uma palavra-chave para economia do conhecimento, entre as mais merecedoras desta escolha, provavelmente o termo “inovação” despontaria com natural proeminência. Mesmo que haja, como ocorre com todo em qualquer conceito, uma infinidade de definições, parece que aquele contido no Manual de Oslo contempla adequadamente seu significado, além de hoje ser uma espécie de “versão oficial”. Segundo ele “uma inovação é a implementação de um produto (bem

ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas” (Manual do Oslo, texto digital, p. 55).

Como explica o item 148 do Manual, o requisito mínimo para se definir uma inovação é que o produto, o processo, o método de marketing ou organizacional sejam novos (ou significativamente melhorados) para a empresa. Isso inclui produtos, processos e métodos que as empresas são as pioneiras a desenvolver e aqueles que foram adotados de outras empresas ou organizações (Manual do Oslo, texto digital, p. 56).

A inovação, como elemento central, reside na constatação, segundo a qual, o conhecimento e a inovação tecnológica desempenham papel fundamental nas atividades econômicas realizadas por diferentes agentes econômicos, na economia e no desenvolvimento das nações. Ambos desempenham um papel fundamental na política, que busca o desenvolvimento econômico. Ademais, sua globalização é considerada uma das manifestações da nova economia, a qual está alicerçada no conhecimento, *“en la cual estaría inmersa la denominada sociedad del conocimiento y cuyo motor lo constitui en las Tecnologías de la Información y las comunicaciones (TICs)”*, nas palavras de Terán Cano (2018, p. 51).

Nos limites desse trabalho, não é possível avançar no sentido de distinguir as diversas espécies de inovações, tampouco se propõe a enfrentar aqui a espinhosa tarefa de examinar quando ela está presente ou não. Basta, pois, identificar na inovação o caminho que se está percorrendo e que, sem possibilidades de um saber prévio, percorrer-se-á rumo à economia do conhecimento.

Quando se diz que se está a rumar, significa reconhecer a grandiosidade do que ainda está por vir, pois entre a tantas “coisas”, em relação às quais não é possível saber, estão os contornos definitivos dessa verdadeira “obra sem autor” (ou com múltiplos autores), nem quando será possível dizer que estará acabada, muitíssimo menos quando haverá de ser superada. Vive-se, pois, uma transição e como tal, se está a viver algo, essencialmente, inacabado. Ao invés de parecer insuficiente, isso se mostra devidamente estimulante aos seus múltiplos autores, em face à possibilidade de imaginá-la e livremente erigi-la. Eis o grande desafio!

Justamente por se referir a algo em construção, há de se levar em consideração a ressalva de Mangabeira Unger, segundo o qual a economia do conhecimento ainda se apresenta, hoje, “sob forma limitada de ilhas e franjas que ocupa nos distintos setores da economia”. Em vista disso, “somos tentados a identificá-la com sua expressão mais familiar: a indústria de alta tecnologia” e isso estaria restrito a “um pequeno grupo de metaempresas globais e por um segmento adjacente de empresas emergentes”. De forma insuficiente, “confundimo-la com o simples uso de seus produtos e serviços, como é o caso de empresas de escalas variadas que tiram vantagem desses produtos e serviços”, a exemplo da indústria da computação ou tecnologias de informação, tão somente para “gerenciar conjuntos complexos de informação e aumentar a eficiência de suas atividades, sem por isso mudar seu modo de operar” (2018, p. 25).

Não se deve amesquinhar a importância do que se está a construir, pois como diz Unger, “a economia do conhecimento consiste na acumulação de capital, tecnologia, capacitações tecnológicas e ciência aplicados à condução das atividades produtivas”. Ele reconhece, na esteira do supra exposto, que “sua característica ideal é a inovação permanente em processos e métodos, assim como em produtos e tecnologias”. Ou seja, “ela não pretende ser somente outra fonte de produzir bens e serviços sob arranjos típicos de equipamentos e tecnologias, mas se propõe a ser um paradigma de produção que continuamente reinventa a si mesma” (2018, p. 26).

Para além de uma concepção embrionária, “um dos traços mais profundos da economia do conhecimento, é recriar a produção a partir do modelo do experimentalismo científico, tornando a maneira pela qual cooperamos mais semelhante à maneira como imaginamos”, para que dessa forma seja possível que o trabalhador torne-se “o oposto e o complemento, em vez de ser o espelho de suas máquinas” (UNGER, 2018, p. 35).

O trabalhador típico do Século XX, remanescente ainda, principalmente nas economias não desenvolvidas, foi “posto a trabalhar como se fosse mais uma de suas máquinas mimetizando seus movimentos repetitivos ou suplementando-os com atividades diferentes, mas analogamente formulaicas”. É inegável, pois, que “as máquinas podem ser muito melhores do que trabalhadores humanos jamais poderiam ser com rela-

ção a determinadas tarefas”. No entanto, “as pessoas que usam essas máquinas têm algo que nenhuma máquina pode ter: a capacidade de imaginar” (UNGER, 2018, p. 47).

Como explica Mangabeira Unger, a “imaginação não tem a ver com a facilidade de fazer. Tem a ver com a capacidade de descobrir”. Enquanto os seres humanos detêm tal capacidade, as “máquinas não podem, por princípio, ter esse poder transgressivo e visionário”. Trata-se de um poder alicerçado, conclui o autor, “no atributo mais fundamental de nossa humanidade: nossa transcendência face a todas as determinações finitas de nossa existência” ou, como diz ainda, “nossa incapacidade de sermos contidos pelos mundos conceituais e sociais que construímos e habitamos”. A outra marca distintiva da imaginação, finaliza Unger, é a sua capacidade negativa: “o poder da mente de se distanciar de um fenômeno ou estado de coisas e vê-lo sob a perspectiva de um conjunto de variações transformativas”, isto é, o poder “de deixar de lado seus métodos estabelecidos e desafiar seus pressupostos para melhor ver algo que não conseguia ver antes” (2018, p. 47-48).

A partir especialmente das objeções apontadas por Mangabeira Unger, é possível examinar como o “trabalho futuro” estruturar-se-á e como há de ser nos tempos que estão por vir. Dito de outro modo, na economia do conhecimento, em que o elemento humano tem protagonismo, como se formatará o trabalho, já que a pretensão ora almejada é que o homem deixe de ser o espelho da máquina que comanda e, obviamente, não ocupará a função de seu servo contemporâneo?

O desafio, pois, é que a economia do conhecimento, da forma como hoje se apresenta, possa romper com as amarras que até o momento fizeram-na se moldar-se em franjas insulares, beneficiando apenas aos grandes conglomerados e algumas pessoas que foram exitosas na tarefa de usufruírem – quase exclusivamente para si – os benefícios da nova organização da economia. Isso se faz necessário, pois, da forma como atualmente está estruturada, a economia do conhecimento tem sido um elemento indutor da desigualdade de renda e riqueza¹.

¹ Isso ocorre porque, como lembra Francisco, “entre os componentes sociais da mudança global, incluem-se os efeitos laborais de algumas inovações tecnológicas, a exclusão social, a desigualdade no fornecimento e consumo da energia e doutros serviços, a fragmentação so-

O trabalho do futuro na economia do conhecimento

Quando se fala do futuro, sempre se está a assumir riscos de que aquilo que se o que se diz não transcenda a condição de mera especulação. Falar sobre a “incerteza e futuro”, é quase como analisar a diferença entre pleonasmos, pois, de uma forma mais coloquial, qual a certeza que se tem sobre o futuro?

Isso não significa que a ideia da “crônica de uma morte anunciada”², seja algo pretensioso, tampouco a obviedade caracterizada nas palavras do Conselheiro Acácio³ – “as consequências vêm depois”, seja algo infundado. O que se pode dizer é que, em relação a alguns fatores é possível traçar determinados contornos e tomar certas medidas para que o evento futuro indesejável não venha a se materializar⁴.

Porém, ressalvado o exposto acima, há de se conformar que uma parte significativa do futuro, ou refoge do controle individual, ou sequer pode ser imaginada. Antes de parecer angustiante, isso pode ser entendido como uma das mais marcantes e extraordinárias características da existência humana: o futuro imprevisível (ressalvada a única certeza que

cial, o aumento da violência e o aparecimento de novas formas de agressividade social, o narcotráfico e o consumo crescente de drogas entre os mais jovens, a perda de identidade” (FRANCISCO, 2015).

² Menção à obra de Gabriel García Márquez, cujo título correspondia a uma síntese de um assassinato em relação ao qual todos sabiam que iria ocorrer, mas ninguém fez nada para evitá-lo. Ou seja, algumas coisas possuem indicativos bem concretos de que vão ocorrer e estes não podem ser desconsiderados.

³ Menção à obra de Eça de Queiroz – O Primo Basílio – em que o personagem referido se trata de um burocrata típico da época, especializado, entre outras coisas inúteis, em dizer apenas obviedades.

⁴ Por exemplo, no início do mês de Janeiro de 2019, uma criança de dois anos caiu num poço – com mais de 60 metros de profundidade e menos de um de diâmetro – que estava aberto e abandonado, em Málaga na Espanha, resultando comoção nacional e muitos dias de esforços sobre-humanos para localizá-la, obviamente já sem vida. É quase certo que a tragédia não teria acontecido se as precauções razoavelmente imaginadas houvessem sido objeto de alguma ação. Quem perfurou tal poço jamais poderia tê-lo abandonado, sem fechá-lo ou pelo menos indicar sua existência, tampouco não é crível deixar de prever que sempre haverá riscos, de toda ordem, não ter um adulto a cuidar de uma criança de dois anos. Ou seja, trata-se de algo previsível – crônica de uma morte anunciada – a as consequências da inação apresentaram-se desgraçadamente (elas vêm sempre depois).

todos têm ao nascer, podendo-se afirmar que, quanto mais cedo vier a sua aceitabilidade, mais livre se haverá de ser).

Com todas essas considerações, cabe examinar a questão posta neste subtítulo, dentro das limitações de um estudo dessa natureza. O que examinar-se-á é, tão somente, se o trabalho no futuro poderá ser um efetivo meio de reduzir a desigualdade, ou em face da sua possível precarização será uma poderosa força de construção de um muro imaginário, a separar uma parcela ínfima da população (que concentrará renda e riqueza) de outra maior parte (que terá como razão de ser a mera sobrevivência).

Os prognósticos não são nada alentadores. É certo que o modelo de trabalho engendrado a partir da Revolução Industrial, que foi sofisticado no pós-guerra com uma invejável e saudosa proteção social, não mais existe. Isso foi inclusive objeto de análise deste trabalho, quando foram examinadas as causas da crise do Estado de Bem-Estar Social, em que uma delas estava relacionada com a redução dos postos de trabalho, causada pela combinação de alguns fatores (revolução tecnológica, revolução feminista, envelhecimento da população etc.).

O que se pode dizer é que o outrora ideal da classe média de encontrar um emprego em uma indústria e lá permanecer até sua aposentadoria, com salários suficientes para ter uma vida com razoável, bem-estar e proteção social do Estado ante suas vicissitudes, trata-se, há muito tempo, de algo que faz parte da história e como tal, tentar reproduzi-lo no presente ou no futuro, nada mais é do que uma tentativa inútil de forjá-la (a história).

Vale rapidamente fazer uma pequena viagem no tempo para constatar que, para chegar ao atual estágio, o modelo de produção nascido na sociedade industrial e as primeiras organizações de trabalhadores, construído com o motor a vapor e sistemas mecânicos conduziram, no final do século XVIII, a mudanças também na organização do trabalho, nas estruturas sociais e na configuração de novas classes emergentes. Mais tarde, com o início da produção em massa e o nascimento do *Welfare State*, no final do século XIX, a industrialização trouxe novos problemas sociais e a crescente pressão do trabalho organizado gerou as primeiras reformas sociais (MARTÍNEZ, 2018, p. 17).

Como se fora uma espécie de continuação, o denominado Trabalho 3.0 abrangeu o período em que o Estado de Bem-Estar e os direitos dos trabalhadores foram consolidados com base na economia de mercado, em que os empregadores e trabalhadores negociaram entre si, no mesmo nível, como parceiros sociais. Neste ínterim, houve crescentes pressões competitivas que transformaram a realidade, ampliando a automação, a tecnologia da informação e a eletrônica, juntamente com mercados nacionais cada vez mais abertos (MARTÍNEZ, 2018, p. 17).

Vive-se agora um novo tempo. A economia digital e global, bem como os valores sociais mudaram, com novas incertezas, inerentes a quaisquer mudanças, com o declínio das relações de trabalho outrora padronizadas, com fortes disputas no mercado de trabalho, com mudanças demográficas, sem que a sociedade ainda tenha se consolidado. Trata-se de um novo mundo de trabalho, mais diversificado e mais feminino, com pessoas economicamente mais ativas, especialmente pessoas mais velhas. Como explica Martínez (2018, p. 17), *“Las fronteras entre lo estándar se han vuelto cada vez más borrosas, y donde cabe apreciar la disminución de la cobertura de la negociación colectiva, y el crecimiento del sector de bajos salarios, el aumento del trabajo menor de 20 horas por semana, el trabajo temporal, etc”*.

Para além do exposto, a perda de soberania territorial, as alterações das relações jurídicas, que tradicionalmente eram verificadas na sociedade *“han convertido al Estado en un difunto que carece de alma y da voluntad propia, un ser aún capaz de realizar algunas de sus funciones vitales, como moverse y alimentarse, pero que en realidad deambula sin proyectos”* (MARTÍNEZ, 2018, p. 17).

Que o trabalho formal mudou radicalmente, não há quaisquer dúvidas desde, pelo menos, os anos 1990. É certo que essa nova formatação impactou enormemente o projeto de sociedade (se é que havia um), alterou as relações familiares e fez o futuro (dos jovens nascidos ao final deste processo) algo nunca antes tão imprevisível, tampouco passível de ser logicamente construído. Parece estranho que se viva em um tempo, cujo acesso ao conhecimento formal (em nível universitário) há muito não significa admissão na “classe média”, muito menos que se poderá receber convite para “jogar golfe no clube”, onde estão os 10% do estrato social mais elevado. O trabalho e o conhecimento formal deixaram de ser ins-

trumentos que viabilizassem a mobilidade social, não obstante se reconheça que essa nunca tenha sido, em regra, muito generosa.

No que tange especificamente ao trabalho, algo bem mais exponencial do que a denominada Revolução Tecnológica do Século XX está em andamento. Trata-se do que, por ora, pode ser denominado de Revolução Digital, a qual não apenas muda, mas desconstitui tudo aquilo que outrora existia – e ainda fragilmente remanesce – nas relações laborais.

Como descreve Francisco, “a humanidade entrou numa nova era, em que o poder da tecnologia nos põe diante duma encruzilhada”. Segundo ele, “somos herdeiros de dois séculos de ondas enormes de mudanças”, da máquina a vapor até chegar “as indústrias químicas, a medicina moderna, a informática e, mais recentemente, a revolução digital, a robótica, as biotecnologias e as nanotecnologias”. Diante disso, é “justo que nos alegremos com estes progressos e nos entusiasmemos à vista das amplas possibilidades que nos abrem estas novidades incessantes, porque a ciência e a tecnologia são um produto estupendo da criatividade humana que Deus nos deu” (FRANCISCO, 2015, it. 102).

Porém, adverte o Sumo Pontífice, não se pode “ignorar que a energia nuclear, a biotecnologia, a informática, o conhecimento do nosso próprio DNA e outras potencialidades que adquirimos, nos dão um poder tremendo”. Ou melhor, ratifica e conclui ele, “dão, àqueles que detêm o conhecimento e sobretudo o poder econômico para o desfrutar, um domínio impressionante sobre o conjunto do gênero humano e do mundo inteiro” (FRANCISCO, 2015, it. 104).

A revolução digital e a digitalização do trabalho constituem dois paradigmas de grande influencia em todas as áreas da atividade humana e das relações socioeconômicas. Evidentemente, são fenomenologias abruptas e complexas que, devido à sua enorme capacidade de penetração, modulam continuamente as formas de comportamento, os esquemas culturais e as relações vinculantes em todas as ordens de vida da sociedade (PAÉZ, 2017, p. 19).

Especificamente em relação à indústria, vive-se o limiar do que se convencionou denominar de Quarta Revolução Industrial ou “Indústria 4.0”. Uma vez que se sabe que ela gira em torno da inovação tecnológica é inevitável conhecer o estado das coisas para fazer seu diagnóstico sublinhando os efeitos mais significativos (MARTÍNEZ, 2018, p. 17).

A “Indústria 4.0” consiste na incorporação de novas tecnologias ao setor, ou dito de outra maneira, é fazer a indústria passar por ferramentas tecnológicas, como nuvem, *Big Date*, sistemas ciber-físicos, sensoriais, robótica colaborativa, manufatura aditiva ou em camadas, entre outros. O relatório do Ministério da Indústria de Energia e Turismo espanhol define Indústria 4.0 como a quarta revolução industrial, que é baseada na disponibilidade de tempo de todas as informações relevantes para o produto, fornecidas por uma rede acessível em toda a cadeia de valor, bem como a capacidade de modificar o fluxo de valor ideal a qualquer momento. Isso é conseguido por meio da digitalização e da união de todas as unidades produtivas de uma economia (Indústria conectada 4.0, texto digital, 2015, p. 26).

A digitalização é a ferramenta que diferencia o *Industry 4.0* do restante, já que combina o aspecto físico com o digital. Como, por exemplo, a ligação de materiais, dispositivos, instalações, maquinário ao sistema digital. Há vozes as quais sugerem que a digitalização une a ponte que combina externamente sociedade e tecnologia e que se conecta com o outro extremo do mundo físico com o virtual (CARILLO, 2017, p. 222).

O relatório do Fórum Econômico Mundial em Davos 2016, conclui que a digitalização da indústria significará o desaparecimento de 7,1 milhões de empregos nos 15 países mais industrializados do mundo; e a criação de 2,1 milhões de novos cargos até 2020, a maioria deles relacionados a novas capacidades e habilidades digitais (engenheiros, cientistas da computação e matemáticos, principalmente) (Beat of Davos 2016, texto digital).

Ocorre que a economia do conhecimento, tal como ora se apresenta, trata-se, pois, de um novo elemento indutor da desigualdade em pleno século XXI, como se não bastassem aqueles herdados do século precedente. Isso se verifica, porque – nos termos utilizados por Unger – essa tem sido tão somente a “economia do conhecimento insular”, ou seja, está tão restrita a determinados guetos (na antítese da palavra), que tem sido fonte de ampliação das elásticas desigualdades existentes nos países periféricos e aparentemente inédita nos países centrais.

Como alerta Francisco, embora vinculativamente à questão ambiental, “a aliança entre economia e tecnologia acaba por deixar de fora tudo o que não faz parte dos seus interesses imediatos”, em vista disso, es-

pera-se “apenas algumas proclamações superficiais, ações filantrópicas isoladas e ainda esforços por mostrar sensibilidade para com o meio ambiente, enquanto, na realidade, qualquer tentativa das organizações sociais para alterar as coisas será vista como um distúrbio provocado por sonhadores românticos ou como um obstáculo a superar” (2015, p. 54).

As mudanças na estrutura econômica e, portanto, nos mercados de trabalho, substituíram trabalho, matérias-primas e capital, pelo conhecimento como uma das fontes mais importantes para elevar a produtividade e o crescimento econômico, mas à reboque elevaram também desigualdades sociais (TERÁN CANO, 2018, p. 49). Isso tem ocorrido porque os ganhos da economia do conhecimento têm sido apropriados por grandes conglomerados internacionais ou profissionais altamente qualificados, exclusivamente. Isso ocorre, portanto, em forma de “franjas insulares”, na expressão usada por Mangabeira Unger.

Tal se verifica, segundo o autor, porque “em vez de se difundir amplamente, permanece confinada a vanguardas produtivas, empregando poucos trabalhadores. Elites empresariais e tecnológicas as controlam”. Há, pois, “um punhado de grandes empresas globais” que extraem “a parte do leão nos lucros por ela gerados”. Essa sistemática está presente em toda parte no sistema produtivo; “o hábito de equacioná-la à indústria de alta tecnologia revela mal-entendido a respeito de sua natureza”. Conclui o autor que “em cada setor da economia, ela ocupa uma estreita franja, excluindo a vasta maioria da força de trabalho”, razão do paradoxo de que “embora seus produtos sejam usados cada vez mais amplamente, suas práticas revolucionárias permanecem sob quarentena” (UNGER, 2018, p. 7).

Talvez, a explicação disso resida naquilo que Francisco (2015, it. 56) escreve: “os poderes econômicos continuam a justificar o sistema mundial atual, onde predomina uma especulação e uma busca de receitas financeiras que tendem a ignorar todo o contexto dos efeitos sobre a dignidade humana e sobre o meio ambiente”.

De qualquer forma, é inegável que a nova economia do conhecimento seja o resultado da incorporação e progresso da ciência e, como tal, está em plena fase de construção. O conhecimento sempre foi um fator de produção associado ao capital humano. No entanto, atualmente, a capacidade de gerenciar, armazenar e transmitir grandes quantidades de in-

formações a preços baixos é um elemento central dos processos organizacionais e da sociedade.

Tradicionalmente, a tecnologia afetou aos mercados de trabalho. Na atualidade, reconhece-se que ela afetou de forma negativa. Em primeiro lugar, o aumento da produtividade e a substituição do trabalho geram o que é conhecido como desemprego tecnológico. Keynes cunhou esse termo para se referir como as novas tecnologias aumentaram a produtividade e reduziram o custo de bens e serviços, mas também a quantidade de trabalho humano necessária para produzi-las. Vale recordar, porém, que o próprio autor considerava o desemprego tecnológico algo negativo no curto prazo, mas positivo em longo prazo, porque significaria que a sociedade havia resolvido seus problemas econômicos (VARGAS, 2017, p. 130).

O ciclo de vida dos produtos é mais curto, o que consequentemente limita as carreiras profissionais na empresa como existiam no passado, em que era possível trabalhar nesta por 40 anos. Essa circunstância determina que, no caso dos sindicatos, esses devem ganhar espaço cada vez mais ligado às profissões, acompanhando o trabalhador ao longo de sua carreira e não apenas no local de trabalho. Segundo Martínez (2018, p. 17), *“hay que reconocerlo, al comienzo de algo que no sabemos aún dibujar. Lo imprevisible y lo no programable a largo plazo será una las características de la nueva fabricación agravándose aún más la posición del trabajador”*.

A tecnologia levou à denominada economia colaborativa, também chamada economia de compartilhamento ou economia de demanda, ou ainda, melhor definida como “economia disruptiva”, na qual as condições de trabalho são precariamente confrontadas com a impossibilidade de regular este tipo de negócio, sob regras e instituições tradicionais. Pior, parece que a tecnologia criou um ambiente de indulgência, onde regras e leis não se aplicam. Alia-se a isso, a necessidade de repensar os conceitos e as instituições jurídicas tradicionais para poder entender e enfrentar essas novas formas de emprego (VARGAS, 2017, p. 131).

O fato é que “o confinamento da economia do conhecimento a franjas em todos os setores da economia tem implicações igualmente poderosas para a desigualdade”. Como explica Unger (2018, p. 177), “a distinção entre uma vanguarda insular, ainda que multissetorial, e o resto da economia – um ajuntamento de retaguardas – tornou-se um poderoso

mecanismo de produção de desigualdade de oportunidades e capacidades”. Como consequência disso, pode-se afirmar que a economia do conhecimento, da forma como hoje se apresenta, trata-se de um instrumento indutor de desigualdade de renda e riqueza.

Com a riqueza sendo concentrada na economia do conhecimento, a distância que a separa da vasta periferia produtiva geram desigualdades, as quais os mecanismos tradicionais de atenuação mostram-se inadequados minimizá-las. Esses dispositivos são a proteção dos pequenos negócios tradicionais e a redistribuição compensatória por meio de impostos e transferências: tributação progressiva e gasto social redistributivo. Eles geram uma distribuição secundária de vantagem econômica, em contraposição aos arranjos que ordenam a distribuição primária (UNGER, 2018, p. 19).

Essa correção pós-fato é propensa a ter efeito apenas marginal sobre a desigualdade radicada na organização da economia e, sobretudo, na estrutura de produção. Isso ocorre, segundo Unger, porque essas iniciativas compensatórias alcançam somente o lado da demanda da economia, deixando o lado da oferta e os arranjos produtivos intocados. O desenvolvimento de um vanguardismo includente – lidando com a desigualdade a partir do lado da oferta tanto quanto da demanda da economia – representaria o antídoto mais efetivo para a desigualdade extrema, assim como a mais promissora resposta a desaceleração no crescimento da produtividade (UNGER, 2018, p. 19s).

Considerações finais

O que se percebe, enfim, é que a atual imprevisibilidade radical do futuro de um lado angustia, do outro oferece-se como uma espécie de oportunidade histórica para a correção dos rumos da desigualdade no Século XXI. A vindoura economia do conhecimento tem a possibilidade de democratizar o acesso a renda de uma forma sem precedentes. Porém, na esteira do que foi referido, será necessário romper com sua trajetória eminentemente insular até aqui percorrida, para que o trabalho do futuro seja, concomitantemente, absorvido por ela e possa ser seu elemento de caracterização mais marcante, notadamente a partir de um viés mais humanista e includente.

Dito de uma forma geral, os caminhos alternativos passam também pela adoção de mecanismos tendentes a evitar que a decantada economia disruptiva não seja apenas uma bela expressão a encobrir o surgimento de uma nova classe de trabalhadores que pensam ser livres, pela singela razão de não estarem protegidos por leis, as quais tentariam evitar ou minimizar, paradoxalmente, aquilo que foram convencidos que devam ser: empreendedores de si, unicamente.

Trata-se, pois, de um estranho empreendedorismo que faz emergir uma nova classe de “servos contemporâneos”, os quais têm orgulho de sua condição e possuem incondicional afeição por seus “senhores feudais” do terceiro milênio, sem que sequer os conheçam.

Referências

- Beat of Davos 2016. *World Economic Forum*. Tradução livre. Disponível em: <<https://www.weforum.org>>. Acesso em: 24 jan. 2019.
- CARILLO, Djamil Tony Kahale. Los trabajos del futuro para la cuarta revolución industrial: INDÚSTRIA 4.0. In: MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa (Coord.). *El futuro del trabajo: análisis jurídica y socioeconómico*. Espanha: Ed. Alderabán, 2017.
- CASTELLS, Manuel. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. México, Siglo XXI, 2001.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Panorama Social de América Latina*. 2018. Disponível em: <<https://repositorio.cepal.org>>. Acesso em: 18 jan. 2019.
- DAVID, Paul A.; FORAY, Dominique. *Fundamentos económicos de la sociedad del conocimiento*. Comercio Exterior. Vol. 52, nº 6. Junio de 2002. Disponível em: <<http://fcaenlinea.unam.mx>>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- Factores determinantes da convergência real. *Comissão Europeia*. Disponível em: <<https://ec.europa.eu>>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- FRANCISCO, Santo Padre. *Carta Encíclica Laudato Si: sobre o cuidado da casa comum*. 24 de maio de 2015. Disponível em: <<http://w2.vatican.va>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

- GUZMÁN DÍAZ, Ricardo, ANAYA, Aurora Adriano. Conocimiento, economía, desarrollo y sociedad: trazos desde la complejidad. In: *Enclaves del pensamiento*, vol. ,7 nº 14, jul/dic. 2013, México. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx>>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española. *Ministério de Industria, Energía y Turismo*. Espanha: Madrid, 2015. Disponível em: <<http://www6.mityc.es>>. Acesso em: 20 jan. 2019.
- Manual do Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3. ed. OCDE. Disponível em: <<https://www.finep.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- MARTÍNEZ. Elías Gonzáles-Posada. El papel del Estado y las relaciones laborales: una geometría compleja e variable. In: *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Temas Laborales, nº 142, p. 13-31, 2018.
- PAÉZ, Francisco Alemán. El derecho de desconexión digital en la “Loi-Travail nº 2016-1088”. Régimen Regulador y puntos críticos. In: MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa (Coord.). *El futuro del trabajo: análisis jurídica y socioeconómico*. Espanha: Ed. Alderabán, 2017.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Lisboa: Ed. Temas e Debates, 2014.
- STIGLITZ, Joseph B. *O preço da Desigualdade*. Bertrand Editora: Lisboa, 2013.
- TERÁN CANO, Fabian Eduardo. Sociedad del conocimiento y la economía. In: *Revista San Gregorio*, nº 21, ene/mar, 2018.
- TOLSTÓI, Liév. *Anna Kariênina*. São Paulo: Companhia das letras, 2017.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *A Economia do Conhecimento*. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.
- VARGAS. Camilo Piedrahita. Tecnologías y Empleo. El caso de Colombia. In: *El futuro del trabajo: análisis jurídica y socioeconómico*. MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa (Coord.). Espanha: Ed. Alderabán, 2017.

AS PROVAS ILÍCITAS E DERIVADAS DAS ILÍCITAS E O ART. 157 DO CPP

Miguel Tedesco Wedy*

Introdução

Nos tempos atuais, em plena vigência e aplicação de Constituições democráticas, a aceitação da produção ou utilização da prova ilícita deve ser apreciada com todo o cuidado, mormente em casos como o do Brasil, em que há vedação expressa (art. 5º, LVI, da CF/88).

Não obstante, pela senda das provas ilícitas e das provas derivadas das ilícitas é que se vai desenvolvendo o vírus perigoso do ativismo judicial.

A aceitação de provas ilícitas e provas derivadas das ilícitas em desfavor do réu são práticas probatórias altamente invasivas e que devem ser manejadas com todo o apuro, caso se queira respeitar a Constituição Federal.

Com isso, não se quer afirmar que é simples discernir, na concretude dos fatos, o que é uma prova lícita e o que é uma prova ilícita. É certo que a multiplicidade de possibilidades de interpretação de um determinado meio de prova podem tornar mais difícil clarificar o que é lícito e o que é ilícito. Porém, o atual quadrante processual, que expõe de forma cabal garantias como a da publicidade, do devido processo, da ampla defesa, do contraditório, acaba por repudiar a adoção de provas ilícitas, em que pese a gravidade e a amplitude de determinados delitos.

* Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Decano da Escola de Direito e Professor do PPGD Unisinos.

O enfrentamento de problemas concretos sob uma perspectiva da segurança normativa da Constituição Federal

Imaginemos aquela situação da tortura, para obtenção de informações acerca do esconderijo de sequestradores e da própria pessoa sequestrada. Alguns dirão, trata-se de um estado de necessidade, que afasta a ilicitude da conduta. Contudo, sob o ponto de vista de garantias fundamentais, uma interpretação assim não se justifica, pois quebra a dignidade da pessoa humana (estabelecida como princípio, no art. 1º, III, da Constituição brasileira), além da sua integridade física. Ou, então, pensemos em gravações clandestinas, que ofendem a intimidade de um cidadão, mas que acabam por descobrir o paradeiro de documentos que comprovam a prática de tráfico de drogas. Numa visão efficientista-utilitarista, a quebra de garantias poderia justificar a prática de um ato dessa envergadura. Porém, à luz das ideias que estamos a trabalhar, isso seria impraticável, não apenas pela violação de garantias em si, pela ofensa da intimidade, da incolumidade da vida privada, mas também decorrência do efeito de arrasto que poderia se dar e que seria capaz de tumultuar fortemente um processo penal acusatório e democrático.

Em que pese a repulsa desses meios de prova, a incapacidade estatal de países como Brasil em enfrentar o problema da corrupção e da violência acabam por fortalecer aquelas ideias que pregam a fragilização de garantias para o enfrentamento da criminalidade.

Para esse pensamento, um dos meios eficientes de se obter a diminuição da criminalidade seria a adoção da prova ilícita, em situações excepcionais, e, especialmente, a utilização de provas derivadas das provas ilícitas, em situações mais comuns.

Por intermédio dessa concepção, o que se percebe, até pelas criações legislativas mais recentes, é o fomento de uma noção de eficiência que não é aquela pretendida.

Uma noção de eficiência que inverte o ônus da prova ou o coloca também nas mãos do julgador, uma noção de eficiência que descarna a publicidade dos atos processuais, o contraditório do processo, a ampla defesa, a intimidade e a vida privada, enfim, uma noção que não se coa-

duna com os tempos atuais, que estão a exigir mais Estado Social e menos Estado Penal (FERRAJOLI, 2006, p. 110)¹.

Não podemos, portanto, no quadrante histórico em que ora nos encontramos, esquecer a realidade do *lebenswelt* e desprezar que a missão mais importante que se deve cumprir é aquela que se irmana com os direitos e as garantias fundamentais, pois só assim haverá legitimidade e força jurídico-normativa.

Portanto, tolerar a adoção de provas ilícitas ou derivadas das ilícitas em desfavor do suspeito ou réu seria a completa perversão daquela tríade fundamental para a legitimidade em processo penal: eficiência, garantias e justiça.

Ora, sob o pretexto da eficiência e da justiça, o que se faria seria a desconsideração, sem par, das garantias. Ou seja, haveria uma hipertrofia da eficiência, sob o pretexto de alcançar a justiça, o que acabaria por solapar, de forma violenta, o conteúdo de garantias fundamentais. Nesse caso, em específico, é que se deve agigantar ainda mais o peso e o valor das garantias, sob pena de se acabar por desprezar, de maneira total, a legitimidade do processo penal.

Aqui, importa dizer que Constituições de países democráticos, como Portugal e Brasil, repelem a adoção das provas ilícitas, como aquelas obtidas mediante tortura física ou psicológica (confissões, declarações de testemunhas), coação, ofensa da integridade física ou moral ou com uma intromissão abusiva na vida privada, como apreensões sem ordem judicial ou com ordens genéricas (AMBOS; LIMA, 2009, p. 90)². Embora for-

¹ Como afirmou Ferrajoli: “Aqui basta dizer que em Estado Social Máximo pode perfeitamente conviver – como a história o demonstra de modo amplo – com um direito penal mínimo; e que, ainda mais, a conjunção entre Estado Social máximo e direito penal mínimo expressa precisamente aquele conjunto de deveres públicos dos órgãos estatais – positivos (ou obrigações) e negativos (ou proibições) – que caracterizam o Estado de direito em sua forma mais complexa e desenvolvida, idônea a maximizar os vínculos do poder estatal e, por sua vez, de suas funções de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2006, p. 110).

² Constituição Portuguesa (art. 32, nº 8) e Constituição Brasileira (art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”). Aliás, na Alemanha, o

malmente sejam repelidas, não é raro, especialmente no Brasil, que os órgãos encarregados da prevenção e da investigação se “socorram” desses expedientes para “combater a criminalidade”. Ou seja, trata-se de adotar o “crime contra o crime”, numa espécie de visão utilitarista do jogo processual, no qual os fins justificariam os meios.

Ainda que, em situações excepcionais, alguns países as tenham adotado, como o caso dos Estados Unidos, nas prisões de Guantánamo e no Iraque, o fato é que, no contexto atual da civilização ocidental, tais mecanismos de obtenção de prova repugnam as consciências democráticas.

Como diz Figueiredo Dias (1983, p. 207), “Quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa, inclusive da vítima –, nenhuma transacção é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – do eficaz funcionamento do sistema da justiça penal” (DIAS, 1983, p. 207).

Seja qual for o fim invocado, argumenta na mesma linha Hassemer, citado por Costa Andrade, ao lançar mão da tortura, ‘o Estado serve-se de um meio que degrada moralmente o arguido, o objectiviza e funcionaliza. O torturado é degradado à categoria de mera fonte de informações, deixando de ser encarado e tratado como portador de direitos. O Estado comporta-se como um qualquer outro que utiliza o poder fáctico para a imposição dos seus interesses’. Uma consideração das coisas que, já tivemos oportunidade de o recensar, diz Costa Andrade, leva o autor a sustentar a tese do efeito-à-distância (pelo menos) em relação às provas obtidas mediante tortura (ANDRADE, 2006, p. 210).

Bundesverfassungsgericht enfatizou que a tortura “reduz à pessoa interrogada a um puro objeto da luta contra o crime, violando-se suas garantias constitucionais de se ver avaliada e respeitada”, sendo destruídos, como afirma Kai Ambos, “os pressupostos fundamentais da existência individual e social do ser humano”. BverG (NT – *Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Federal alemão, 2BvR 1249/04 de 14.12.2004, caso do chefe de Polícia de Frankfurt), nº 7. Referido por Kai Ambos (AMBOS; LIMA, 2009, p. 90).

Assim, em nossa visão, devem ser repelidas todas as provas obtidas de forma ilícita, seja com a violação de regras materiais, seja com a violação de regras processuais. Ou seja, incluímos, nesse conceito geral de prova ilícita, a ideia de prova ilegítima, aquela que afrontaria regras processuais. Em ambas, o Estado decai da sua condição de investigador leal e equilibrado. Em ambas as situações o Estado perde aquela prevalência moral sobre o delito, de que falou Hassemer.

A utilização da prova ilícita, de outra parte, acaba por afetar aquela relação de equilíbrio fundamental, entre garantias, justiça e eficiência. Se, é eficiente, para, pretensamente, alcançar a verdade, o seu custo acaba por perverter a ideia de garantias, que se vêem violadas, como também a ideia de justiça, posto que, logo adiante, serão as garantias de inocentes que serão afetadas. Não há como distinguir, previamente, quem é culpado de quem é inocente. Só a investigação criminal e, fundamentalmente, o processo penal, cheio de garantias, poderá dizer isso. O risco, desse modo, é que a pretensa exceção de restrição de garantias se generalize, atingindo inocentes. Assim, o que ocorreria seria a completa inversão de valores. Portanto, a negativa de utilização da prova ilícita, de plano, é transcendental para a afirmação do equilíbrio daquela relação ontológico-antropológica de cuidado de perigo e, fundamentalmente, é vital para que haja uma eficiência legítima em processo penal.

Ainda que pudessem ser apontadas situações limite, como a necessidade da tortura para a obtenção da verdade, com o propósito de obstaculizar uma extorsão mediante sequestro, por exemplo. Ainda assim, como dissemos antes, o sistema não poderia tolerar essa violação impunemente. Poder-se-á afirmar: mas está aí uma situação de estado de necessidade, como uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Ocorre, entretanto, que é preciso discernir os efeitos desse ato: torturar para descobrir o cativo de uma pessoa que é vítima de uma extorsão mediante sequestro. Por certo que, essa ação, poderá ser “eficiente”, para libertar a pessoa. Contudo, em que pese a “eficácia” do ato, ele não pode ser qualificado como lícito, posto que é claramente violador da integridade física da pessoa humana. A tortura é crime e, mesmo nessa situação, uma ideia de razoabilidade e ponderação não toleraria a sua aceitação. Haveria, por certo, em decorrência disso, um efeito “cascata”, já que esse argumento

poderia ser usado para a investigação de qualquer delito. Isto é, bastaria “torturar” o suspeito e, assim, alcançar a verdade e, por via de consequência, suscitar a presença de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Essa conduta, pois, de utilizar a prova ilícita, para depois, justificá-la pela sua eficiência e justiça, não é passível de tolerância, tendo em vista que, certamente, passaria a legitimar uma série de ações em cadeia, pelas quais primeiro se praticaria a prova ilícita, para depois, ao fim e ao cabo, encontrar as justificativas devidas para a “legalização” das provas, sob o argumento da eficácia e justiça. Não é possível tolerar uma conduta assim, não apenas pela ofensa contra princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a integridade física, mas também em razão de que uma permissão assim, mais ao longo prazo, tende a fragilizar todo o sistema penal, pois prodigalizaria a redução de garantias sob o pretexto de alcançar a justiça e a verdade, em detrimento completo dos direitos fundamentais.

Outra, bem diferente, é a situação do réu que lança mão de uma prova ilícita, como alternativa derradeira de realização de prova. Por certo que, uma prova ilícita obtida pelo réu, excepcionalmente, poderá ser produzida e utilizada, mas apenas em situações especiais. Veja-se o caso, por exemplo, de uma gravação clandestina obtida pelo réu. Uma gravação na qual obtém a confissão do verdadeiro autor do delito. Mesmo que se entendesse que, aqui, haveria uma ilicitude, não há dúvida de que essa vedação, excepcionalmente, poderia ser quebrada, em função da busca da verdade, da justiça e do princípio do *favor rei*.

Ainda mais num contexto, que não é raro, em que a Polícia ou o Ministério Público adotam uma linha de investigação, sem a devida reflexão, de forma que não se investiga mais um fato concreto e determinado, mas se busca, ao contrário, elementos que se ajustem à linha investigatória previamente estabelecida. Ou seja, cria-se um preconceito de tese e, a partir dele, vai-se atrás de elementos que o reforcem, enquanto a busca da verdade fica em segundo plano. Assim, torna-se até difícil para o suspeito captar provas em seu favor, tendo em vista que, a linha de investigação, segue em sentido contrário, desconsiderando evidências, indícios e provas. Não resta alternativa, desse modo, senão buscar provas

por si, em razão da falta de ação ou do comprometimento do Ministério Público e da Polícia.

Também é verdade que a quebra dessa vedação por parte do réu, sem a consequente prova de sua inocência ou de sua tese defensiva, poderá acarretar inclusive sua responsabilização criminal, em razão da produção e utilização de uma prova ilícita sem a devida comprovação de sua eficácia (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 66s. GRECO FILHO, 1995, p. 178)³.

Porém, o mesmo não se pode dar em desfavor do réu, sob pena de ser cristalizada a hipótese de aceitação das provas ilícitas. Aceitar a violação desse dogma da não aceitação da produção e utilização da prova ilícita em desfavor do réu levaria, por certo, ao que se chamaria de uma “popularização” das situações de exceção, de forma que a regra seria a perversão do sistema probatório.

Ademais, essa situação, além de preservar a ideia de justiça e de eficiência, acabaria por reforçar a noção de garantias, posto que privilegiaria, nesse entrechoque de interesses, a situação daquele que é mais fraco na relação processual, o réu. Ter-se-ia, por certo, uma maior confiabilidade na ideia de garantias.

Como diz Sidow, a recusa das provas ilicitamente obtidas (refere-se ele aquelas provas obtidas por particulares) ‘garantirá maior segurança jurídica do que os juízos de ponderação segundo o caso concreto, que apelam para a gravidade das suspeitas do facto como fundamento da *admissibilidade* de valoração das provas ilicitamente obtidas ou para a gravidade da agressão, levada a cabo pelo particular, aos direitos do arguido como fundamento da sua *não valoração*. Inversamente, a solução aqui proposta, para além de prevenir as agressões entre particulares, dará satisfação ao imperativo constitucionalmente vinculativo de respeito pelo livre desenvolvimento da personalidade de todos, mesmo do suspeito da

³ Para a doutrina brasileira, de forma majoritária, para não dizer quase uníssona, é aceitável a prova ilícita ou derivada da ilícita em favor do réu. Sobre o tema, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2004, p. 66ss); e Vicente Greco Filho (1995, p. 178).

prática de um crime’. Na síntese de Sidow, trata-se de obviar ao ‘mal-estar provocado por um processo penal com dupla moral’ (ANDRADE, 2006, p. 44).

De outra parte, também não se deveria aceitar a chamada prova derivada da prova ilícita (FRANCO et al., 2001, p. 1809)⁴.

Na Alemanha, conforme a lição de Costa Andrade, o problema do efeito à distância na avaliação da prova possui repercussões diferentes. Ora se encaminha para uma via de aceitação, sob a alegação, referida por Gössel, de que “o § 136 a da StPO (Lei processual) quer seguramente impedir que seja utilizado para efeitos de convicção o material directamente resultante do atentado à livre conformação da vontade do arguido (v. g. uma confissão obtida mediante tortura); mas já não impedir a consideração dos demais resultados daquela investigação que, apesar de obtidos a partir dos dados indevidamente alcançados, podem ser legitimamente introduzidos no processo”. Ora vai noutro sentido, argumentando-se que um pensamento assim poderia ladear as proibições de prova, minando a eficácia das normas e neutralizando o respectivo conteúdo de tutela. Sem esquecer, é claro, a ideia de ponderações de interesses também nessa esfera (ANDRADE, 2006, p. 174-176).

Trata-se, por certo, de uma tormentosa questão. Entretanto, um sistema eficiente deve repelir a vulgarização certa das garantias que se dá com a adoção das provas ilícitas por derivação (DEZEM, 2010, p. 13)⁵. Daí

⁴ Também, assim, Maurício Zanóide de Moraes. Segundo o autor, “a regra da vedação da prova ilícita por derivação não comporta exceções em prejuízo do acusado. Não concordamos, portanto, com a ideia de que a teoria da proporcionalidade (da doutrina alemã) ou da razoabilidade (da doutrina norte-americana) permitam ataques àquela vedação constitucional” (FRANCO et al., 2001, p. 1809).

⁵ Aqui se impõe referir que a lei processual brasileira, alterada em 2008, dispõe, no seu art. 157: “§ 1º – São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º – Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Aqui se vislumbra claramente que a lei brasileira, seguindo a teoria americana, adotou, de forma temperada, a teoria *fruits of the poisonous tree*. A expressão, cunhada pelo Juiz Frankfurter,

a relevância da análise, a partir de uma visão equilibrada de eficiência, acerca do art. 157 do Código Penal brasileiro, introduzido pela Lei 11.690/2008.

em 1937, no caso *Nardone x United States*. Posteriormente, nos casos *Brown x Illinois* (1975), alastrou a referida teoria não apenas para os casos de objetos materiais, mas também no caso de testemunhos obtidos ilegalmente. Contudo, a Suprema Corte estabeleceu exceções para a adoção da referida teoria, como nos casos da descoberta inevitável, de uma fonte independente de prova e da atenuação donexo causal. Sobre o tema, ver Thiago André Pierobom de Ávila (2007, p. 152-160). Por isso se afirma que a novel legislação adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada de forma temperada, pois empregou, também, nos parágrafos referidos do art. 157 do Código de Processo Penal, as ideias de *independent source* e *inevitable discovery*. No primeiro caso, em nosso sentir, não havendo nexode causalidade entre as provas, não se deveria falar em prova derivada da ilícita. Não haveria, assim, vedação para a produção e utilização dessa prova. No segundo caso, entretanto, quando se trata de uma chamada “fonte independente de prova”, o que se dará é que o calo profissional, a atividade rotineira do julgador, com o propósito de dar “eficiência” ao sistema, acabará por primeiro coletar a prova derivada da ilícita e, só depois, irá buscar, por silogismos e construções mentais, a justificativa para a dita fonte independente. Sobre o tema, de forma crítica, ver Miguel Tedesco Wedy (2009, p. 159-167). Também crítico é Eugênio Pacelli de Oliveira, entendendo que o § 2º do art. 157 está a tratar não de fonte independente, mas de um caso de “descoberta inevitável” da prova, muito utilizada no direito estadunidense. Por exemplo, o caso do ingresso de uma autoridade policial numa residência, de forma ilícita, o que não impede o início de investigação, caso dentro da casa haja um cadáver (OLIVEIRA, 2010, p. 376). Também crítico quanto à adoção da prova derivada da ilícita em desfavor do réu, ver Aury Lopes Júnior (2007, p. 570ss). Aliás, Aury Lopes Júnior estriba sua crítica à adoção da prova derivada da ilícita na ideia de contaminação psíquica do magistrado pela prova ilícita, aduzindo que não se deveria apenas afastar a prova derivada da ilícita, mas também afastar da demanda o próprio juiz que permitiu inicialmente tal prova. E o faz, importa aqui salientar, a partir do pensamento de Antonio Damásio, acerca do erro que é a separação abissal entre razão e emoção, na medida em que existimos e depois pensamos. Assim, torna-se impossível separar, de forma absoluta, a razão e a emoção (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 573-574). De outra parte, é preciso observar que o Projeto de Lei do Legislativo 156/2009, acerca da reforma do Código de Processo Penal brasileiro, dispõe, no seu art. 164, que são “inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos”. Contudo, como salienta Guilherme Dezem, “repete a ideia da possibilidade de utilização da prova ilícita derivada nas hipóteses de nexocausal atenuado e quando se tratar de fonte independente” (DEZEM, 2010, p. 13). Ou seja, a reforma manteve os equívocos do texto atual, conservando a porta aberta para a adoção, contra o réu, de provas derivadas de provas ilícitas. Nesse tópico, o Projeto de Lei nº 156 “muda” para manter tudo como está.

Segundo o art. 157, § 1º, são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, exceto se houver inexistência de causalidade entre as provas ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por outros meios próprios da investigação ou instrução criminal.

Assim, impõe-se que, em primeiro lugar, não se confunda prova derivada da ilícita com outra prova, presente nos autos de investigação ou de processo e que, por outro meio, já era acessível. Trata-se de prova oriunda de outra fonte.

Desse modo, segundo aquela teoria da fonte independente, se há duas fontes, sendo uma ilícita e outra lícita, não se contamina a prova derivada, pois a sua fonte seria correta e límpida (ÁVILA, 2007, p. 153-154)⁶.

⁶ Como salienta Thiago de Ávila, essa teoria foi também utilizada nos casos *Segura x United States* (1984) e *Murray x United States* (1988). No primeiro, “os policiais prenderam um suspeito de tráfico de drogas na entrada de seu prédio, conduziram-no até seu apartamento e lá entraram sem autorização judicial, prendendo outras pessoas; em uma inicial verificação de segurança, os policiais localizaram objetos ligados ao tráfico de entorpecentes; os suspeitos foram levados para a delegacia, tendo dois policiais ficado no local realizando sua segurança, enquanto se providenciava um mandado que autorizasse a busca; após as 19 horas foi expedido o mandado e na busca domiciliar foram localizadas drogas e registros contábeis de vendas de entorpecentes. Nesse caso, a corte entendeu válida a apreensão, pois havia uma fonte independente que justificaria a apreensão (a causa provável), e os policiais apenas guardaram o local até a chegada do mandado judicial. Ainda que não explicitado, esse caso avaliou a urgência na necessidade de produção de prova. Os votos vencidos aduziram que essa interpretação traria incentivos a condutas ilegais”. Já no caso *Murray x United States*, “os policiais haviam percebido uma atividade suspeita de tráfico de drogas numa residência, entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente, requereram um mandado judicial para busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais”. Ambas as referências podem ser consultadas em Thiago André Pierobom de Ávila (2007, p. 153-154). O último caso nem se colocaria como problema frente ao direito brasileiro, tendo em vista que o simples fato de “ter em depósito” ou “guardar” substância entorpecente já é crime, conforme o art. 33 da Lei 11.343/06. Sendo crime, o fato permite a atuação em flagrante da polícia, com a apreensão da droga e a prisão dos suspeitos, sem ordem judicial, conforme dispõe o art. 5º, LXI, da Constituição brasileira: ninguém será preso sem em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Importante é ressaltar que para nós essa independência de fonte é fundamental, pois do contrário se estará a adotar, simplesmente, uma prova derivada da prova ilícita. Daí o motivo pelo qual repelimos aquilo que se afirma como um vício diluído da prova ilícita. É necessário cindir a relação entre prova lícita e prova ilícita. Do contrário, torna-se muito fácil, no curso do processo, a legitimação de uma prova. Basta imaginar a situação em que, com base numa escuta ilegal, chega-se à casa de um traficante, a partir de um pedido de busca e apreensão, que é lícito. A partir daí, com a apreensão da droga, por acaso, chega-se ao endereço de outro traficante, já que os papéis que embalavam a droga traziam o seu endereço. Posteriormente, vai-se até a casa do outro traficante, onde também são encontradas drogas. Por certo que seria possível dizer, a apreensão de droga na residência de uma pessoa, que pode carecer de ordem judicial, em razão da flagrância do delito, poderia ocorrer mesmo sem a anterior escuta telefônica, que seria ilegal. Ocorre que o liame aqui não se pode quebrar, pois há uma decorrência evidente e um encadeamento lógico que são inafastáveis (LOPES, 2011, p. 14-15)⁷. A fragilização de garantias

Verdade também é que em regiões periféricas tal autorização tem servido para a quebra ordinária da inviolabilidade do domicílio, de modo que em cada caso concreto é necessário apreciar a validade da “suspeita” que ensejou a violação do domicílio, sob pena de aniquilação dessa garantia.

⁷ Diferença haveria se a escuta telefônica fosse lícita e, a partir dela, ocorressem a busca e a apreensão e, conseqüentemente, fosse encontrada droga ou objetos com os nomes ou endereços de outros traficantes. Aí, por certo que o encontro das provas não poderia ser rejeitado ou imputado de ilícito. Como diz Fábio Mota Lopes: Sabidamente, nem sempre se sabe de antemão o que se vai encontrar em uma busca domiciliar, não podendo os policiais ignorar informações que interessem à Justiça e que foram localizadas no desenvolvimento de uma investigação formal e regular, exercida com controle e autorização judicial. E, é neste ponto que reside um aspecto que é fundamental: a restrição à vida privada e à intimidade, direitos fundamentais protegidos pela inviolabilidade de domicílio, já ocorre quando o juiz autoriza o ingresso na casa do investigado... Aliás, os nossos tribunais vêm adotando idêntico posicionamento quando esse encontro fortuito acontece em interceptações telefônicas, principalmente se existe conexão entre as provas localizadas e as circunstâncias que originaram as escutas das conversas. Assim, havendo autorização judicial para se interceptar, por exemplo, diálogos de traficantes, as gravações nas quais se constate que os monitorados também são responsáveis por outros crimes devem ser admitidas no processo, sobretudo se houver conexão entre os delitos, ainda que sejam punidos com pena de detenção. A propósito, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização dessa prova até mesmo em

em razão de uma prova ilícita não permite a desconsideração de sua origem, sob pena de se permitir uma mortificação do disposto no art. 157 do Código de Processo Penal e, acima de tudo, do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal (ÁVILA, 2007, p. 155-157)⁸.

procedimentos administrativos por entender, em síntese, que a restrição ao direito fundamental da intimidade é feita de forma lícita e de que não se pode impedir que o Estado, conhecedor do fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa, de aplicar sanção administrativa na tutela de relevante interesse público e na restauração da integridade do ordenamento jurídico” (LOPES, 2011, p. 14-15).

⁸ A teoria do nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine*), também conhecida como exceção da mancha diluída ou vício diluído (*purged taint exception*), quando uma prova deriva de outra prova ilícita, mas em circunstâncias tais que o vício pode considerar-se diluído (*dissipated taint*), o que não ensejaria a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Assim, quanto mais tempo tenha transcorrido entre a ilegalidade primeira e a obtenção das provas derivadas, é mais provável que os Tribunais julguem o vício diluído. Se outros fatos relevantes tenham ocorrido entre o vício inicial e a prova derivada, quebrando ou atenuando a cadeia lógica entre ambos, há maior probabilidade de consideração do vício diluído, tal como decidido em *Wong Sun x United States* (1963). Nesse caso, a polícia realizou uma busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, na qual apreendeu materiais, prendeu um suspeito e realizou seu interrogatório, no qual ele indicou que um terceiro lhe vendera a droga. De posse de um mandado judicial, a polícia realizou uma busca e apreensão na casa do terceiro, denominado Yee, onde foram encontradas mais drogas. Yee, por sua vez, incriminou Wong Sun, que foi interrogado sem as advertências legais. Posteriormente, Wong Sun voltou à delegacia, ocasião em que reafirmou o depoimento anterior, porém, agora, com as advertências legais. Nesse caso, a Suprema Corte Americana entendeu que os materiais apreendidos nas casas do primeiro suspeito e de Yee eram provas ilícitas, porém entendeu que o segundo depoimento de Wong Sun era lícito, pois o vício decorrente da violação dos direitos do primeiro suspeito (Toy), já havia se dissipado (ÁVILA, 2007, p. 155-157). Mais uma vez é importante ressaltar que no Brasil não haveria violação da lei ou da Constituição no caso de a Polícia invadir uma residência e lá encontrar substância entorpecente ou maquinários, instrumentos ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (pena de 3 a dez anos e 1.200 a 2000 dias-multa), delito previsto no art. 34 da Lei 11.343/06. Estaria a ocorrer um crime, de forma que seria possível uma prisão em flagrante. Em que pese essa assertiva, pode-se depreender que a cadeia causal, em tais situações, possui uma elasticidade evidente. Entretanto, isso não deveria impor uma desconsideração acerca da origem ilícita da prova. Na verdade, proceder assim nada mais é do que instigar a violação de garantias, sob o pretexto de tornar mais eficiente a investigação ou instrução processual. Uma justiça assim tende a perverter o equilíbrio da relação que viemos falando, pois minimiza o efeito nefasto que a adoção de provas derivadas das ilícitas traz para o sistema jurídico.

Outra coisa é o tratamento conferido para a prova que deriva da prova ilícita. A realidade é que a aceitação de uma prova derivada da ilícita, em razão de que poderia ter sido alcançada, produzida ou adotada por outro modo qualquer, nada mais é do que uma “carta branca” para a legitimação da adoção da prova ilícita. A realidade é que a prova derivada surgirá nos autos do processo, sendo legitimada *a posteriori*, sob a alegação de que poderia ter sido atingida de qualquer forma. Haverá, por certo, um impulso para a adoção desse verdadeiro jogo semântico, a fim de legitimar a prova derivada da ilícita. Por isso, a realidade é que sempre haverá, nos tempos atuais, um tensionamento para a adoção dessa espécie de prova, em razão de uma pretensa “eficiência”, não aquela que defendemos e procuramos estruturar.

Uma situação é aquela em que, de forma prévia e absolutamente independente, já há nos autos uma prova idônea, concreta e estabelecida. Outra, bem diferente, é aquela em que após o surgimento de uma prova ilícita, afasta-se a sua pretensa ligação com a prova derivada, para o fim de legitimar o manancial probatório dos autos. Essa é uma situação que desequilibra aquela relação entre garantias, justiça e eficiência. As garantias, nesse tópico, seriam fragilizadas sobremaneira. A tendência natural de utilizar a referida prova derivada da ilícita e, depois, buscar elementos que afirmem que ela seria obtida de qualquer modo, acaba por demonstrar o potencial danoso dessa espécie de prova derivada da ilícita. De outra parte, a ideia de uma justiça ponderada, equilibrada, razoável, acaba ruindo também aqui, já que não se observa o liame com as ideias de eficiência e garantias, o que acaba por retirar credibilidade e legitimidade de uma ideia de justiça processual.

Desse modo, poder-se-ia aceitar tão somente aquela prova que não possua nexos de causalidade com a prova ilícita, sob pena de tornar praxe, no ordenamento jurídico, a ideia de prostração das garantias ante a busca incessante e necessária da justiça, o que acaba por gerar uma persecução penal a qualquer preço.

Da mesma forma e mantendo coerência com o que antes se afirmou, a prova derivada da prova ilícita em favor do réu poderia ser adotada em situações excepcionais, que efetivamente sustentassem sua inocência. Isso não afastaria a estabilidade e eficiência do sistema processual

penal, mas, ao contrário, preservaria uma ideia de justiça coligada com outra ideia relevante, de amplas garantias em favor do acusado (FERRAJOLI, 2006, p. 157)⁹.

Poder-se-á afirmar que tal critério de fortalecimento da eficiência, das garantias e da justiça não seria equilibrado, pois penderia em favor do réu, numa quebra do princípio da igualdade (art. 5º, da CF/88). O fato é que o réu está numa situação, ao menos em princípio, mais desfavorável do que a acusação. Não apenas em relação aos meios de comunicação, mas também em razão de que deverá atacar, adequadamente, as teses acusatórias. O que teríamos aqui, em verdade, seria uma forma de igualar a disputa processual, permitindo que, num rol de garantias mais alargado, o réu pudesse colaborar, de forma mais incisiva, na busca da justiça, sem que o sistema se tornasse ineficiente.

E, mais, o que se apresenta aqui é justamente uma ideia de jurisdição. Uma ideia que não se deixar de colocar ao lado dos direitos fundamentais, ainda que, não raro, isso arraste consigo o ônus da impopularidade. Não é essa a preocupação que devemos enfrentar. O que preocupa, o que constrange, é a possibilidade de aceitação de provas ilícitas ou derivadas das ilícitas em desfavor do réu. Aí sim não é possível congregarmos, com equilíbrio e zelo, as ideias de eficiência, justiça e garantias.

Assim, nos parece que a vedação da produção e utilização das provas ilícitas e provas derivadas das ilícitas em desfavor do réu preservaria no sistema processual penal a busca da justiça, sem solapar direitos fundamentais e sem afetar a eficiência do sistema penal, que seria estável em razão de um rol mais sólido de garantias.

⁹ É justamente nessas situações que se manifesta o respeito à pessoa humana, a sensibilidade, a inteligência e a humanidade do juiz, por intermédio de uma ideia de equidade, capaz de tolerar a prova ilícita nesses casos. E aqui, não se há de negar, estamos com Ferrajoli, ao trabalhar a questão da equidade (FERRAJOLI, 2006, p. 157).

Referências

- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 90.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DEZEM, Guilherme. “Novo código de processo penal: aspectos referentes à teoria geral da prova”. *Boletim do IBCCRIM*, Edição Especial, São Paulo, ago. 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo, RT, 2006.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade processual*. Rio de Janeiro: v. 1 Lumen Juris: 2007.
- LOPES, Fabio Mota. “O Encontro fortuito de provas durante buscas domiciliares”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 220, p.14-15, mar. 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 13. ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2010.
- WEDY, Miguel Tedesco. A sistemática da prova na reforma processual penal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 159-167.

AS CATEGORIAS DE RISCO E PERIGO NA TEORIA DE NIKLAS LUHMANN: CARACTERIZANDO RISCO E PERIGO DE MODO A POSICIONAR O DIREITO EM UM CENÁRIO DE COMPLEXA DISTINÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Raquel Von Hohendorff*

Quando se faz referência à relação entre direito, ciência, tecnologia e inovação, há que examinar o fenômeno do risco, da incerteza e da insegurança que a ciência e a inovação carregam. Risco socioeconômico da aplicação do direito, risco produzido pela natureza, risco produzido pelo desenvolvimento científico, risco tecnológico e os impactos diretos ou indiretos da técnica no ambiente etc. Assim, tem-se que risco é qualquer incidente que determine uma probabilidade de perigo, lesão, ou ameaça de lesão, dano, prejuízo ou malogro de condição estável. O risco acompanha a vida e faz parte dela envolvendo a todos de modo mais ou menos intenso. (MOLINARO, SARLET, 2015, p. 99)

Introdução

A Quarta Revolução Industrial, que já está em curso, desde a virada do século, trata de inovações tecnológicas como a inteligência artificial, a robótica, a internet das coisas, veículos autônomos, impressões em 3 D, nanotecnologias, biotecnologias, armazenamento de energia e computação quântica. O que a distingue das três revoluções anteriores é a velocidade, a amplitude e a profundidade, além da fusão de tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos. Quanto à *velocidade*, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear, como resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; em relação à *amplitude e profundidade*, como tem por base a revolução digital e combina

* Doutora e Mestra em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS/Brasil.

várias tecnologias, gera uma mudança de paradigma sem precedentes não apenas na economia, mas também na sociedade e nos indivíduos. Ainda, quanto ao *impacto sistêmico*: ela envolve as transformações, que, em muitos casos serão disruptivas alterando expectativas e comportamentos fundamentais da cultura, do mercado, da indústria (AQUINO, 2018) de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em organizações, indústrias e em toda sociedade (SCHWAB, 2016).

Da sociedade industrial até os dias de hoje, onde a sociedade ganha diferentes denominações como sociedade de informação, sociedade de risco, pós-modernidade, modernidade reflexiva, entre outros, a complexidade transformou-se em hipercomplexidade e o excesso de possibilidades levou inegavelmente a uma gama maior de riscos e perigos. Paradoxalmente, para reduzir os riscos advindos da complexidade, é necessário que se tomem decisões e, decidindo, surgem novos riscos. Desta forma, os riscos e perigos não dependem mais da ira dos deuses e sim das decisões tomadas.

Os riscos se encontram na combinação da probabilidade da exposição e os efeitos adversos que poderão ser gerados nesse cruzamento. Vale dizer, existe uma chance de surgimento de adversidades na saúde humana, qualidade de vida ou a qualidade ambiental.

Na sociedade moderna, há mais Direito e, contemporaneamente, menos Direito, do mesmo modo como há mais segurança e maior risco, um mais alto grau de racionalidade e conjuntamente um grau mais alto de incalculabilidade dos eventos.

Frente a esta realidade cercada de inovação da revolução 4.0, objetiva-se caracterizar risco e perigo, de modo a posicionar o Direito neste novo cenário de complexa distinção. Para o desenvolvimento deste artigo utilizou-se como base a obra *Sociologia del Riesgo*, de Luhmann (2006). O método utilizado foi o sistêmico-construtivista que considera a realidade como uma construção de um observador, analisando todas as peculiaridades implicadas na observação. É um método que parte de uma observação complexa de segunda-ordem, pressupondo reflexões que são estabelecidas a partir de um conjunto de categorias teóricas, próprias da Matriz Pragmático-Sistêmica. Trata-se de uma estratégia autopoietica de re-

flexão jurídica sobre as próprias condições de produção de sentido, bem como as possibilidades de compreensão das múltiplas dinâmicas comunicativas diferenciadas em um ambiente complexo, como é o gerado pelas novas tecnologias e seus desafios à sociedade. Além disso, essa abordagem pressupõe a compreensão do Direito enquanto um sistema social autopoietico, cujas operações são comunicativas, desenvolvidas através de processos de tomada de decisões elaborados no interior de certa organização jurídica. Um sistema que se constitui como uma parcela do ambiente da sociedade, também compreendida aqui com um sistema autopoietico. Os pressupostos sistêmico-construtivistas permitem a observação do que não pode ser observado (uma observação mais sofisticada). Desta forma, na medida em que através desses pressupostos cria-se a possibilidade para o aprimoramento da observação jurídica, pode-se mencionar que essa perspectiva sistêmico-construtivista é capaz de dar uma grande contribuição para a reflexão que se pretende sobre a necessária inovação do Direito para lidar com os desafios dos riscos das novas tecnologias.

Riscos e perigos

Vive-se hoje sob os impactos e expansão dos avanços tecnológicos da chamada Quarta Revolução Industrial, que trata de mudanças históricas em termos de tamanho, velocidade e escopo, cujos desdobramentos, complexidade e interdependência ainda são desconhecidos. Mas, o que se sabe é que todas as partes interessadas da sociedade global – governo, empresas, universidades e sociedade civil – têm a responsabilidade de trabalhar em conjunto para compreender melhor estas tendências emergentes, bem como para lidar de um modo sustentável com os riscos destas inovações. Os riscos são, em grande parte, desconhecidos e os danos futuros incertos, mas a decisão precisa ser realizada no presente, através da utilização destas novas ferramentas surgidas pela incorporação da ideia de que o conhecimento não poderá mais ficar aprisionado nos limites herméticos de cada campo do saber. Desta forma, é neste tempo em que se deve observar e construir modelos jurídicos permeados tanto pela certeza quanto pela incerteza em relação às expectativas sociais que são continuamente frustradas/satisfeitas por meio da complexidade social em permanente incremento (ROCHA, MARTINI, 2016).

Os riscos da sociedade de risco são imperceptíveis à percepção humana e estão, na sua maioria, no mundo físico-químico, como, por exemplo, a ameaça nuclear e os elementos tóxicos dos alimentos, conhecidos apenas por meio das informações obtidas dos estudos científicos. Os riscos incertos são característicos do desafio das novas tecnologias, mas eles são uma realidade para além das tecnologias. Dirigindo-se as novas tecnologias de forma responsável pode ajudar a aprender como lidar com a ampla gama de riscos à saúde e segurança humana e ambiental em nosso planeta em rápida mudança.

Os riscos nanométricos, por exemplo, são descritos por Carvalho e Damacena (2013, p. 26) como sendo espécies de desastres tecnológicos, fazendo parte dos desastres que decorrem da ação humana (antropogênicos). De qualquer modo, os riscos decorrentes das nanotecnologias possuem as características dos riscos da sociedade de risco. São riscos abstratos, invisíveis, globais, transtemporais, retardados e irreversíveis, na medida em que evidenciam enorme potencial de risco, por fazerem parte de uma nova ciência, que trata de elementos em escala nanométrica, nunca antes estudados. Portanto, é necessário questionar “(...) a própria prudência e cautela da ciência em lidar com as inovações tecnológicas e ambientais, que, mesmo trazendo benefícios, estão causando riscos sociais não mensuráveis” (LEITE, AYALA, 2010, p. 114).

O risco não pode mais ser visto como um problema do Sistema Psíquico, vinculado ao homem, mas é um problema do Sistema Social, das comunicações da sociedade que afetam o comportamento de todos os grupos sociais, variando de acordo com as expectativas. Os danos advindos de decisões serão atribuídos ao risco; já os desvios advindos do ambiente são perigos (LUHMANN, 2006).

O que define se a situação representa risco ou perigo é uma tomada de decisão. Toda decisão gera algum tipo de risco, em menor ou maior grau. Todas as demais adversidades que ocorrem e que não são oriundas 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. 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). Luhmann (2006) 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 e que a tomada de decisões envolvendo riscos é um problema social. Desta maneira, as discussões que envolvem o cálculo, a percepção, a avaliação e a aceitação de riscos surge na seleção dos riscos a serem ou não considerados.

A distinção entre risco e perigo significa que existe uma incerteza em relação a danos futuros, podendo-se pensar que o potencial é uma consequência da decisão, e, então falamos de risco e, mais detalhadamente, de risco oriundo da decisão. Ou, ao invés disso, entende-se que o potencial dano é causado externamente, atribuído ao meio ambiente, e, então, estaremos diante de perigo. Assim, o risco está associado à decisão, expectativa, probabilidade de ocorrência no futuro. O risco trata-se de uma comunicação voltada ao futuro. Para Luhmann (1997), o futuro depende das decisões tomadas no presente, e, assim, a sociedade vive o risco das decisões.

Decisões

As decisões invertem o processo do modelo de tempo. Como resultado de uma cadeia de eventos passados, o presente é o que é. Tem de ser aceito, já que não podemos retroceder o passado. O futuro, por outro lado, é aberto, incerto e imprevisível, já que não é simplesmente um prolongamento do passado. As decisões, no entanto, revertem esse modelo: buscam encontrar alternativas no presente – como se o passado não tivesse produzido apenas estados, mas também contingências e, portanto, possibilidades de escolhas. Além disso, as decisões buscam dar estrutura ao futuro (LUHMANN, 2006).

Mencionando os danos que podem ou não ocorrer no futuro, bem como da decisão de tomar ou não uma decisão (e assim já estar decidindo), Luhmann ensina:

Por una parte, pueden o no ocurrir daños en el futuro. Considerado desde el presente, el futuro se presenta como algo incierto, mientras que es un hecho ahora que los futuros presentes serán determinados de manera deseable o indeseable. Lo único que sucede es que no puede saberse en este momento todavía cómo. Podemos, sin embargo, saber ahora que nosotros mismos u otros observadores sabrán en el futuro presente cuál es el caso y que juzgarán sobre éste de otro modo a como lo hacemos en el presente, aunque posiblemente no de manera unánime. Por otra parte, y además, lo que en un futuro pueda suceder depende de la decisión que se tome en el presente. Pues, en efecto, hablamos de riesgo únicamente cuando ha de tomarse una decisión sin la cual podría ocurrir un daño. El hecho de que quien tome la decisión perciba el riesgo como consecuencia de su decisión o de que sean otros los que se lo atribuyen no es algo esencial al concepto (aunque sí se trata de una cuestión de definición). Tampoco importa en qué momento ocurre el daño, es decir, en el momento de la decisión o después. Lo importante para el concepto, tal y como aquí lo proponemos, es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable. Y también en relación a este punto son posibles diferentes perspectivas de observación, cada una con diferentes opiniones acerca de si ha de tomarse o no una decisión con la plena aceptación del riesgo. (LUHMANN, 2006, p. 59-60)

Na sociedade complexa, o risco torna-se um elemento decisivo, trata-se de um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão. Assim, Luhmann apresenta o risco em oposição ao perigo, entendendo que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes, que não permitem mais se falar de decisão segura. Ainda, conforme Luhmann (2006, p. 72), “(...) además, es evidente que en el mundo moderno también no decidir es una decisión” e “(...) no existe ninguna conducta libre de riesgo”.

A sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. Isso gera um *paradoxo* na comunicação. Assim, Rocha, Schwartz e Clam (2005) concordam com Luhmann, ao mencionarem que a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade, centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para a observação.

Desta forma, no debate que envolve tecnologias, risco, perigo e sustentabilidade está um dos grandes problemas da humanidade, como conviver de modo seguro e adequado com as inovações e seus riscos incertos? Tem-se aí uma complexidade sistêmica que, ingressa no ambiente jurídico por meio da compreensão dos riscos que envolvem e ameaçam o direito à sustentabilidade.

Não resta dúvida que o risco está associado às possibilidades de decidir, fazendo então a diferenciação entre risco e perigo quando de decisões contingentes – na sociedade atual risco torna-se um elemento decisivo que deve sim ser objeto de preocupações e pesquisa do Sistema do Direito, e não somente dele, mas também do sistema da Ciência, eis que as decisões envolvendo riscos tecnológicos se tomadas pelo sistema da Ciência representarão perigo para o sistema do Direito e para todos aqueles que não foram os tomadores da decisão.

As decisões particulares no presente trazem as possibilidades de danos futuros e condicionam o que acontecerá no futuro. Deste modo, o risco está ligado à tomada de decisão (qualquer que seja) frente às possibilidades de consequências negativas em um futuro que será definido pelas decisões tomadas no tempo presente.

Como o risco é *uma condição temporal da auto-reprodução sistêmica* (SCHWARTZ, 2004), talvez seus efeitos não sejam sentidos de imediato e muitas vezes não são passageiros. Por sinal, na contemporaneidade, onde há um alto grau de tecnologia, existe a tendência de que os riscos sejam transtemporais e não obedeçam a fronteiras.

Riscos, decisões e tecnologia: e o Direito?

Mesmo o desenvolvimento tecnológico não consegue administrar todos os riscos da alta tecnologia, estando sempre sujeito a desvios ou que a situação (experimento) saia de seu curso. Na verdade, a própria técnica em si contém riscos, já que não se trata mais da natureza em transformação, mas de decisões de modificação da mesma através do conhecimento científico.

Luhmann (2006) enfatiza no capítulo *El Caso Especial de la Alta Tecnología* que o motivo pelo qual o problema do risco causa tantas discus-

sões nos dias de hoje, é porque, fundamentalmente, a velocidade do desenvolvimento tecnológico pertence à esferas que são de competência da física, química e biologia. Por isso, acaba a maioria da sociedade excluída, ao passo que apenas é parte dos efeitos tecnológicos.

O relacionamento do Direito com os riscos provenientes das evoluções tecnológicas que se iniciou como sendo apenas um instrumento de reparação de danos já ocorridos deve tomar outro rumo. Segundo Engelmann (2015, p. 327), “(...) o Direito deverá construir as bases para um conjunto normativo de acompanhamento, assessoramento e recompensas pela implementação das condutas mais aceitáveis em relação à gestão do risco”.

Conforme Luhmann (2016, p. 189) “(...) as percepções em relação à medida na qual o risco é aceitável e à percepção do risco diferem para aquele que se vê a si próprio como tomador de decisão ou como parte envolvida”. E, mais, na medida em que a percepção do futuro da sociedade moderna depende da tomada de decisões, cada vez mais fica evidente a lacuna entre quem decide e quem sofre as consequências, e, desta forma, “(...) é preciso reconhecer mais nitidamente que os instrumentos jurídicos e financeiros de regulamentação designados para lidar com os mais diferentes problemas já não são suficientes” (LUHMANN, 2016, p. 189).

Nesse ponto, denota-se o papel do Direito na concepção do risco, pois tende a buscar formas de prevenção de acontecimentos futuros com base em experiências passadas por meio de decisões presentes.

De acordo com Luhmann (1998, p. 163), “(...) los riesgos conciernen a daños posibles, pero aún no consumados y más bien-improbables, que resultan de una decisión; es decir, daños que pueden ser provocados por ésta, y que no se producirían en caso de tomarse otra decisión”. Sobre as decisões, Schwartz (2004, p. 149) explica que “(...) uma decisão é feita com base em alternativas várias (complexidade), tem-se que haverá contingência e o risco de a decisão tomada não ser a correta. Essa contingência é aliviada pela necessária seletividade (decisão), o que não significa certeza”.

Nesse contexto, o risco torna-se dependente de decisão, ou seja, o processo de decidir se transforma em risco. Já o perigo não envolve um processo de decisão, pois está ligado a fatores externos à vontade, a fatores que estão fora do seu controle. A indefinição contida na ideia de im-

probabilidade permite cálculos de probabilidade para o direcionamento de uma realidade e, em função disso, por meio do presente é possível calcular uma expectativa de futuro, que sempre pode ocorrer de maneira diversa. Assim, se favorece uma reflexão de que o futuro como risco não pode se submeter a nenhum cálculo racional. Essas reflexões, para Luhmann, são resumidas em apenas uma fórmula: *o risco*.

Sobre cálculos de risco, Luhmann menciona que:

Es posible que también tenga que considerarse que el umbral de riesgo puede fijarse de manera muy diversa, según sea el caso de que uno participe en el riesgo como portador de decisiones o como afectado por las decisiones riesgosas. Todo esto hacer difícil pensar que los cálculos de riesgo tengan posibilidades de suscitar consenso, inclusive en el caso de situaciones específicas. (LUHMANN, 2006, p. 47)

E, ainda, “(...) quanto mais se sabe, mais se constitui uma consciência do risco. Quanto mais racionalmente se calcule e enquanto mais complexo seja o cálculo, de mais aspectos nos percataremos e com eles vendrá maior incertidumbre em quanto ao futuro e, mais perigo” (LUHMANN, 2006, p. 72-73).

Disso, extrai-se que a para Luhmann (2006), a fórmula do risco é aplicada nos sistemas sociais por meio de cálculos ou gerenciamento de riscos, que operacionam a expectativa de minimizar os riscos futuros. De qualquer sorte, a frustração do resultado esperado pode ser superada pela crença da conduta adequada no presente-passado. Mas por conta disso também muitas decisões acerca de riscos tomadas por um sistema podem provocar irritações em outros sistemas, como perigos. Este seria o caso das novas tecnologias: uma decisão do sistema da ciência que considere o risco de um novo material, mas permita sua produção e comercialização, gera irritações no sistema da economia, porquanto as organizações poderão dedicar tempo e dinheiro a produção e comercialização destes materiais, mas também pode gerar irritações na forma de perigo para todos os demais sistemas, pois a decisão não cabe aos demais sistemas, ela já foi tomada pela ciência. E aqui segue o grande questionamento desta tese: como comunicar risco (e perigo) entre o sistema da ciência e do Direito? O que é para cada um destes sistemas risco e perigo? Aqui ainda cabe

lembrar que para Luhmann (2006, p. 65) “(...) sí habla de riesgo si el daño es consecuencia de una decisión atribuible al sistema. Si el daño, en cambio, es atribuible al entorno del sistema, se trata de un peligro”.

Para Rocha (2013, p. 37), o risco está na contingência, porque “(...) uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente”. Ainda, segundo o autor, “(...) cada vez que uma decisão é tomada em relação ao futuro (e sabemos que não é fácil tomá-la em razão da grande complexidade), temos que pensar na contingência (como sendo a possibilidade de que os fatos não ocorram da maneira como estamos antevendo)”. Isso evidencia que a produção do futuro dependerá de mecanismos efetivos de tomadas de decisão

Separando o conceito de risco e perigo e, a partir disso verificando que, hoje, no estado atual de desenvolvimento das novas tecnologias, situações de perigo convertem-se em risco e vice-versa, razão pela qual a omissão de prevenção transforma-se em risco toda vez que se toma ciência do perigo. Lembrando que por prevenção, Luhmann (2006), entende, em geral, uma preparação contra danos futuros não seguros, buscando desde já que a de sua ocorrência diminua, ou que as dimensões do dano se reduzam.

No caso das novas tecnologias, considerando-se o atual estado da arte, com uma velocidade enorme de lançamento de produtos no mercado, em diversos setores, vantagens de suas diversas aplicações, não é diversa a preocupação, de avaliação de quanto à sociedade está disposta a arriscar para desfrutar das vantagens, assumindo posteriormente, os danos decorrentes.

A irreversibilidade tem desenvolvido um papel importante na regulação dos riscos ambientais e na saúde pública. Neste sentido, a irreversibilidade adquire, nos processos de regulação de risco, um sentido motivador: a) de salvaguarda da flexibilidade de opções para as futuras gerações (*option value*) – refere-se à disposição de arcar com o valor temporal ou financeiro associado à adoção de medidas precaucionais a fim de resguardar a flexibilidade quanto às opções possíveis em um futuro incerto; e b) de gravidade: a irreversibilidade opera como uma espécie de amplificador da magnitude (SUSTEIN, 2010).

A preocupação sobre irreversibilidade se refere ao desejo das pessoas de pagar para manter a flexibilidade para o futuro, para evitar perdas que são irreversíveis no sentido de que são irrecuperáveis. O valor depende do tamanho e da natureza da perda e se ela é irreversível. Há que se mencionar que certos bens não são fungíveis, não possuem valores que podem ser escalonados em uma mesma escala do dinheiro, e isso deve ser considerado pelos tomadores de decisões tanto administrativas quanto judiciais (SUSTEIN, 2010). Será eticamente aceitável pagar para ter a aceitação social e científica de riscos causadores de danos (apenas) futuros? Como ficarão as futuras gerações, quando estes danos ocorrerem no futuro? Elas também poderão *negociar* e jogar atitudes concretas de minoração do risco para um novo futuro?

Há ainda outro aspecto a ser considerado, que pode transformar-se em um risco tecnológico maior, de evolução e consequências imprevisíveis: a contaminação crônica originada de numerosos pequenos acidentes, afetando o solo e as águas fazendo surgir um risco difuso e generalizado de contaminação ambiental, com efeitos graves e imprevisíveis, alterando tanto a saúde ambiental quanto a humana.

Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e prevenção e, principalmente, a proteção do direito à informação ambiental de qualidade.

O princípio da precaução deve estar presente em processos de tomada de decisão que envolvem situações de risco, objetivando sempre a sustentabilidade bem como o dever de solidariedade que os setores públicos e privados têm em relação às presentes e futuras gerações.

É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade, para que todos os atores sociais envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação das novas tecnologias e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com a revolução 4.0.

As decisões têm que ser tomadas, e decisões geram risco. Eis o paradoxo. Tudo isso tem ligação direta com as expectativas das pessoas e

da sociedade. Sejam expectativas normativas ou cognitivas, o fato é que as mesmas sempre são afetadas pelo risco das decisões tomadas. Com as novas tecnologias, fabricam-se mais riscos e com isso, cada vez mais riscos e assim sucessivamente e, em muitos casos não se sabe ao certo nada acerca destes riscos antes que seja tarde demais. E desta, maneira, mais uma vez surge a questão, se for tarde demais, talvez a decisão do sistema da ciência sobre risco repercuta no sistema do direito como perigo.

Resta claro que o sistema do Direito precisa passar a prestar atenção aos riscos, lembrando aqui a perspectiva de Luhmann (2006), que menciona que as pesquisas em Direito devem se preocupar com riscos, analisando-os, conceituando-os, percebendo-os, observando-os, inclusive nos demais sistemas, eis que as irritações podem ocorrer, inclusive com a transformação do que é risco para um sistema em perigo para outros.

Em relação às responsabilidades dos inovadores, não se busca a penalização de quem inova e, portanto, arriscam-se muito mais do que as organizações que se acomodam e correm outros riscos, como a perda da sua colocação no mercado. Mas sim deseja-se que aquele que inova conheça e acompanhe o processo e a produção de um novo produto, especialmente de modo sustentável. Este empresário está no nascedouro do risco e, portanto, deve conhecê-lo para minorar os seus efeitos, sendo responsável pelos danos decorrentes.

Segundo Luhmann e De Giorgi (1996), o risco é elemento essencial na observação da sociedade atual, tendo em vista que o contexto dos acontecimentos envoltos numa semântica temporal proporciona o entendimento do cenário dotado de complexidades e contingência. Com isso, cabe dizer que o futuro é desconhecido e não pode ser antecipado, motivo pelo qual a gestão dos riscos assume relevante papel em diversas áreas comunicativas. Tratou de mostrar que só é possível a evolução se houver a irritação entre os sistemas parciais, mas esta irritação não pode corromper os diferentes sistemas a tal ponto que um sistema decida com o código de outro sistema.

Conforme ensina Luhmann (2006), a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada na complexidade, baseada em postulados tais como os riscos e os paradoxos. Um sistema

diferenciado deve ser simultaneamente, *operativamente fechado* para manter a sua unidade e *cognitivamente aberto* para poder observar sua diferença constitutiva.

A necessária comunicação entre sistemas da Ciência e do Direito objetivando a sustentabilidade

Uma vez que, quando se está diante de casos ambientais complexos e com a necessidade de encontrar caminhos jurídicos para solver o problema, revelam-se dificuldades comunicativas nas relações entre os sistemas, nesse contexto, o novo desafio do Direito consiste, enquanto comunicação, observar a si próprio como global e além das fronteiras tradicionais dos territórios.

Assim como o Sistema do Direito, o Sistema da Ciência também com suas inovações tecnológicas – como é o caso da nanotecnologia – possuem um papel fundamental enquanto discursos sociais sem fronteiras nacionais. Em relação aos avanços tecnológicos e seus riscos, uma necessária comunicação entre os sistemas do Direito e da Ciência é elemento imprescindível para a construção de um futuro mais sustentável. Assim, temos uma vinculação da realidade do presente com as consequências futuras, lembrando sempre da equidade intergeracional e dos aspectos do desenvolvimento sustentável, visto que os riscos tecnológicos podem repercutir no direito das gerações futuras, especialmente no que se refere à qualidade de vida e à dignidade da pessoa humana.

O futuro serve como uma tela de projeção de esperança e medos. Sua formulação utópica garante um comportamento racional em relação a diferentes presentes futuros (previsíveis e imprevisíveis), pelo menos sob a forma de uma negação coerente. Este é o futuro que pode não começar. Nossas experiências recentes parecem mostrar que esses futuros utópicos aceleram suas mudanças e podem mudar tão rapidamente que nunca terão a chance de serem testados e obter confirmação em um presente (LUHMANN, 19976). Já as tecnologias, por outro lado, orientam-se para os presentes futuros. Elas os transformam em uma série de presentes antecipados; postulam e antecipam vínculos causais ou estocásticos entre os eventos futuros, a fim de incorporá-los no presente presente. Isso implica duas importantes reduções de complexidade. A primeira trans-

forma o personagem de eventos que estão surgindo de recombinações de contingências independentes em uma função operadora do processo de determinação. O segundo traz em relevo um padrão organizado, uma cadeia de eventos interligados; ele sequencializa a complexidade, abstrahindo mais ou menos do processo de interferência (LUHMANN, 1976).

Para tanto se torna necessário que não somente a ciência jurídica, mas que as demais ciências, saiam de seus casulos e deixem sua cegueira unidimensional de lado, procurando suporte de outras áreas da ciência.

De acordo com Luhmann (2016, p. 760) “(...) o sistema jurídico padece da ausência de uma consciência de risco”. Como possíveis razões para essa ausência, pode-se mencionar um menosprezo pelos problemas cronológicos além do que os textos de decisão dos juristas não permitem nenhuma expressão de insegurança e uma consciência de risco. Desta forma,

(...) seria tanto mais aconselhável não fazer exigências excessivas à probabilidade das consequências no plano dos programas de decisão, pois assim o sistema jurídico assume riscos, para cuja avaliação ele não tem nem métodos, nem procedimentos à disposição. (LUHMANN, 2016, p. 960)

Fica claro que, para que o Direito possa conseguir responder aos problemas surgidos com as novas tecnologias, será necessário um caminho que seja guiado pela sustentabilidade e equidade intergeracional, o que somente será possível através da comunicação com os demais sistemas, principalmente da ciência e da economia.

A comunicação entre os sistemas da Ciência e do Direito promoverá a inter-relação entre os atores envolvidos na geração de um novo modelo de inovação, uma inovação e desenvolvimento responsáveis (RRI) preocupado com os aspectos da sustentabilidade desde o início do projeto inovador.

O RRI representa em sua própria natureza uma definição funcional que permite investigações e deliberações mais abrangentes. Assim, pode-se dizer que o RRI é um termo extenso que inclui uma variedade de noções. Tais noções compartilham de um ponto em comum, sendo que todas procuram implementar práticas responsáveis na investigação e ino-

vação. Trata-se de um processo transparente e interativo que tem como objetivo tornar-se sensível à necessidade mútua, ou seja, desenvolve-se portanto, uma visão da aceitabilidade ética, da sustentabilidade e conveniência social do processo de inovação e os seus produtos comercializáveis (HULMANN, 2008).

O que não pode ocorrer, especialmente em se pensando nas futuras gerações, é que recaia, sobre elas, todo o ônus da despreocupação com a saúde humana e ambiental das decisões das gerações presentes e passadas.

Esta é a encruzilhada que se forma para o Direito, e para as demais áreas do conhecimento envolvidas com a Revolução Tecnocientífica. Ou seja, encontrar alternativas seguras e responsáveis para lidar com o presente-futuro da vida de todos os seres vivos sobre a face da Terra, permitindo o aproveitamento saudável das contribuições científicas produzidas pela inteligência humana. O desafio das novas tecnologias não é apenas sobre como manter e conquistar uma fatia de um mercado emergente, mas sim, simplesmente, como se pode, enquanto sociedade, colher muitos benefícios possíveis a partir destas inovações, e, ao mesmo tempo, evitar, limitar, ou pelo menos estarmos preparados para reparar os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que essas novas tecnologias poderão criar.

Os avanços tecnológicos existentes na sociedade contemporânea detêm um reflexo paradoxal; ao mesmo tempo em que crescem qualidade de vida às pessoas, estes são capazes de gerar riscos de potenciais altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente. Para que as instâncias de comunicação (Direito, Economia e Política) possam reagir aos ruídos produzidos por uma nova forma social pós-industrial (produtora de riscos e indeterminações científicas), estas devem construir condições estruturais para tomadas de decisão em um contexto de risco (CARVALHO, 2006).

Observa-se que os riscos e perigos do sistema da Ciência se transmitem aos outros sistemas e, embora a amplitude das questões possa parecer assustadora, há toda a razão para supor que uma compreensão mais profunda de novos materiais e segurança ainda seja possível, desde

que elaborada em conjunto pelos diferentes sistemas. A complexidade da pesquisa em segurança também requer uma abordagem interdisciplinar que acompanhe as necessidades de pesquisa atuais, novas e emergentes, tecnológicas e de produção de perto.

Cada vez mais, o sucesso comercial dependerá de inovar de forma responsável, o que implica levar em conta os benefícios e impactos ambientais e sociais de um produto, bem como sua viabilidade tecnológica e econômica. Um dos desafios mais duradouros para o desenvolvimento e o uso desses novos materiais é fornecer maneiras razoáveis de avaliar a sua segurança.

Para facilitar a aceitação responsável da tecnologia mais promissora, os pesquisadores podem apoiar o progresso, fornecendo apoio científico para a adequação das ferramentas de avaliação, de modo que os desenvolvedores industriais possam, por sua vez, fornecer evidências de demonstração de segurança. Devem ser colocados limites razoáveis sobre o que é considerado seguro o suficiente, estabelecendo questões de pesquisa necessárias e garantindo que os dados essenciais para respondê-las sejam gerados.

A quarta revolução industrial que traz consigo inúmeras novas tecnologias, entre elas as nanotecnologias e vem com a promessa de avanços transformativos sociais, econômicos e ambientais – de eliminar doenças, proteger o meio ambiente e fornecer energia, comida e água abundantes, para reduzir a desigualdade e capacitar indivíduos e comunidades, amplia também os desafios que tanto o sistema da Ciência quanto o do Direito precisarão enfrentar, principalmente em se falando de risco e perigo.

Necessária será uma comunicação adequada entres estes sistemas, de modo a pensar-se em novos riscos, resiliência e governança, criando estratégias para identificar os riscos tecnológicos de maneira antecipada e, assim, tomar medidas corretivas de ação, objetivando uma maior sustentabilidade destas tecnologias, e melhores condições ambientais de saúde e segurança.

Ao se agir de forma proativa, tem-se a oportunidade de ajudar a direcionar essa revolução industrial emergente para um futuro muito mais positivo, onde sua promessa muito real leva a um grande progresso

social, ambiental, econômico e político. No entanto, isso irá exigir que pesquisadores, desenvolvedores, reguladores e outros desenvolvam as habilidades e a compreensão necessárias para navegar em uma paisagem cada vez mais complexa e desdobrada.

O desenvolvimento dessas habilidades e capacidades exigirá níveis sem precedentes de cooperação global e colaboração entre partes interessadas. Será preciso também aprimorar o envolvimento com o significado e a intenção entre as disciplinas e entre as partes interessadas, promovendo diálogos eficazes. São importantes, também, as transformações nas estruturas, no desenvolvimento de novos padrões e estratégias de ação e, também devem estar incluídos o vislumbre de novos caminhos para a produção de conhecimento.

Direito, inovação e tecnologia constituem uma tríade indissociável e que reclama cada vez mais a atenção da comunidade acadêmica profissional da seara do direito e sua ligação com as inovações tecnológicas e seus reflexos no mundo moderno (MENDES, SARLET, COELHO, 2015).

O Direito também é instituído para defender valores e interesses e proteger bens jurídicos que possam ser colocados em risco. Desta forma, o Direito deve ir em busca das ideias de desenvolvimento e pesquisa em inovação responsáveis e assim, da sustentabilidade, o que, de certa forma, somente ocorrerá ampliando-se a comunicação com o sistema da Ciência, no caso dos riscos tecnológicos.

Nesse sentido, busca-se evidenciar a necessária preocupação com a sustentabilidade em seu caráter sistêmico-constitucional, o que implica uma compreensão interdisciplinar desse princípio basilar não somente no viés ambiental, mas também na perspectiva econômica e social, numa visão que se quer integrada a esses âmbitos, quando alçados ao plano constitucional (COSTA, 2012). A sustentabilidade merece acolhida, antes de mais nada, como princípio constitucional que determina promover, em longo prazo, o desenvolvimento próprio ao bem-estar pluridimensional (social, econômico, ético, ambiental e jurídico-político), com reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras” (FREITAS, 2012, p. 15). O entendimento da sustentabilidade neste viés interdisciplinar constitui uma tarefa da teoria jurídica contemporânea, em bus-

ca da efetividade das ideias que gravitam no entorno do Estado Democrático de Direito (COELHO, ARAÚJO, 2011, p. 261.)

Juarez Freitas expõe ainda sobre o caráter de responsabilidade antecipatória da sustentabilidade:

(...) apenas a sustentabilidade, entendida como valor e como princípio constitucional, garante a dignidade dos seres vivos e a preponderância da responsabilidade antecipatória, via expansão dos horizontes espaciais e temporais das políticas regulatórias. Assim, tem-se a preponderância da mirada prospectiva. (FREITAS, 2012, p. 124)

Assim, a sustentabilidade buscada nas inovações tecnológicas desenvolvidas de forma responsável e que considerem os aspectos éticos, legais e sociais, não pode mais se limitar à relação da economia com a natureza, ou seja, à relação apenas de um sistema social com um de seus ambientes. A sustentabilidade deve sim ser repensada para além da economia, incorporando, para além de apenas o ambiente natural, todos os ambientes. E aqui, ambiente deve ser pensado no sentido mais amplo possível, como ambiente natural, social e humano dos regimes transnacionais (TEUBNER, 2016).

Em relação ao desenvolvimento de qualquer nova tecnologia, é imperiosa a adoção de condutas orientadas pela noção de desenvolvimento sustentável, o qual, segundo Barbieri (2000), sugere um legado permanente a ser transmitido para as gerações futuras, de modo a permitir que todas elas possam prover suas necessidades com a conservação, *ab aeterno*, dos recursos naturais existentes no planeta.

Mas se está fazendo o suficiente? A questão parece não ser se a humanidade aprendeu as lições, mas se as está aplicando efetivamente para evitar que as novas tecnologias, entre elas as nanotecnologias, sejam mais alguns estudos de casos futuros sobre como não introduzir uma nova tecnologia.

Se o objetivo for perceber os benefícios comerciais e sociais das novas tecnologias sem deixar um legado de danos, e evitar que elas se tornem lições sobre o que não fazer para as gerações futuras, talvez seja hora

de voltar para a sala de aula e reaprender essas lições tardias de avisos antecipados (HANSEN, 2008).

Para que o Direito consiga dar conta dos desafios trazidos pelos avanços das novas tecnologias deverá abrir-se para dois caminhos: perpassar outras áreas do conhecimento que poderão ajudá-lo a compreender a complexidade das realidades que as novas tecnologias viabilizarão e deixar ingressar as ideias vindas de outras áreas e saberes. Esta será a condição de possibilidade para a inovação *no/do* jurídico na era da revolução 4.0.

Referências

AQUINO, Marcelo. *Discurso de Posse Quadriênio 2018-2021*. Unisinos. São Leopoldo, 2018.

BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudança da agenda 21*. Petrópolis: Vozes, 2000.

CARVALHO, Delton Winter de. Os riscos ecológicos e sua gestão pelo direito. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 39, n. 1, p. 13-17, jan./jun. 2006.

CARVALHO, Delton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dala Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar na ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimento. *Revista da faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 39, n. 1, p. 261-291, 2011. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

COSTA, Leonardo de Andrade. A sustentabilidade ambiental na produção econômica de bens e serviços. In: FLORES, Nilton Cesar (Org.). *A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces*. Campinas: Millennium, 2012.

ENGELMANN, Wilson. O “direito de ser informado” sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engaja-

mento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345-366.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HANSEN, Steffen Foss et al. Late lessons from early warnings for nanotechnology. *Nature Nanotechnology*, London, v. 3, n. 8, July 2008. Disponível em: <<http://www.nature.com>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

HULLMANN, Angela. European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology. *Nano and Converging Sciences and Technologies*, Luxembourg, p. 3-48, Oct. 2008. Disponível em: <<http://cordis.europa.eu>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Traducción de Josetxo Beriain e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. The future cannot begin: temporal structures in modern society. *Social Research*, New York, v. 43, n. 1, p. 130-152, spring, 1976. Disponível em: <<https://www.jstor.org>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Agnelli, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P. Prefácio. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 7-9.
- MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Apontamento sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre a regulação em ciência e tecnologia. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 85-122.
- ROCHA, Leonel S.; MARTINI, Sandra R. *Teoria e prática dos sistemas sociais e direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradutor Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SUSTEIN, Cass R. Irreversibility. *Law, Probability and Risk*, London, v. 9, n. 3-4, p. 227-245, Sept. 2010. Disponível em: <<https://academic.oup.com>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves et al. e Revisão Técnica Pedro Ribeiro e Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva, 2016.

**DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO E DEFICIÊNCIA:
CRITÉRIOS PROIBIDOS DE DISCRIMINAÇÃO, HIV/AIDS
E O “DILEMA DA DIFERENÇA”**

Roger Raupp Rios*

Introdução

O direito constitucional brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos têm, dentre seus conteúdos fundamentais, a afirmação do direito de igualdade como mandamento de proibição de discriminação. Formulado e compreendido, na arena internacional, a partir das violações perpetradas pelos regimes totalitários, assim como, na ordem interna, respondendo à violência praticada pela ditadura militar que se estabeleceu no período da Guerra Fria, a proibição de discriminação ordenada pelo direito de igualdade, no direito brasileiro e no direito internacional, almeja afastar toda e qualquer diferenciação injusta, em especial práticas e regimes de subordinação contra indivíduos e grupos histórica e socialmente injustiçados e vítimas de preconceito e discriminação.

Sem ignorar, muito menos menosprezar o rico e intenso debate (KYMLICKA, 1995) desenvolvido em diversos campos (político, social, filosófico, histórico etc.), é de se salientar que este esforço de efetivação do mandamento antidiscriminatório resultou, na esfera jurídica, na formulação de legislação e jurisprudência específicas. A litigância, a sistematização e a pesquisa acadêmica nestes campos acabaram por demarcar domínios do conhecimento e da prática jurídicas, conhecido como “direito da antidiscriminação”. Com efeito, enquanto a compreensão tradicional do

* Mestre e Doutor em Direito (UFRGS), com estágio de pesquisa na Universidade do Texas – Austin e na Universidade Columbia – NYC. Pós-Doutor pela Universidade de Paris. Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Desembargador Federal – TRF4. E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com.

princípio da igualdade expõe o conteúdo e a extensão dessa cláusula constitucional de modo estático, por meio da enunciação de suas respectivas dimensões formal e material, o conceito de discriminação aponta para a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico, atentando para os prejuízos injustos experimentados pelos destinatários de tratamentos desiguais. A discriminação enfrentada pelo direito da antidiscriminação é tomada por uma perspectiva jurídica mais substantiva que formal: importa enfrentar a desigualdade prejudicial e injusta, pois nem sempre a adoção de tratamentos distintos se revela maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida, como alerta a dimensão material do princípio da igualdade (o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades).

Nesta reflexão, busca-se apresentar, ainda que de modo sucinto, os elementos fundamentais do direito da antidiscriminação, com ênfase na proibição de discriminação por deficiência (parte 1); a seguir, mediante o exame da proteção social requerida em demandas por pessoas vivendo com HIV/AIDS de modo assintomático, propõe-se demonstrar a complexidade e a riqueza da concretização do direito da antidiscriminação.

Elementos fundamentais do direito da antidiscriminação e discriminação por deficiência

Os elementos fundamentais no direito da antidiscriminação são o conceito jurídico de discriminação, as modalidades de discriminação, os critérios proibidos de discriminação, as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação e as respostas jurídicas disponíveis (de cunho legislativo, políticas públicas e ações afirmativas) (RIOS, 2008). Para os fins deste artigo, serão referidos o conceito jurídico de discriminação, suas modalidades e critérios proibidos de discriminação, tomando como caso exemplar a proibição de discriminação por motivo de deficiência.

Conceito jurídico de discriminação

O conceito de discriminação merece algumas considerações no sentido de tornar mais clara sua compreensão e de facilitar sua concretização no campo jurídico. Diferentemente do preconceito, que designa percep-

ções mentais e internas negativas em desfavor de indivíduos e grupos socialmente inferiorizados, discriminação é a materialização de atitudes arbitrárias, acarretando violações de direitos. O termo preconceito é utilizado de maneira mais frequente nos domínios da psicologia e das ciências sociais, enquanto o termo discriminação é mais difundido no vocabulário jurídico.

Neste sentido, a partir da análise conjunta da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, o conceito jurídico de discriminação é

(...) qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou qualquer campo da vida pública. (RIOS, 2008, p. 20)

Saliente-se que tal conceito jurídico de discriminação acabou por ser incorporado, com estatura constitucional, no direito interno brasileiro, em virtude da recepção da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência.

A discriminação em nada se confunde com a adoção de medidas de diferenciação positiva, visto que estas possuem caráter positivo, objetivando a efetivação dos direitos, sem, portanto, a ilicitude que caracteriza comportamentos discriminatórios. Nas medidas de diferenciação positiva, encontramos não somente as ações afirmativas, mas também adoção de medidas de tratamentos especiais requeridos por uma especificidade de um indivíduo ou grupo (RIOS, 2008, p. 22).

Modalidades de discriminação

A discriminação pode se dar de maneira intencional e consciente, denominada direta, ou mediante atitudes aparentemente neutras, com impacto prejudicial, ainda que sem intencionalidade, denominada indireta. O elemento distintivo entre ambas é a intencionalidade do agente da discriminação. As modalidades utilizadas na discriminação direta podem variar de acordo com o instrumento utilizado, podendo o elemento dis-

criminator estar expresso em lei – discriminação explícita –, estar presente na aplicação da norma, mesmo que inexistente de forma expressa na legislação – discriminação na aplicação do direito – e na presença intencional de caracteres aparentemente neutros, mas causadores de prejuízos– discriminação na concepção. A discriminação indireta ocorre quando, ainda que desprovida de intenção, uma medida aparentemente neutra impacta, de modo diferenciado e prejudicial, indivíduos e grupos discriminados. Ela pode decorrer desde uma motivação inconsciente – a denominada discriminação indireta inconsciente – até alastrar-se pelas estruturas organizacionais formais e informais, como acontece na discriminação institucional, na reprodução de privilégios invisibilizados ou naturalizados (RIOS, 2008, p. 117-153).

Critérios proibidos de discriminação

Os ordenamentos jurídicos adotam técnicas diversas no desenvolvimento do direito da antidiscriminação. Enquanto uns enumeram os critérios proibidos de discriminação de forma taxativa por meio de legislação específica, outros contam apenas com previsões constitucionais genéricas e abstratas. Um terceiro grupo, por sua vez, adota um modelo misto, por meio da enumeração meramente exemplificativa dos critérios proibidos de discriminação. No primeiro grupo, a decisão sobre tais critérios é exclusivamente legislativa; nos demais, compete à legislação e aos tribunais enumerá-los ou adicionar critérios aos já previstos. Um sem-número de questões se coloca na aplicação dos critérios de proibição, independentemente do grupo a que pertence cada ordenamento jurídico. O direito brasileiro demonstra essa realidade. A primeira dessas questões, que toma a atenção de imediato, diz respeito à enumeração exemplificativa contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição de 1988, que possibilita a inclusão de novos critérios proibidos de discriminação; outra questão, muito relevante, quanto à interpretação de cada um dos critérios enumerados. Também se pode elencar, nos Estados federados, a relação entre as diversas esferas de poder na explicitação dos critérios e eventuais descompassos entre os poderes públicos no seu reconhecimento e extensão.

Considerando o direito da antidiscriminação, é particularmente importante atentar para a extensão das proibições de discriminação já e-

xistentes. A doutrina e a jurisprudência, ao avaliarem existência de proibição de discriminação nas mais variadas circunstâncias, não só se deparam com a pergunta sobre o reconhecimento de novos critérios, como também lidam com critérios voltados para a proteção de realidades diversas e passíveis de diferentes concretizações. Como reconhecer o surgimento de um critério antes ignorado (orientação sexual, por exemplo)? Como interpretar um critério explícito, diante dos diversos sentidos possíveis e relacionados, como acontece com as concepções biomédica e social da deficiência? No conjunto dos critérios proibidos, qual o significado da proteção bifurcada diante de discriminações com base em certas situações pessoais (raça e sexo, por exemplo) e em certas escolhas e condutas (prática religiosa e convicção filosófica, por exemplo)? Como aplicar os critérios proibidos de discriminação em situações de discriminação interseccional (mulheres e crianças com deficiência vivem realidades diversas das de homens deficientes)? Essas questões se relacionam diretamente à compreensão constitucional do princípio da igualdade no direito brasileiro e do mandamento antidiscriminatório. O direito brasileiro dispõe de uma lista exemplificativa de critérios proibidos de discriminação e de um extenso rol de direitos fundamentais, ainda que não exaustivo. Juntos, tais critérios e direitos proveem proteção contra discriminação fundada em condições pessoais (sorologia assintomática para HIV/AIDS, por exemplo, como será visto na segunda parte) e em escolhas e condutas (convicção filosófica e expressão artística).

Proibição de discriminação por motivo de deficiência

A afirmação de determinados critérios proibidos de discriminação traz à tona uma série de questões. Entre estas, evidenciam-se: quem são os destinatários da proteção antidiscriminatória por motivo de deficiência? Qual a importância da interseccionalidade para a caracterização da deficiência quando se trata de deficiência, pobreza, idade, gênero e soropositividade para o vírus da imunodeficiência adquirida (HIV)? Como compreender os deveres de habilitação e reabilitação e de promoção da integração? Quais as modalidades de discriminação experimentadas por deficiência? Como entender o alcance do dever de facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos? Qual o sentido do destaque à proibição de

discriminação no ensino, no mundo do trabalho e em favor da infância e da adolescência?

As questões trazidas pela proibição de discriminação por deficiência são de grande importância para o estudo e o desenvolvimento do direito da antidiscriminação como um todo, dadas as exigências e peculiaridades desse âmbito da realidade e da prática jurídica. O primeiro elemento merecedor de atenção no desenvolvimento do direito da antidiscriminação na hipótese de deficiência é a definição de quem são os destinatários da proteção antidiscriminatória.

Discriminação por deficiência e deveres de adaptação

No conceito de discriminação por motivo de deficiência, um dos elementos mais destacados é o dever de adaptação razoável (MARTEL, 2011). Trata-se de medidas que implicam modificações necessárias e ajustes razoáveis objetivando assegurar às pessoas com deficiência o exercício de seus direitos humanos e fundamentais em pé de igualdade com os demais. Não por acaso o próprio conceito jurídico de discriminação explícita em seus termos a presença dos deveres de adaptação, entendido como elemento do mandamento proibitivo de discriminação por motivo de deficiência. Esse dever requer, nos termos do artigo 2º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

(...) a modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido, quando necessários em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam desfrutar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Exemplos desse dever jurídico são a oferta de intérpretes de Libras a estudantes com deficiência auditiva e a adoção de apoios específicos para possibilitar a mobilidade corporal de pessoas com deficiência locomotora nos mais diversos equipamentos urbanos. No direito brasileiro, não bastasse a previsão desses deveres na norma proibitiva de discriminação por motivo de deficiência, há registro legislativo e jurisprudencial. A Lei n. 7.853, de 1989, por exemplo, dispõe sobre acesso a espaços públicos e privados, edificações e inserção em oficinas de trabalho (BRASIL,

1989). Do repertório de decisões dos tribunais, é de se destacar manifestação do Supremo Tribunal Federal em que fica afirmada a exigência constitucional de deveres de adaptação, em favor de portadores de deficiência, no transporte coletivo intermunicipal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1997).

Os deveres de adaptação só podem ser legitimamente afastados se demonstrada desproporcionalidade entre a medida necessária para a adaptação e os custos e exigências decorrentes de sua implementação, tudo orientado pelo dever de não discriminar e pela concretização dos direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência. Cuidando-se de concretização de normas de direitos fundamentais que exigem atividade positiva por parte do Poder Público e da sociedade, o juízo de proporcionalidade consubstancia-se como proibição de não suficiência. Assim entendida, a proporcionalidade requer que os obrigados à satisfação de um direito fundamental propiciem condições mínimas de exercício do direito por parte de seus titulares (LEIVAS, 2006). Vale dizer, a medida deve ser adequada, apta a propiciar o exercício dos direitos humanos e fundamentais em questão das pessoas com deficiência; e deve ser necessária, prevalecendo diante de alternativas menos onerosas em face dos direitos da contraparte. Por fim, devem ser ponderados os ônus decorrentes para a demanda em virtude da satisfação do direito pleiteado. O descumprimento dos deveres de adaptação acaba por demonstrar como a falta das medidas necessárias é fator gerador de ambiente onde os impedimentos corporais e sensoriais são experimentadas como deficiência.

Deficiência: concepções biomédica e social

A análise dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, já inseridos no ordenamento jurídico nacional, faz concluir pela prevalência de um conceito que abrange as compreensões da deficiência como fenômeno biomédico e social. Prevalece, portanto, a percepção de que a deficiência não está relacionada necessariamente a características físicas e mentais peculiares deste ou daquele indivíduo (concepção biomédica), mas é condição resultante da interação e do modo de inserção de indivíduos e grupos no contexto social hegemônico (concepção social) (DINIZ, 2007).

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência dispõe:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao meio ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas; Artigo 1º. Segunda parte: Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A adoção dessa compreensão da deficiência pelo direito brasileiro tem consequências normativas importantes, tanto materiais quanto procedimentais (FONSECA, 2009). Do ponto de vista do direito material, implica não reconhecer proteção jurídica somente àquelas pessoas que se enquadram num conceito biomédico definido anteriormente ao exame das circunstâncias ambientais e barreiras sociais. Esse conceito requer que, para a qualificação jurídica dos possíveis destinatários de medidas antidiscriminatórias por deficiência, sejam examinados os fatores ambientais simultânea e conjuntamente à condição física, psíquica e sensorial peculiares ao indivíduo. Isso significa que a definição de quem é deficiente reclama a contextualização do indivíduo e de seu modo de interagir em cada tempo e lugar. A compreensão social da deficiência também aponta para a proteção jurídica de indivíduos e grupos que sejam sujeitos a discriminação em virtude da possibilidade concreta de virem a experimentar situações de deficiência. Isso é particularmente relevante nas hipóteses de predisposição genética para certos tipos de doença ou deficiência (doença de Huntington, por exemplo), bem como nas hipóteses de surgimento futuro de sintomas incapacitantes, como ilustra a epidemia de HIV/AIDS.

Assim, por exemplo, alguém, diante de certo tipo de arquitetura quanto aos acessos e modos de locomoção, poderá ser merecedor da proteção antidiscriminatória, daí derivando deveres não só de adaptação, mas também de reparação por eventuais prejuízos materiais e morais concretamente verificados. Por outro lado, não há que se falar em aplica-

ção da proteção antidiscriminatória em favor do mesmo sujeito em ambiente capaz de lhe propiciar inserção adequada e efetiva, possibilitando o exercício de sua liberdade de locomoção. Na esfera processual, uma consequência direta da compreensão da deficiência em suas dimensões biomédica e social diz respeito à produção probatória e à participação de peritos auxiliares do Juízo em litígios envolvendo direitos de pessoas com deficiência. De fato, em vez de restringir-se à avaliação biomédica das condições físicas, psíquicas e sensoriais do indivíduo, a produção probatória deve também atentar para a caracterização do ambiente onde o sujeito está situado, uma vez que é da interação entre sua condição individual e o entorno que a existência ou não de discriminação por motivo de deficiência se apresentará. Essa necessidade reflete-se de modo imediato na elaboração de laudos periciais, seja na oferta dos quesitos por parte do Juízo e das partes, seja na avaliação geral pelo perito. A consideração de fatores e circunstâncias que vão além do diagnóstico biomédico focado estritamente no indivíduo deficiente abre caminho para a percepção da coexistência de múltiplas dimensões na vida de indivíduos e grupos, cuja resultante produz concretamente a experiência da discriminação por motivo de deficiência. Não é por acaso, portanto, que fatores como a idade, o gênero, a condição econômica e a soropositividade para o vírus HIV marcam presença em litígios judiciais e no desenvolvimento internacional dos direitos humanos em matéria de discriminação por deficiência.

Interseccionalidade e deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é expressa ao salientar que a discriminação por motivo de deficiência atinge mulheres e meninas de modo peculiar e agravado. Isso acontece devido ao caráter múltiplo das restrições ao pleno e igual desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais decorrentes da combinação da deficiência com o gênero.

A convenção também salienta, em seu artigo 7º, a situação experimentada por crianças com deficiência, dada a especificidade da fase de desenvolvimento que vivem e o risco agravado de sujeição e desvantagem em face de adultos. A preocupação com a discriminação múltipla incidente sobre faixas etárias mais vulneráveis, como crianças e idosos, se

renova de modo específico no texto convencional no artigo 25. Ao se dispor sobre o direito à saúde, menciona-se especialmente a necessidade de “serviços projetados para minimizar e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos” que já vivem com deficiências.

O envelhecimento também está presente na dinâmica interseccional da discriminação por deficiência. Tanto que o Estatuto do Idoso, no artigo 15, parágrafo 4º, e no artigo 79, inciso II, é explícito ao prever atendimento especializado aos idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante (BRASIL, 2003). A par da consideração dos fatores etários e de gênero, a proteção contra discriminação por deficiência chama a atenção para o agravamento das restrições ao exercício de direitos humanos e fundamentais em razão da carência econômica, bem como para a piora das condições econômicas e sociais decorrentes dessa modalidade de discriminação. Tanto que o artigo 28 da convenção preocupa-se com a garantia de padrões de vida e de proteção social adequados às pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos, por meio de programas de proteção social e de redução da pobreza.

O direito da antidiscriminação também aponta para a proibição de discriminação por deficiência nos casos de doenças crônicas, ainda que essa situação seja distinguida da condição de deficiência. A primeira está relacionada com a experiência de longo prazo na vida individual, enquanto a segunda é considerada uma condição irreversível. Não obstante tal distinção, afirma-se a pertinência da proteção antidiscriminatória por deficiência a ambas as situações, independente da duração, do caráter ou da severidade da doença crônica. Nessa linha, as experiências das pessoas vivendo com HIV/AIDS apresentam um caso emblemático para a constatação do caráter multifatorial da discriminação, fazendo ver de modo claro as consequências práticas, para o direito da antidiscriminação, da adoção da concepção social da deficiência.

É o que demonstra o debate sobre os direitos ao Benefício de Prestação Continuada (benefício assistencial), requeridos por pessoas vivendo com HIV/AIDS, ainda que de modo assintomático. A prevalecer uma compreensão mais afeita ao modelo biomédico da deficiência, o critério definidor predominante para a procedência dos pedidos seria a presença de sintomas da infecção por HIV, em apreciação jurídica onde sobreleva

o quadro clínico: seriam os males que acometem o indivíduo a razão do sucesso ou insucesso da demanda. Daí decorreria a negativa de benefício securitário, dada a inexistência de sinais de infecção de AIDS constatada por laudo médico, não se apresentando maiores elementos acerca do significado dos requisitos de incapacidade e de deficiência no contexto social. Diversamente, quando predomina a concepção social da deficiência, a consideração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e culturais toma papel decisivo para a conclusão sobre o direito à proteção de seguridade social. Assim, devem ser considerados outros fatores como capacitação profissional, preconceito e discriminação e presença de forte estigma social – o caráter multidimensional da compreensão da incapacidade e o reconhecimento do preconceito, ainda que difuso e disfarçado. Todas essas circunstâncias demonstram não somente a multiplicidade, como também o alcance da discriminação por motivo de deficiência. Na análise de tais realidades, o direito da antidiscriminação volta-se para a discriminação tanto intencional (direta) quanto não intencional (indireta), uma vez que os prejuízos e as desvantagens provocados não dependem das intenções dos atores e das instituições envolvidos.

Direito da antidiscriminação e o dilema da diferença: condição sorológica positiva assintomática para HIV e proteção por deficiência

É no quadro do direito da antidiscriminação que devemos compreender as demandas de pessoas vivendo com HIV/AIDS, ainda que assintomáticas, do direito a benefícios sociais; mais especificamente, se se qualificam, para os fins de proteção social, destinatárias de BPC, por possuírem “(...) impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 1993). Trata-se de compreender critérios proibidos de discriminação (deficiência), diante da reivindicação de prestação positiva concreta (prestação mensal continuada monetária), de caráter distributivo, a partir do reconhecimento de proteção antidiscriminatória relacionada a condição pessoal (condição sorológica positiva para HIV).

No modelo social, a condição assintomática de pessoas vivendo com HIV/AIDS não pode ignorar o preconceito e a discriminação na vida em sociedade, ao lado de outras circunstâncias eventualmente presentes. A questão é verificar quais as possibilidades e os impedimentos experimentados que podem resultar em redução total ou parcial de capacidade para exercício de atividade laboral remunerada e que impliquem restrição de participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições. Assim, haverá direito a benefício por incapacidade para pessoa vivendo com HIV, assintomática para AIDS, se o preconceito e a discriminação, associados a outros fatores, impedirem ou reduzirem o exercício de atividade laboral remunerada, como também ao benefício de prestação continuada, se este conjunto de fatores obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de oportunidades. Não se trata, portanto, de presunção direta e imediata entre sorologia positiva assintomática e incapacidade para vida laboral e para participação igualitária na vida social, nem de presumir o contrário, de que a ausência de sintomas garanta capacidade laboral ou participação igualitária na vida em sociedade.

Mostra-se necessário avaliar outros fatores além da condição assintomática ou não, cuja presença pode importar em obstrução para participação igualitária na vida social. Dentre outros, aspectos como: (a) intersecção com condição econômica e social; (b) intersecção com pertencimentos identitários que acarretam discriminação múltipla (como raça, etnia, orientação sexual e identidade de gênero); (c) qualidade da atenção em saúde acessível à pessoa vivendo com HIV/AIDS; (d) manifestações corporais diversas experimentadas; (e) contexto social e cultural onde inserido o indivíduo, englobando, por exemplo, níveis de preconceito e discriminação, estrutura urbana, inserção e socialização em diversos grupos e corpos sociais intermediários.

A epidemia de HIV/AIDS e modelo social no contexto brasileiro

No contexto da epidemia de HIV/AIDS no Brasil, a enumeração e consideração dos elementos envolvidos nessa equação requer cuidado, dada a complexidade histórica de cada um e a multicausalidade fatorial entre eles. Do exame da literatura e da atenção às experiências de indivíduos e grupos vivendo com HIV/AIDS, destaca-se o histórico das respos-

tas brasileiras diante da epidemia e dos processos de estigmatização. É decisivo ter um panorama das respostas brasileiras diante da epidemia do HIV/AIDS, dado que é nesse contexto em que pessoas assintomáticas se inserem, momento cuja atualidade e compreensão não se produzem no vazio histórico.

Conforme indica a literatura especializada, podem ser arroladas 4 fases nessa trajetória. A primeira fase (1982-1983), desencadeada a partir dos primeiros casos, registrou o surgimento dos primeiros programas (no Estado de São Paulo) e organizações não-governamentais (GAPA – Grupo de Apoio e Prevenção à AIDS e ABIA – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS); ela foi marcada por ampla negação estatal e onde de pânico moral, medo, estigma e discriminação, em especial por líderes religiosos. A segunda fase (1986-1990) tem seu início marcado pelo Programa Nacional de AIDS, com abordagem mais pragmática e técnica, com o surgimento de ONGs (GAPAs) pelo país. Com elas, cresceu a pressão por respostas mais solidárias e comunitárias (destacou-se a liderança de Herbert Daniel), baseadas em compromissos éticos e políticos, não restritas à abordagem tecnocrática. De 1990 a 1992, a terceira fase foi bastante turbulenta, surgindo um distanciamento entre a atividade estatal e a sociedade, caracterizando praticamente um antagonismo (administração Collor de Mello). A quarta fase (1992 a 1996), retomou o rumo de respostas colaborativas entre sociedade e Estado, contando inclusive com financiamento internacional. Todos esses momentos revelam, não por acaso, correspondência entre os desenvolvimentos da história política nacional e as respostas à epidemia. Em 1996, é promulgada a Lei Federal nº 9.313, marco histórico para o acesso a antirretrovirais, estabelecendo acesso universal, inaugurando experiência mundialmente reconhecida de modo positivo. Esse avanço, todavia, começa a ser desafiado a partir dos anos 2000, em decorrência de pressões vindas de detentores internacionais de patentes farmacêuticas, cujo direito de propriedade comercial passa a ser tensionado por perspectivas de direitos humanos e do direito à saúde, resultando na Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública, onde se admitiu o licenciamento compulsório para produção de medicamentos diante da epidemia (PARKER, 2003).

No entanto, internamente, as respostas brasileiras verificaram fragilização desde 2006, em especial quanto à atenção primária em HIV/AIDS e ao apoio a iniciativas da sociedade civil (CORRÊA, 2016, p. 7-16). Naquela quadra, de 2003 a 2010, as respostas produziram-se no intrincado contexto em que lideranças da sociedade civil se integraram na máquina administrativa, com perda progressiva de autonomia da ONGs, que passaram a ser vistas mais como executoras de ações determinadas pelas políticas públicas, em apoio ao Estado. Disputas comerciais, inclusive junto à OMC, colocaram então o desafio sanitário nacional da incorporação de medicamentos, marcando a trajetória das respostas à epidemia durante toda a década de 2010 (SEFFNER e PARKER, 2016, p. 22-30). Nesse período, o que predominou foram a opacidade, o conservadorismo e o tecnicismo em face da epidemia, fragilizando-se abordagens mais amplos, que envolveriam a promoção de direitos humanos, tanto na área da saúde, quanto em geral (TERTO Jr., CARVALHO, VILLARDI e VIEIRA, 2016, p. 37).

Por fim, nesse rapidíssimo escorço histórico, os tempos atuais nas respostas à epidemia revelam o recrudescimento de forças conservadoras e disseminadoras de antigos estereótipos altamente negativos, bloqueando não somente medidas de prevenção e informação, como também a incorporação de novas alternativas sanitárias. O resultado disso é a tendência, verificada nos últimos anos, de reversão de redução e de crescimento da epidemia. Como alerta Alexandre Granjeiro (2016, p. 16), há indícios de que a epidemia está reemergindo e tende a atingir patamares mais elevados do que os observados nos últimos 30 anos. A reemergência da epidemia, acompanhada da fragilização da participação da sociedade civil e das dificuldades enfrentadas pelo SUS, acrescida do recrudescimento de forças conservadoras e dissonantes do paradigma dos direitos humanos, alimentam significativamente os processos sociais de estigmatização de pessoas vivendo com HIV/AIDS, sejam assintomáticas ou não.

Essas as constatações da literatura especializada, que registra especialmente como os processos de discriminação e estigma (BASTOS, 2013, p. 91) resultam de interações e dinâmicas sociais que articulam marcadores sociais de desigualdades, como classe, gênero, cor/raça/etnia, entre outros, além das características individuais dos sujeitos (MONTEIRO,

PEREIRA e SOARES, 2013, p. 62). Como salienta Veriano Terto Jr (2004), a epidemia reconceitualizou uma série de identidades sociais, dentre as quais a da pessoa soropositiva, passando a ser visto não somente como enfermo ou paciente, mas como sujeito que atua individual e coletivamente em face de vários contextos sociais e políticos.

Esses contextos são decisivos para as experiências e as respostas, que num ambiente de preconceito e discriminação foram inclusive percebidos como situações de **morte civil** (DANIEL, 1989). Tanto que, conforme apontam os estudos culturais, o soropositivo é assimilado mesmo à figura do monstro perigoso e homossexual:

Tese: o monstro sempre escapa (soropositivo como perigoso) Bram Stoker's Dracula, de Francis Coppola, o subtexto homossexual presente desde a aparição da lésbica Lamia, de Sheridan Le Fanu (Carmilla, 1872), tal como os corpúsculos vermelhos que servem como o leitmotif do filme, sobe à superfície, primariamente como consciência da AIDS, transformando a doença do vampirismo em uma forma sádica (e muito medieval) de redenção por meio dos tormentos do corpo que sofre. Nenhuma coincidência, pois, que Coppola estivesse produzindo um documentário sobre a AIDS ao mesmo tempo em que ele estava trabalhando no Drácula. (COHEN, 2000, p. 29)

Assintomatologia para HIV/AIDS e o “dilema da diferença”

Um dado importante a ser considerado quanto à incapacidade laboral de pessoas assintomáticas vivendo com HIV/AIDS diz respeito às consequências da concessão de eventual benefício. De fato, reconhecer o direito ao benefício pode ser uma necessidade diante de um risco social concreto e efetivo, eliminando ou ao menos reduzindo violações à vida digna do beneficiário. Ao mesmo tempo, pode alimentar processos sociais de estigmatização do indivíduo, seja pela identificação do beneficiário a um grupo discriminado, seja até mesmo por apartá-lo de certos ambientes sociais laborais, com potencial de integração e de colaboração sociais. Isso sem falar na violência simbólica e da injúria que podem resultar da combinação de estereótipos negativos contra beneficiários de direitos sociais (“vagabundos”; “pesos mortos para a sociedade”) e preconceitos

contra pessoas vivendo com HIV/AIDS (“seres perigosos” e degenerados por sua perversão e luxúria).

Em termos de políticas públicas e formulações jurídicas, estas possibilidades alertam para o chamado “dilema da diferença” (MINOW, 1990), que pode ser expresso em três versões:

a) primeira versão: a diferença pode ser recriada ao ser registrada ou ao ser ignorada (deferimento do benefício funcionando como marcador social de diferença sorológica ensejadora de discriminação);

b) segunda versão: a ambigüidade da neutralidade (indeferimento do benefício como desconsideração complacente com a discriminação vivida por sorologia);

c) terceira versão: tomada de decisões baseadas em critérios formais, rígidos e universais (ou todo portador de HIV tem sempre direito ao benefício, independente de sintomatologia ou a assintomatologia leva necessariamente à rejeição do direito) vs. a abertura para decisões individualizadas, com maior grau de concretização.

Essas versões apresentam-se diante do mesmo desafio. Na primeira, ao destacar-se a diferença para proteger contra discriminação, corre-se o risco de engendrar mais preconceito e discriminação (sobre esse ponto, ver HALLEY, 1995). Na segunda, permanecer inerte diante de uma realidade de discriminação, sob a ambigüidade da neutralidade, pode conduzir à cumplicidade discriminatória. Na terceira versão, o dilema acumula os riscos insíntos às duas primeiras formulações: confiar em regras universais, formais e rígidas, tentando evitar mais diferenciação e preconceito, quedando-se neutro, ou permitir margens cada vez maiores de liberdade de decisão diante de cada caso, tentando afastar o perigo da cumplicidade com a discriminação, com o risco de alimentar o dilema em sua primeira versão.

Diante deste dilema, como desenvolver e aplicar a legislação previdenciária, em se tratando de condição assintomática de pessoa vivendo com HIV/AIDS? Um caminho para contornar esse impasse considera três cuidados (MINOW, 1987): (a) considerar os pontos de vista que produzem a diferença; (b) avaliar as circunstâncias suspeitas de discriminação e (c) levar a sério as diferentes perspectivas.

O primeiro passo exige atentar que: (1) a diferença não é algo intrínseco, mas sempre relacional, socialmente construída, tanto que, por mais que a sorologia positiva para HIV seja um diagnóstico biomédico e que a assintomatologia também, distinguir e discriminar indivíduos por tal condição é uma construção social relacional; (2) sempre existe um paradigma pressuposto quando se qualifica algo ou alguém como ‘diferente’, sendo necessário, portanto, explicitá-lo e discuti-lo (o indivíduo soronegativo, obviamente sem qualquer sintoma, torna-se o paradigma de comparação produtor do diferente); (3) na produção da diferença, tal paradigma representa somente um dos pontos de vista possíveis, devendo-se considerar outros pontos de vista (há que se considerar o ponto de vista, a experiência do soropositivo assintomático quanto à inserção laboral); (4) via de regra, toma-se o *status quo* como algo natural, espontâneo e legítimo, donde a corriqueira confusão entre inação e neutralidade e medidas corretivas e favorecimento ou privilégio.

O segundo passo requer levar a sério as circunstâncias suspeitas de discriminação (no caso, a presença de discriminação social difusa e em particular no mercado de trabalho contra pessoas vivendo com HIV) levando em consideração o maior número possível de perspectivas e relativizando os paradigmas assentes, fazendo com que um maior número de alternativas se apresente. Deste procedimento, por si só, não brotam soluções acabadas; todavia, ele permite que algumas discriminações antes desapercibidas se tornem visíveis e alerta contra preconceitos antes inquestionados, desapercibidos ou menosprezados contra “os diferentes”.

O terceiro e derradeiro passo amplia alternativas e respostas em face da abertura apresentada por essas perspectivas. Tudo, é claro, sem resvalar da aceitação da diversidade para uma atitude de “mútua indiferença”, dominada pela passividade, que se manifesta pela omissão, pelo refúgio em modelos e categorias cristalizadas ou pela simples negação da realidade discriminatória. Este procedimento, considerado como um todo, torna a dinâmica do direito da antidiscriminação mais apta a responder às questões sobre igualdade e discriminação, evitando, na medida do possível, efeitos negativos do “dilema da diferença”.

Em síntese, implica superar a naturalização do paradigma de comparação (soronegativo obviamente sem sintomas para HIV/AIDS) em fa-

ce do “diferente” (soropositivo assintomático); atentar para possíveis circunstâncias diversas daquelas vividas pelo paradigma de comparação (presença de discriminação no mercado de trabalho contra pessoas vivendo com HIV, independente de sintomatologia); por fim, ampliar o leque de respostas possíveis, uma vez informada a percepção pela perspectiva do “diferente” (eventual direito ao benefício, ainda que assintomático, dependendo do contexto).

Considerações finais

O direito da antidiscriminação, em seus elementos fundamentais, é construção a partir das reivindicações por justiça e por igualdade de indivíduos e grupos injustamente alijados do igual reconhecimento dos direitos e da igual participação na vida em sociedade. A adequada compreensão do conceito constitucional de discriminação, dos critérios proibidos de discriminação, bem como dos contextos em que concretizados, requer o desenvolvimento desse âmbito da prática e da reflexão jurídicas.

As demandas de pessoas assintomáticas para HIV/AIDS por prestações sociais concretas, de caráter antidiscriminatório, são emblemáticas para a demonstração da utilidade e da necessidade do direito da antidiscriminação. Somente a disciplina e o esforço conceituais e jurídicos, aliados ao conhecimento e abertura interdisciplinar para as realidades discriminatórias, serão capazes de concretizar a missão do princípio da igualdade como mandamento antidiscriminatório.

Referências

- BASTOS, Francisco. Da persistência das metáforas: estigma e discriminação e HIV/AIDS. In: MONTEIRO, Simone; VILLELA, Wilza (Org.). *Estigma e Saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 91-104.
- BRASIL. *Lei n. 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 3 out. 2003.
- BRASIL. *Lei n. 7.853*, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiên-

cia (Corde), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 25 out. 1989.

BRASIL. *Lei n. 8.742. Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)*. Brasília: DF, 7 de dezembro de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 903* [ADI na internet]. Diário da Justiça. 24 out. 1997 [Acesso em: 21 out. 2009]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

COHEN, Jeffrey Jerome. A cultura dos monstros: sete teses. In: COHEN, Jeffrey Jerome. *Pedagogia dos monstros – os prazeres e os perigos da confusão de fronteiras*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

CORREA, Sonia. A resposta brasileira ao HIV e à AIDS em tempos tormentosos e incertos. In: *Mito vs Realidade: sobre a resposta brasileira à epidemia de HIV E AIDS em 2016*. Rio de Janeiro: ABIA, 2016.

DANIEL, Herbert. *Vida antes da morte*. RJ: Tipografia Jabuti, 1989.

DINIZ, Debora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense; 2007

FONSECA, RTM. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. In: PAB, Vaz; JA, Saravis (Orgs). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito; 2009.

HARLEY, Janet. The Politics of the Closet: legal articulation of sexual orientation identity. In: ENGLE, Karen; DANIELSEN, Dan (Orgs.). *After Identity*. New York: Routledge, 1995.

KYMLICKA. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Adaptação razoável*, SUR 14, 2011. Disponível em: <<https://sur.conectas.org>>. Acesso em: 1 Jun. 2019.

MINOW, Martha. Justice Engendered. *Harvard Law Review – The Supreme Court*, 1986 Term, nov. 1987.

- MINOW, Martha. *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law* Ithaca: Cornell University Press, 1990.
- PARKER, Richard. Construindo os alicerces para a resposta ao HIV/AIDS no Brasil: o desenvolvimento de políticas sobre o HIV/AIDS, 1982-1996. In: *Divulgação em Saúde para Debate*. Rio de Janeiro: CEBES/ABIA/Mailman School of Public Health – Columbia University, n. 27, ago. 2003.
- PEREIRA, Carla e SOARES, Priscilla. A produção acadêmica recente sobre estigma, discriminação, saúde e AIDS no Brasil. In: MONTEIRO, Simone; VILLELA, Wilza Villela (Orgs.). *Estigma e Saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.
- RIOS, Roger Raup. *Direito da Antidiscriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SEFFNER, Fernando; PARKER, Richard. A neoliberalização da prevenção do HIV e a resposta brasileira à AIDS. In: *Mito vs Realidade: sobre a resposta brasileira à epidemia de HIV E AIDS em 2016*. Rio de Janeiro: ABIA, 2016.
- TERTO JR., Veriano; CARVALHO, Felipe; VILLARDI, Pedro e VIEIRA, Marcela. A luta continua: avanços e retrocessos no acesso aos antirretrovirais no Brasil. In: *Mito vs Realidade: sobre a resposta brasileira à epidemia de HIV E AIDS em 2016*. Rio de Janeiro: ABIA, 2016.
- TERTO, Jr., Veriano. La seropositividad al VIH como identidad social y política en el Brasil. In: CÁCERES, Carlos (Org.). *Ciudadanía Sexual en América Latina: abriendo el debate*. Lima: Facultad de Salud Pública y Administración Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2004.

CIBERTRANSPARÊNCIA E OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Têmis Limberger*

Cibercidadania: expressão que traduz uma nova forma de a Administração Pública disponibilizar a informação em rede aos cidadãos, que pode não ser somente a utilização da ferramenta tecnológica, mas uma nova forma de gerenciamento público e das relações democráticas com a sociedade, que daí advenham. (PÉREZ LUÑO, 2004)

Introdução¹

A partir do modelo democrático instaurado pela Constituição Federal de 1988, o desenvolvimento do acesso às informações públicas foi potencializado pelas novas tecnologias. Completados 30 anos, pretende-se, por conta disso, que atinja a Idade da Razão (SARTRE, 1972), com a realização de ações acompanhadas de racionalidade e contorno constitucional. Experiências correlatas anteriores existiram, porém, sem a magnitude que apresentam hoje.

O direito de acesso à informação, referente aos órgãos públicos, com a amplitude atualmente verificada, é uma conquista decorrente da CF/88, estando expressamente assegurado no art. 5º, XXXIII. E este avanço, por no mínimo dois fatores: o regime democrático que se inaugurou há 30 anos no país e a inovação tecnológica trazida pela

* 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 A Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como a *Constituição Cidadã*, pois marca a conquista da democracia entre todos os cidadãos do país, após anos sob um regime de ditadura militar.

INTERNET, que potencializou a transmissão da informação em uma velocidade em tempo real.

Outra vantagem da informação em rede é a possibilidade do compartilhamento de uma maneira crítica e praticamente sem custo. Deste modo, os acontecimentos divulgados pela imprensa oficial e tradicional podem ser contestados na rede mundial, de forma rápida e econômica.

A informação é preventiva quando se disponibilizam dados e se permite a fiscalização *a priori* dos atos da administração que se relacionam a gastos públicos. Assim, a internet, também, tem sido utilizada para fomentar a transparência na administração pública brasileira, como, por exemplo, na utilização do *pregão* eletrônico, nas licitações, na divulgação dos gastos de campanha eleitoral, no sítio do Tribunal Superior Eleitoral, na publicidade dos dados de gestão fiscal e na lei de acesso à informação pública, incorporando a experiência do direito anglo-saxão – *accountability*.

As novas tecnologias permitem que a informação seja transmitida a uma velocidade sem precedentes históricos. No entanto, como todo fenômeno dotado de complexidade, a Internet não é algo que contenha apenas aspectos positivos ou negativos, constituindo uma ferramenta que pode ser utilizada de forma ambígua, abordando elementos que por ora agregam e, por vezes, desagregam.

A ideia de que seria possível criar um mundo perfeito na rede, isento de problemas, que transcendesse às injustiças e que, por consequência, fosse desnecessária a regulação jurídica, não prosperou. A internet não é este espaço neutro, veja-se a questão dos *hackers*, *spams*, *fake news*, pedofilia na internet, violação dos dados pessoais e a exclusão digital. Tudo isto nos faz refletir que as agruras da vida real, encontram no terreno virtual espaço fértil para sua disseminação. O desafio consiste, portanto, em utilizar o espaço de informação na internet em prol da efetividade dos direitos humanos. Não se desconhece os aspectos negativos, mas este trabalho se ocupará principalmente dos aspectos positivos da informação pública disponível em rede.

Na escrita deste estudo, parte-se da obra *Ciberciudadanía o Ciudadanía.com* de Pérez Luño (2004), para construir o conceito de Cibertranspa-

rencia – uma nova dimensão da informação pública em rede – e os 30 anos da Constituição Cidadã.

A administração pública e a transparência de dados como critério de desenvolvimento

No entendimento de Karl Peter Sommermann (2010, p. 25), a transparência administrativa é um elemento essencial na estratégia de restabelecer a confiança no sistema democrático e de salvaguardar o Estado de Direito em uma realidade sempre mais complexa. Logo, é importante resgatar e atualizar o brocardo romano: *Res publica, salus publica*.

É possível relacionar a ampliação da transparência à diminuição da corrupção e concretização dos direitos sociais, a partir de estudos estatísticos realizados. Veja-se a pesquisa internacionalmente produzida no ano de 2018, por organismo conhecido como *Transparency International – OIT*, onde os denominados países escandinavos possuem menor índice de corrupção no mundo. Foram analisados 180 países, classificados numa escala de zero a dez. Quanto menor a nota recebida, maior é o índice de corrupção. Desta forma, Dinamarca, Nova Zelândia e Finlândia figuraram em primeiro, segundo e terceiro lugares, respectivamente, com uma pontuação de 8,8, 8,7 e 8,5. Naqueles países, são inúmeras as informações disponíveis na internet. Na Finlândia, até mesmo os dados fiscais não são considerados de natureza privada, mas de interesse público, tornando possível a consulta desses dados por todos os cidadãos (SAARENPAÄ, 2004). Saliente-se que isto é possível em algumas sociedades, em razão da grande homogeneidade cultural e econômica, sendo que a exposição desta informação não gera risco aos cidadãos.

O Brasil, com a nota 3,5 [três inteiros e cinco décimos] ocupou apenas o 105º lugar (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2018). Em comparação com outros países da América Latina, constata-se que o Uruguai e o Chile se encontram, respectivamente, no 23º [7,0] e 27º [6,7] lugares, no nível de transparência.

Considerando que o Brasil é um país emergente economicamente, o Índice de Desenvolvimento Humano é da 79ª posição [IDH 0,759], em um *ranking* de 188 países, ocupando a quinta colocação na América do

Sul, sendo a educação um dos critérios que faz o país baixar de posição. Em contrapartida, o Chile ocupa a 44^a colocação [IDH 0,843], a Argentina em 47^o lugar [IDH 0,825] e o Uruguai o 55^o lugar [IDH 0,084] (UOL, 2019). Isso, portanto, indica o crescimento econômico maior do que a implementação dos direitos humanos e do nível de transparência, inclusive tendo em conta os países vizinhos.

A Finlândia, por sua vez, como exemplo de uma sociedade informacional, deriva-se de três centros de interesses básicos. O primeiro é a investigação do processo pelo qual o país converteu-se em uma das economias mais competitivas e em uma das sociedades tecnologicamente mais desenvolvidas do mundo, apresentando características sociais e institucionais que contrastam claramente com o modelo de *Silicon Valley* ou com a experiência asiática. Em segundo lugar, dada à importância do Estado de bem estar na Finlândia, é interessante entender seu papel no desenvolvimento da sociedade informacional. Como regra, há a desvinculação dos aspectos econômicos em uma economia liberal e as políticas públicas que podem ser atribuídas ao poder público. Procura-se, então, responder à terceira pergunta: o Estado de bem estar é uma força que contribui ao pleno desenvolvimento da informação? A diferença entre o modo finlandês e os de *Silicon Valley* e Singapura se evidencia no nível social. A tendência global da economia informacional é a de conectar a sua rede aquilo que é valioso para ela, mas desconectar a quem carece de valor. Isso tem como consequência uma crescente injustiça social em forma de desigualdade na renda, causando exclusão e pobreza (CASTELLS, 2002, p. 19-20).

Assim, a Finlândia desenvolveu as novas tecnologias fazendo com que a NOKIA fosse uma empresa de referência no setor dos aparelhos de telefonia celular. Porém, não se limitou a isto. O desenvolvimento ocorreu como um todo, por meio de políticas públicas², para as quais, até mesmo os

² Em tempos de discussão do papel do Estado e qual o seu limite de intervenção na sociedade e no mercado, tem-se que o Estado é o principal formulador das políticas de desenvolvimento, ao introduzir a dimensão política no cálculo econômico, em busca da constituição de um sistema econômico nacional. Deste conceito é possível extrair que o processo de formulação das políticas públicas é decorrência de diversos fatores econômicos, políticos e ideológicos. O Estado promove o debate com todas estas forças e nasce a lei, resultado deste embate, cabendo-lhe depois a sua implementação.

hackers com condenação criminal, incorporados ao programa, ajudaram a desenvolver o sistema de segurança informático (BERCOVICCI, 2006, p. 143). Isto denota que até a atividade praticada considerada, anteriormente, ilícita foi incorporada permitindo o uso destas inteligências para um uso colaborativo em prol do desenvolvimento social.

Do estudo da experiência finlandesa, percebe-se, assim, que não basta o investimento nas novas tecnologias, sendo necessário o desenvolvimento de um projeto de maneira sistêmica a contemplar o poder público e o setor privado e, concomitantemente, engajar a sociedade.

A transparência como desiderato constitucional

A discussão de esfera pública e privada é algo que remonta à Antiguidade (SARTORI, 1997, p. 363), com as especificidades próprias³. O Digesto (LAFER, 1988, p. 243) inicia explicando que existem duas posições no estudo da justiça e do direito: a do público e do privado, afirmando que o direito público é o que diz respeito ao estado da república, e o direito privado o que diz respeito aos particulares e estatui a respeito das coisas com utilidades pública e/ou particular [Digesto, 1, 1, 1]. Nesta perspectiva, esta diferenciação tem como objetivo estatuir a supremacia do público com relação ao privado [Digesto, 2, 14, 32].

Para os gregos, o vocábulo utilizado é *idion* (SARTORI, 1997, p. 353) para expressar o privado, em contraste com *koinón*, que designava o elemento comum. O primeiro vocábulo designa uma existência incompleta e imperfeita com relação à comunidade. Daí deriva o vocábulo *idiótes* (MACHADO, 2003, p. 258), que era um homem vulgar, ignorante e sem valor, que somente se interessava por si mesmo⁴. Neste sentido pejorativo, a palavra idiota (FERREIRA, 1986, p. 914) permaneceu entre nós para expressar uma pessoa pouco inteligente, ignorante, estúpida, sendo que a associação com a preocupação individual desapareceu.

³ No sentido que a liberdade dos antigos é diferente da liberdade dos modernos.

⁴ A etimologia de idiota, do grego *idiótes*, particular, em oposição a rei, homem público, homem de estado.

Da lição dos povos antigos, pode-se extrair que a *res publica*, de longa data, traz em si a noção de que a esfera pública deve publicizar os seus atos. Desta ideia conclui-se a importância do cidadão informar-se. Como decorrência, tem-se a informação como elemento formador da opinião pública. Quando esta não ocorre, há a des-informação e o não cumprimento do princípio democrático.

Hannah Arendt (2001, p. 59), ao discutir a esfera do público, 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.

Kant pode ser considerado o ponto de partida de todo o discurso sobre a necessidade de visibilidade do poder (BOBBIO, 2000, p. 103). No segundo Apêndice à Paz Perpétua, intitulado *Do acordo entre a política e a moral segundo o conceito transcendental de direito público*, o autor estatui o seguinte princípio: *Todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas*. A partir deste enunciado, pretendeu Kant garantir a uniformidade da política e da moral mediante a publicidade (SMEND, 1985, p. 277).

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.

O que distingue o poder democrático do autocrático é que apenas o primeiro, por meio da livre crítica, pode desenvolver em si mesmo os anti-

corpos e permitir formas de desocultamento. A democracia como poder visível, que permite ao cidadão o controle por parte quem detém o poder.

Comparada ao modelo liberal, a informação possui uma nota distinta no Estado Democrático de Direito, sendo 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. 33-35), 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. 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 Pricipiologismo* (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. Embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a administração pública, a partir dos já enunciados, deles pode-se extrair, demonstrando 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. 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.

No Brasil, aos poucos se desenvolve a consciência com relação à importância da preocupação com o orçamento, que existe há muito tempo em outros estados, como por exemplo: Inglaterra e EUA. O fato de a informação estar mais disponível enseja um maior cuidado com o trato do dinheiro público. Por consequência, os Estados em que há maior transparência na informação são aqueles em que o nível de corrupção é menor. O melhor gerenciamento dos recursos públicos propicia a maior concretização dos direitos sociais e isso é importante, principalmente, nos países de modernidade tardia (STRECK, 2003, p. 122).

A realização do princípio da publicidade, portanto, constitui um dever da administração e se complementa com o direito à informação do cidadão. Desta atuação e dos demais princípios que regem a administração pública, tem-se a contribuição da implementação do Estado Democrático de Direito.

Cibertransparência: um novo conceito

A palavra *ciberespaço* foi inventada em 1984 por William Gibson (2008) quando escreveu o romance de ficção *Neuromancer*. Neste livro, o termo designa o universo das redes digitais, descrito como campo de batalha entre as multinacionais, palco de conflitos mundiais, nova fronteira econômica e cultural.

A expressão *ciber* encontra origem nos trabalhos de Cass Sustein – *República.com* e de Pérez Luño – *Ciberciudadania o ciudadania.com*. daí o objetivo de cunhar uma expressão que traduza esta nova forma de a administração disponibilizar a informação em rede para com os administrados, que não é somente a utilização da ferramenta tecnológica, mas uma nova forma de gerenciamento público e das relações democráticas com a sociedade, que daí advenham.

A transparência, por sua vez, é a possibilidade de o cidadão ter acesso à informação pública, enquanto a publicidade seria o movimento que a administração dá a conhecer os seus atos. A publicidade e a transparência, portanto, são dois movimentos distintos, porém na mesma direção. A publicidade parte do conhecimento dos atos da administração para a coletividade, enquanto a transparência permite ao cidadão o acesso à informação pública. A transparência é uma composição decorrente do princípio da publicidade, do direito à informação, relacionada ao princípio democrático. É a administração agindo em conformidade com o seu dever de tornar público seus atos, com o objetivo de informar o cidadão e fortalecer a cultura democrática.

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.

Norberto Bobbio (2000, p. 103), ao tratar das relações da democracia com o poder invisível, estatui que a publicidade é entendida como uma categoria tipicamente iluminista na medida em que representa um dos aspectos da batalha de quem se considera chamado a derrotar o reino das trevas. Utiliza-se, por isso, a metáfora da luz, do clareamento para contrastar o poder visível do invisível. A visibilidade vai fornecer a acessibilidade e a possibilidade de controle dos atos públicos. Daí se origina a polêmica do iluminismo contra o Estado absoluto, a exigência da publicidade com relação aos atos do monarca fundados no poder divino. O triunfo dos iluministas tem como resultado o art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (RIALS, 1995, p. 5), que prevê o direito da sociedade de pedir contas a todo o agente público incumbido da administração.

Assinala-se que a Suécia, em 1766, foi o primeiro país a abrir acesso à documentação pública com *The freedom of the press act* (CANAVAGGIO, 2013, p. 180). Este direito evolui e vem consolidado no século XXI, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2000), que no artigo 41, prevê o direito a uma boa administração. O Princípio referente à boa administração se constitui em um feixe

de direitos, devendo, no exame da tomada de decisão administrativa, ser verificado mais do que a legalidade, avaliando-se a eficiência, a economicidade, a probidade e a eficácia da gestão pública (FREITAS, 2009, p. 460-461).

Deste modo, a revolução tecnológica *visa propiciar uma administração mais eficiente e eficaz, mais próxima ao cidadão, mais moderna, mais rápida, que permita oferecer ao cidadão um serviço muito melhor. Exige-se uma administração mais transparente, democrática, mais controlada, mais acessível, mais respeitosa com a privacidade.* A esta assertiva, poder-se-ia acrescentar: os direitos humanos, de uma maneira ampla (PIÑAR MAÑAS, 2011, p. 30).

Vale referir, por conseguinte, que quando o poder estatal faz uso das novas tecnologias para tornar disponível a informação pública na internet, torna possível a participação do cidadão nos assuntos públicos, propiciando, ainda, o controle social e, conseqüentemente, a fiscalização do gasto estatal. A isto se denomina cibertransparência (LIMBERGER, 2016, p. 45).

A utilização da Internet como instrumento de transparência pelo Poder Público

As ferramentas tecnológicas têm servido para auxiliar os mecanismos de transparência na gestão fiscal. Antes do advento da Lei de Acesso à Informação Pública, algumas experiências se destacaram, dentre as quais a Lei de Responsabilidade Fiscal.

No Brasil, por exemplo, quais informações públicas devem ser disponibilizadas na internet, no tocante às licitações? As principais fases, aquelas dispensadas, inexigíveis ou na fase da execução contratual. Isto permite um acompanhamento de todas as etapas pelo cidadão, em rede, e um fortalecimento do controle social. A população, assim, pode acompanhar aquela informação disponível virtualmente para verificar se isto ocorre na realidade. Em caso de disparidade, poderá denunciar aos organismos competentes [Ministério Público, Tribunal de Contas etc.] ou tomar as providências em nome próprio por meio de ação popular.

A Lei nº 101/2000, que disciplina a Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF, com as alterações da Lei Complementar nº 131/2009 institui a publi-

cação dos gastos da administração em rede, de forma padronizada. Os artigos 48 e 49 foram inspirados na noção de *accountability*, do direito anglosaxão (PEDERIVA, 1998, p. 18). Tal aponta para uma melhor transparência, caso os dados sejam disponibilizados de maneira uniforme e com as informações relevantes colocadas em rede. A padronização combinada com as diferenças do ente administrado, é importante, uma vez que existe grande número de municípios no Brasil.

A Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação Pública – LAI, busca difundir a Informação Pública na Internet, constituindo um espectro importante, pois significa um avanço em matéria de transparência. No entanto, suscita algumas questões para reflexão. Impõe o dever dos entes da administração de publicizarem dados, que se forem colocados efetivamente em rede e tiverem uma correta utilização, podem contribuir ao debate democrático e ao controle social.

A informação pública, sempre que possível, deve ser disponibilizada de uma maneira padronizada. Imagine-se um país com dimensões continentais do Brasil, se cada um dos 5.570 municípios dos 26 estados da Federação lançar seus dados de uma maneira, o acesso amplo e efetivo pelo cidadão ficará prejudicado. Os portais de transparência com informações facilitadas auxiliam a acessibilidade daqueles que buscam os dados. No Brasil, porém, o debate ainda está restrito, por vezes, à informação dos vencimentos dos servidores públicos, sem que se tenha conferido a atenção necessária às licitações e outros repasses estatais a grupos privados.

Na busca de compartilhar a informação de uma forma mais abrangente, têm-se, ainda, os denominados Dados Abertos, que são livremente disponíveis para todos utilizarem e redistribuírem como desejarem, sem restrição de licenças, patentes ou mecanismos de controle, tendo sido instituídos pelo Decreto nº 8.777/2016, depois de sancionada a LAI. Na prática, a filosofia de dados abertos estipula algumas restrições tecnológicas para que os dados sejam legíveis por máquina. Todo dado público tem vocação para ser dado aberto. Como praticamente todo dado governamental é público, é imprescindível que os governos passem a implementar políticas que possibilitem a sua disponibilização (BRASIL, 2018).

Apesar de alguns esforços que já foram feitos, neste avanço tecnológico, algumas dificuldades ainda podem ser apontadas no setor público. A principal é a falta de padronização e comunicação entre todos sistemas que trabalham no setor público (SANTANNA; LIMBERGER, 2018, p. 130-155), como forma de integrar as instituições e coibir o ilícito. Cita-se exemplificativamente, a não integração de todas as Polícias Cíveis de todos os estados da Federação, cartórios e registros de Imóveis com os Fiscos, bancos, Ministério Público, Poder Judiciário, Tribunal de Contas, nas áreas estaduais e federais etc.

A informação pública em rede é um universo com inegáveis avanços, mas com desafios de padronização e comunicação dos sistemas como forma de torná-los mais integrados e cumprir as tarefas que são destinadas aos poderes e instituições públicas.

A proteção dos dados pessoais como limite à informação pública

A Constituição Federal de 1988, acolhendo a distinção proveniente da doutrina e jurisprudência alemãs, concernente à teoria das esferas (COSTA JR., 1970, p. 31) ou dos círculos concêntricos (DONEDA, 2006, p. 108-109), assegura em seu artigo 5º, X, os direitos à intimidade e à privacidade. No espectro de proteção aos dados pessoais, algumas leis são referências como: o Marco Civil da Internet [Lei nº 12.965/2014], que em seu artigo 3º, III, já previu a proteção dos dados pessoais, na forma da lei, a qual, somente agora, foi editada.

O Marco Civil prevê o consentimento na coleta dos dados [artigo 7º, IX] e o agir de maneira transparente [artigo 9º, II]. O Provedor somente é responsabilizado se não cumprir a ordem judicial de retirada dos dados [artigo 19]. Este dispositivo legal, burocratizou a celeridade da via administrativa que acontecia, até então.

Devido ao comando do artigo 5º, XXXIII, da CF, que reconhece a todos o direito ao acesso à informação contida nos órgãos públicos, sendo o interesse particular ou coletivo, foi promulgada a Lei de Acesso à Informação Pública [Lei nº 12.527/2011], determinando aos órgãos públicos a disponibilização de informação referente a despesas públicas realizadas com vencimentos ou licitações, sendo a regra a publicidade, e o sigilo a

exceção. A lei inverteu a orientação até então existente, quando os princípios tinham aplicação contrária. Atualmente, aquele que requer a informação tem de se identificar, uma vez que, recebendo-a, ficará responsável por sua utilização.

Recentemente, foi aprovada a Lei nº 13.709, de 14/08/2018, que conferiu proteção de dados no país [LBPD], de forma específica, e entrará em vigor em 18 meses, portanto, em fevereiro de 2020. A lei inova na proteção de dados no Brasil. Porém, nasceu com uma debilidade ao deixar de prever a Agência de Proteção de Dados a Autoridade de Proteção de Dados Pessoais. A criação do referido órgão foi vetada, representando um entrave concreto à efetiva proteção de dados, quando, finalmente, editada a Lei de Proteção de Dados em nosso país.

A não criação da Agência, conforme mencionado, cria embaraços de duas ordens [exterior e interior], como mínimo: a que o Brasil seja considerado um país com confiabilidade em matéria de proteção de dados, frente à comunidade internacional, diminuindo a potencialidade dos negócios comerciais e, internamente, não propicia a cultura da proteção de dados. A inexistência de autoridades administrativas para proteção dos dados, tal qual existe na Europa, leva à sobrecarga dos tribunais, propiciando uma judicialização excessiva (WENECK VIANNA, 1999). As agências administrativas poderiam contribuir desde que operassem com imparcialidade e celeridade, diminuindo os conflitos que acodem ao Poder Judiciário. Ademais, estatuir a ANPD colocaria o país no patamar internacional de proteção de dados, além de fomentar a cultura de preservação dos mesmos.

No tocante à LBPD⁵ propriamente dita, assinala-se que esta se articula, a partir de cinco temas (MENDES, 2018, p. 469-483): a) a unidade e generalidade da aplicação da Lei; b) legitimação para o tratamento de dados [situações de autorização]; c) princípios e direitos do titular; d) o-

⁵ No entanto, em dezembro de 2018, a Medida Provisória nº 869/2018, além de alterar para 24 meses o prazo de entrada em vigor Lei nº 13.709, de 14/08/2018, dispôs a respeito da criação da Agência de Proteção de Dados, dentro da Estrutura do Poder Executivo. Contudo, até maio de 2019, não foi convertida em lei. Existe também uma proposta de PEC 17/2019 para instituir a proteção de dados como um direito fundamental do cidadão [art. 5º, XII, A].

brigações dos agentes de tratamento de dados; e) responsabilização dos agentes.

A proteção dos dados pessoais representa um limite à informação pública em rede. O direito como um todo e o direito administrativo, em particular, precisará rever posições diante da Inteligência Artificial, com vigorosa transparência das decisões algorítmicas (FREITAS, 2019, p. 15-29).

Percebe-se, portanto, que a LGPD é tímida, devido a não previsão de uma Autoridade Nacional (BRASIL, 2019), mas representa um passo inicial importante, rumo à proteção de dados.

Considerações finais

A informação significa formação da opinião cidadã, estando relacionada à prevenção, pois confere visibilidade aos dados públicos, permitindo que aquela seja disponibilizada, desde logo, diminuindo-se os atos fraudulentos. Constitui-se, também, em estímulo às boas práticas, incrementando a função promocional do direito e não somente a repressiva.

As novas tecnologias, por sua vez, tem um papel fundamental no regime democrático, pois permitem uma divulgação da informação pública de forma potencializada, na medida em que atingem um grande número de cidadãos.

No Brasil, a experiência de acesso à informação pública é recente e ainda está por desafiar a sua aplicação em alguns setores. Daí, pode-se sustentar que a Lei de Acesso à Informação Pública, criada a partir do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, permite que o cidadão exerça o controle social, a partir da informação disponibilizada em rede ou provoque os controles administrativo, do Ministério Público e/ou judicial. Incrementa-se a melhoria da comunicação entre o poder público e a cidadania, propicia a criação de espaços públicos em rede, que podem servir para fortalecer os controles clássicos da administração e o controle social. Trata-se de uma nova forma de interação, estabelecida, a partir da informação pública.

As novas tecnologias significam muito mais do que a simples utilização da ferramenta eletrônica pela administração. Podem servir para

tornar a interação cidadão-poder público mais democrática, permitindo a aproximação, a participação e a fiscalização do cidadão com relação aos atos praticados pelos gestores públicos. O desafio, portanto, é de que a informática seja utilizada como um novo paradigma destinado a contribuir com a concretização dos direitos humanos e de uma administração pública mais transparente.

A partir da agilidade da administração na construção de respostas aos administrados, na acessibilidade da informação pública, da fiscalização dos atos administrativos, é que propicia o controle social. Desta possibilidade de pedir, receber e construir informação, advém uma reaproximação do cidadão com relação aos atos do Estado.

A administração pública quando disponibiliza dados, deve fazê-lo de maneira clara e padronizada, sempre que possível, para permitir e facilitar o acesso, assim como a compreensão da informação pública. Esta informação, porém, não é ilimitada, devendo respeitar os direitos fundamentais, em geral; e de privacidade, intimidade e proteção dos dados pessoais do cidadão, em especial.

Por suas características de flexibilidade, adaptação e ausência de centralidade, a informação pública em rede pode constituir um instrumento eficaz de diminuição de corrupção, propiciando a visualização de zonas de opacidade, e possibilitando o acesso do cidadão ou dos agentes públicos vinculados a instituições, as quais incumbem a atribuição de zelar pelo patrimônio público.

A transparência é uma via de mão dupla. De um lado, a Administração tem o dever de dar publicidade aos seus atos e, por outro, o cidadão tem o direito a ser informado dos assuntos públicos. Quando o poder estatal faz uso das novas tecnologias para tornar disponível a informação pública na internet, permite a participação do cidadão nos assuntos públicos, propiciando o controle social e, conseqüentemente, a fiscalização do gasto estatal, a isto se denomina cibertransparência. A proteção dos dados pessoais se constitui em um limite à informação pública em rede.

Desta forma, informação pública veiculada na internet e a cidadania e as instituições públicas fazendo uso desta importante ferramenta,

faz com que se possa incrementar e fortalecer a democracia na história constitucional brasileira.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BERCOVICCI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: Mª BUCCI, Paula Dallari. *Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL, *Portal Brasileiro de Dados Abertos*, 2018. Disponível em: <<http://dados.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Câmara aprova MP que recria órgão para proteção de dados pessoais (ANPD)*. Publicada em 28/05/2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 05 mai. 2019.
- CANAVAGGIO, Perrine. El acceso a la información pública en el mundo: Un derecho humano emergente. In: FERREIRA, Alexsandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito Coletivo de acesso à informação pública – Um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C*. Ano 13, n. 53 – jul./set. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka. *La sociedad de la información y el Estado del bienestar – El modelo finlandês*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- COSTA JR., Paulo José da. *O direito a estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 21ª reimp. da 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.

- FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. *Revista Interesse Público*. Ano 21, nº 114, p. 15/29, mar/abr. 2019.
- GIBSON, Willian. *Neuromancer*. Tradução: Fábio Fernandes. São Paulo: Editora Aleph, 2008.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- MACHADO, José Pedro. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. vol. III, 8ª ed., Lisboa: Livros Horizonte LTDA, 2003.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. , p. 469-483, dez. 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial* (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PEDERIVA, João Henrique. Accountability, Constituição e Contabilidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 140, 1998.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ciberciudadanía@ o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Administración Electrónica y Ciudadanos*. Pamplona: Thomson Reuters – Civitas, Aranzadi Ed, 2011.
- RIALS, Stéphane. *Que sais-je? Textes constitutionnels français*. 11e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- SAARENPÄ Ahti. *From de Information Society to the legal Network Society, ID-card and eletronic services*. Conferência proferida no dia 7 de novembro, no X Congresso Iberoamericano de Derecho e Informática, Santiago do Chile, 6 a 9 de novembro, 2004.

- SANTANNA, Gustavo; LIMBERGER, Têmis. A (in)eficiência do processo judicial eletrônico na sociedade da informação. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 16, nº 22, p. 130-155, jan./jun. 2018.
- SARTORI, Giovanni. *Teoria democracia*. vol. 2, Madrid: Alianza Ed., 1997.
- SARTRE, Jean Paul. *A idade da razão*. São Paulo: Abril, 1972.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. La exigência de uma administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. In: Ricardo García Macho (ed). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2018*. Corruption chips away at democracy to produce a vicious cycle, where corruption undermines democratic institutions and, in turn, weak institutions are less able to control corruption, 2018. Disponível em: <<https://www.transparency.org>>. Acesso em: 06 mai. 2019.
- 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: 27 mai. 2019.
- UOL. *IDH 2018: Brasil ocupa a 79ª posição. Veja a lista completa*. Publicada em 14/09/2018, atualizada em 19/03/2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br>>. Acesso em: 05 mai. 2019.
- VILLAVARDE MENÉZES, Ignacio. *Estado democrático e información: El derecho a ser informado y La Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias: Oviedo, 1994.
- WENECK VIANNA, Luiz. *et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

UM TRIÁLOGO SOBRE SEGURANÇA, LIBERDADES E IGUALDADE

Vicente de Paulo Barretto*

Luciano Filizola da Silva

Reflexões freudianas sobre segurança e felicidade

Em 1930, Freud lançava em Viena o livro, escrito no ano anterior, em Nova York, sobre as origens da infelicidade humana: *O mal-estar na civilização* (FREUD, 2011). Embora tenha maior relevância no campo da sociologia do que no da psicanálise, não deixa de enfrentar o problema sob o ponto de vista das frustrações, gozos, sexualidade, desejos reprimidos e quais os desafios que o homem encontra no processo de atingir a felicidade. Segundo Freud, a pessoa humana orienta as suas decisões e ações na busca da felicidade, sendo esta o fim último da existência humana, como considerava Aristóteles (*Ética a Nicomaco*, 1095a, 15-20). Os seres humanos procuram e desejam se tornar e permanecer felizes, busca essa que, entretanto, possui dois lados: um positivo, através da satisfação de prazeres e outro negativo, ao tentar evitar a dor e a frustração.

O entendimento de que a pessoa busca em sua vida a realização da felicidade, Freud, de pronto, identifica essa finalidade, sempre como uma experiência frustrada. Considera Freud que aquilo que se chama “felicidade”, seria a “satisfação repentina de necessidades altamente represadas, e, por sua natureza, sendo possível apenas como fenômeno episódico” (FREUD, 2011, p. 20). A manutenção de um estado permanente de felicidade seria inexequível, ocorrendo na vida humana apenas episódios de bem estar, sendo muito mais comum a experiência do seu oposto, diante das incessantes angústias e misérias pelas quais passa o ser humano

* Livre Docente em Filosofia (PUC-RJ) com pós-doutorado em Direito (Maison des Sciences de l'Homme). Professor dos programas de pós-graduação em direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, e da Universidade Estácio de Sá, UNESA.

na sua vivencia cotidiana. Nessas experiências frustrantes é compreensível e mais comum que o homem reduza as suas pretensões à felicidade.

É claro que a experiência demonstra que existem vários recursos para que se alcancem esses raros momentos de felicidade, destacando-se entre eles, argumenta Freud, o uso de diferentes tipos de narcóticos. Freud considera que o uso dos narcóticos possibilita o acesso imediato a um prazer que auxiliaria na diminuição das pressões da realidade, levando o ser humano para um mundo próprio em que o homem poderia ter melhores condições de viver a sua sensibilidade (FREUD, 2011, p. 22).

Outra forma de se buscar prazer seria pelo deslocamento de instintos para fontes de trabalho psíquico e intelectual, como se vê na alegria do artista ao criar e do cientista em sua pesquisa. A principal crítica a essa forma de busca da felicidade consiste em que não é de aplicação geral, pelo fato de que poucos lhes têm acesso, além de não proporcionar uma garantia completa contra o sofrimento, o que também é válido para aqueles que buscam conforto e fuga na fruição dessas obras.

No caso de se enxergar na própria humanidade a causa de todo sofrimento há quem busque no completo isolamento a solução para tais males. O sujeito pode se afastar de todos como um eremita ou tentar criar seu próprio mundo na tentativa de eliminar tudo aquilo que gera desconforto e substituí-lo por novos modelos. Porém, como alerta o autor, quem buscar a felicidade por esse caminho nada alcançará, pois “a realidade é forte demais para ele” (FREUD, 2011, p. 25), e diante de infortúnios não encontrará ninguém que o auxilie. E mesmo ciente de não esgotar as possibilidades de busca, Freud ainda indica o desenvolvimento da técnica da arte de viver, que nada mais é do que a orientação de vida que tem o amor como fundamento, que espera toda satisfação do amar e ser amado. Como uma de suas formas, o amor sexual, proporciona uma das experiências mais intensas de prazer, nada mais lógico do que buscá-lo no igual caminho em que o mesmo foi encontrado primeiro.

Todavia, observa que nada deixa o homem mais ao desamparo diante do sofrimento do que o amor, pois nada causa maior infelicidade que a perda do objeto amado, e esta seria sua grande armadilha. Diante de tais conclusões, acrescenta que mesmo sendo o programa de ser feliz

algo irrealizável, em razão do princípio do prazer não será permitido ao homem deixar de envidar esforços para tornar menos distante a sua realização. Mas, a questão que surge é por que a felicidade seria inalcançável? Por qual motivo, independente do empenho dispendido, a felicidade seria algo inatingível?

Embora Freud identifique vários infortúnios, como doenças e desastres naturais, capazes de causar dor e sofrimento, a principal razão encontra-se na civilização e seus aspectos culturais, no sentido de que ao buscar segurança junto à convivência de seus iguais e ao se submeter às regras de convivência, o homem sacrificou a sua liberdade inerente deixando o espaço para a manifestação dos seus instintos primitivos, que permanecem latentes e tensionados no quadro das relações sociais.

Essa leitura se aproxima muito do hipotético estado de natureza dos teóricos do contratualismo, à frente Thomas Hobbes com o clássico, *Leviatã*. Hobbes explora em toda a sua extensão a explicação para o surgimento de sociedade civil como etapa necessária para a superação do estado de guerra, quando o homem é o lobo do outro homem, *homo homine lúpus est* (*Leviatã*, cap. XIII).

Na perspectiva contratualista, a liberdade do estado de natureza expunha o homem aos vários perigos da vida selvagem, intempéries e ataque de inimigos, levando-o a buscar abrigo na vida em comunidade e na criação do Estado, a fim de lhe garantir segurança e bem estar através do Direito.

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária... das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas. (Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Cap. XVIII)

No entanto, ao se submeter às regras de convivência, mesmo usufruindo de todos os benefícios da civilização, a segurança contra o outro, os avanços da ciência, o conforto propiciado pelo progresso, a limpeza e a ordem, o homem vê seus instintos, sua liberdade cerceada em nome do coletivo. Já não é mais possível exercer livremente suas paixões, ocasionando um constante conflito com a sua natureza.

Não sendo a liberdade um bem cultural, ela passa a experimentar restrições e o direito impõe que ninguém escape a elas, fazendo com que esse impulso se dirija contra determinadas formas e reivindicações da civilização. Assim, para Freud, por melhor que sejam os bens conquistados pela civilização, esses não seriam suficientes para reduzir o sofrimento causado pelas tensões reprimidas do homem, nem mesmo quando chama um dos princípios mais caros da vida em comunidade que seria o “amor ao próximo”.

Freud entende que tal atitude seria no mínimo ingênua. Pois, segundo ele, sendo o amor algo precioso, não deverá ser despendido de maneira tão irresponsável, só devendo ser oferecido a quem realmente o mereça. E mais, o estranho deveria ter muito mais direito à hostilidade, uma vez que a natureza humana é muito mais voltada para a agressividade e exploração do outro do que para a brandura.

E como o homem lida com essa agressividade no estágio civilizatório? Também deverá ser reprimida pelo direito e pela cultura, que irá internalizá-la, sendo dirigida para o próprio Eu e encontrada pelo Super-eu (consciência), que passa a exercer contra o Eu a mesma agressividade que o Eu gostaria de realizar. Essa tensão é o que Freud chama de culpa, a qual se manifesta como necessidade de punição (FREUD, 2011, p. 69).

Nesse diapasão, “a civilização controla então o perigoso prazer em agredir que tem o indivíduo, ao enfraquecê-lo, desarmá-lo e fazer com que seja vigiado por uma instância em seu interior, como por uma guarnição numa cidade conquistada” (FREUD, 2011, p. 69), levando-o a um duplo sofrimento, pois além de ver seus instintos naturais, sua liberdade frustrada, a civilização ainda constrói em si o sentimento de culpa.

Daí, conclui Freud numa perspectiva bastante pessimista, que não é possível ao homem alcançar a felicidade. Segundo ele, “o homem pri-

mitivo estava em situação melhor, pois não conhecia restrições ao instinto. Em compensação era mínima a segurança de desfrutar essa felicidade por muito tempo”, ou seja, “o homem civilizado trocou um tanto de felicidade por um tanto de segurança” (FREUD, 2011, p. 61).

Diante dessa reflexão, seria, de fato, a felicidade algo inacessível? Nesse sacrifício de liberdades em busca de segurança não haveria nenhum ponto a ser considerado na busca de um equilíbrio? E em que momento essas questões passam a ser relevantes para o direito penal e políticas de segurança pública? Mais de 30 anos depois da publicação de “*O mal-estar na civilização*”, tais questões começam a ser analisadas na Europa e no Brasil.

Direito à segurança e a criminologia crítica de Alessandro Baratta

Alessandro Baratta, professor na Universidade de Saarland, Alemanha, e um dos precursores e maiores defensores da criminologia crítica, ajudou a desenvolver um olhar pessimista sobre o direito penal, defendendo sua redução como caminho para que um dia se tornasse desnecessário, realizando assim o programa abolicionista. Partindo de uma perspectiva marxista, a criminologia crítica tem como objeto de estudo os processos de criminalização e identifica no processo seletivo no sistema penal, um alvo principal público, os jovens de menor poder aquisitivo. Esse entendimento é uma adaptação extensiva da teoria clássica do conflito de classes, adaptado ao sistema penal, que se constitui no entendimento de Baratta, um instrumento de controle social dos desvalidos da sociedade. A partir dessa premissa, Baratta sugere quatro estratégias para uma “política criminal” sob a perspectiva das classes menos favorecidas, por ele chamadas de classes subalternas (BARATTA, 1999, p. 200).

Inicialmente, diferencia as políticas criminais das chamadas “políticas penais”, mais circunscritas ao âmbito da função punitiva do Estado (lei penal, sua aplicação, execução penal e medida de segurança). As políticas criminais deveriam então ser entendidas num sentido amplo, como políticas de transformação social e institucional, aptas para assegurar o desenvolvimento da igualdade, da democracia e de formas de vida comunitária e civil mais humanas.

Em segundo lugar, a proposta da criminologia crítica consiste em procurar um melhor equilíbrio no âmbito da distribuição punitiva a fim de mitigar a desigualdade própria do direito penal. Dessa forma, a distribuição punitiva recairia sobre a criminalidade organizada e econômica, reduzindo assim sua atuação de forma expressiva sobre fatos de menor relevância, como os crimes que não lesionam um bem jurídico ou os que podem ser tutelados por outros ramos do direito, mais pertinentes ao âmbito cível ou administrativo.

O terceiro caminho levaria à extinção das instituições carcerárias, que se iniciaria pela ampliação das medidas alternativas, tendo em vista a plena consciência da falência histórica da instituição do cárcere, sustenta Baratta, para fins de controle da criminalidade ou de recuperação do indivíduo através de um processo de marginalização e isolamento seletivo.

E, por fim, se faz necessária, argumenta Baratta, uma ampla discussão para o desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo do desvio e da criminalidade, permitindo uma reflexão cultural sobre o quanto a opinião pública pode ser influenciada na criação de medos e estereótipos, através dos meios de comunicação de massa (e atualmente pelas redes sociais) que irão influenciar diretamente na legitimação de políticas penais emergenciais e que interessam à classe dominante.

Diante do diagnóstico de tais problemas próprios de um sistema penal inserido num modelo capitalista e com tais propostas ousadas e objeto de muita resistência, Baratta, na virada do milênio, já vislumbrava o grande desafio a ser enfrentado por juristas, agências governamentais, advogados e pesquisadores. Todas essas questões decorrem da busca na sociedade contemporânea de mais segurança e quais os melhores caminhos para alcançá-la e/ou mantê-la. Tal como na *Laranja Mecânica*, obra distópica de Anthony Burgess, magistralmente adaptada para o cinema por Stanley Kubrick, o ponto em debate não é a segurança, mas sim até que ponto se está disposto a chegar para tê-la, quais direitos fundamentais admite-se sacrificar para conseguí-la. Neste processo a felicidade encontra-se à deriva, impossibilitada, como sustentava Freud, de ser atingida pelo ser humano

Baratta irá tentar demonstrar esse conflito e sustentar uma posição identificando o papel da segurança no emaranhado de direitos amparados pelo Estado, e considera esse direito como secundário se comparado, numa perspectiva histórico-social, com as necessidades primárias do homem (como roupas, alimento e abrigo). Neste sentido Baratta se aproxima de Freud ao perceber os sacrifícios realizados pelo homem na busca dessa segurança e encontrar-se obrigado a determinar limites às liberdades e consequentes direitos da sociedade liberal.

A necessidade de segurança seria a necessidade de certeza de satisfação de necessidades, que, de acordo com Baratta, devem ser entendidas sob dois aspectos: discursivo (reflexivo), que é o objeto do desejo numa construção de necessidades primárias na esfera do intelecto e da linguagem e temporal, que se concretiza através da continuidade, manutenção da satisfação dessa necessidade (BARATTA, 2001).

Ainda assim é importante diferenciar a segurança sob duas perspectivas: segundo uma teoria sociológica do direito, a segurança é um estado de fato, a estabilidade da vida no que se refere a maior probabilidade de se evitar danos num ambiente em que se é possível realizar atividades diárias com um mínimo de riscos às projeções realizadas, o que deveria ser garantida pelo direito, através da tutela normativa dos bens jurídicos, valores relevantes para a sociedade (BARATTA, 2001).

Quanto a uma teoria normativa da segurança a questão é sobre a validade ideal do direito numa visão interna (segundo o direito), a qual se dá normativamente através de leis claras, segurança jurídica e acesso às instituições, ou seja, permitindo maior previsibilidade pelo cidadão quanto ao alcance de seus direitos e deveres e disponibilizando mecanismos para resguardar tais garantias.

Para Baratta, um direito fundamental à segurança seria falso, supérfluo, pois antes de se falar do direito à segurança mais correto seria tratar da segurança dos direitos ou o “direito de exercer seus direitos”, pois, caso contrário, corre-se o risco de se privilegiar a força no lugar do direito, principalmente numa sociedade de controle que tende a selecionar os direitos de grupos privilegiados em detrimento dos menos favorecidos.

Uma política integral dos direitos humanos é um modelo legítimo e para isso deve se reconstruir a demanda por segurança em que a política de prevenção de delito e o direito penal serão eficazes apenas se operarem de maneira subsidiária, pois a luta contra a criminalidade também é uma luta contra a exclusão social. Com a crescente desigualdade social determina-se o estereótipo dos perigosos, conteúdo específico do sentimento de insegurança, e uma política de segurança dirigida exclusivamente ao controle da população que fora reduzida a papéis precários do processo de produção ou que ficaram sem qualquer papel. Como assevera o autor “a espiral de exclusão se eleva, com o paradoxo de que o controle do risco aumenta o risco e a segurança dos assegurados se torna precária. No lugar de aumentar a segurança de poucos, cresce a insegurança de todos” (BARATTA, 2001, p. 14).

Para ele seria difícil cidades seguras nas condições impostas por uma economia neoliberal, segundo a qual o Estado reduz suas intervenções na economia e em outras áreas de amparo social incrementando privatizações e um sistema penal seletivo que recai sobre os grupos marginalizados e descontentes, pois, apenas com a segurança dos direitos, tais como acesso à educação e emprego digno, diminui-se a insegurança de um modo geral, com uma sociedade mais justa e igualitária.

Para tanto se propõe uma mudança na política, passando de um modelo tecnocrático, em que os políticos são técnicos e os cidadãos espectadores, para um modelo efetivamente democrático, em que os cidadãos se fazem representar, atuando efetivamente, o que ele chama de política de base.

E essa política de base, segundo Baratta, parte da premissa de que a opinião pública tem muito pouco de público, sendo só o conjunto de opiniões particulares, pois a expressam apenas como espectador isolado que repete o que recebera sem passar por filtros reflexivos, o que pode ser solucionado através de encontros públicos entre cidadãos com responsabilidades que derivam da participação em decisões em nome do coletivo dotados de conhecimento científico para deliberar sobre as pautas de decisão.

É possível perceber, assim, como Baratta identifica nas políticas mais repressivas e seletivas um forte elemento que aceita e acentua desigualdades e defende a segurança pela redução de direitos, o que deve ser combatido por uma proposta que valoriza a segurança dos direitos, afirmando a igualdade.

A essa altura fica clara a superação do conflito identificado por Freud, segundo o qual o sentimento de opressão e culpa do indivíduo seria gerado pela necessidade de se sacrificar liberdades em nome de sua segurança, uma vez que, segundo Baratta, em um modelo democrático direitos fundamentais não devem ser sacrificados para se garantir uma proposta de segurança pública, por ser essa considerada um direito secundário. Esse é o resumo sobre o conflito entre as posições de Freud e de Baratta, sendo que esse não enfrenta a questão da felicidade.

Nesse diapasão, verifica-se a desigualdade como ponto relevante para a discussão sobre a falta de segurança, assim como a necessidade de igualdade para se ter melhor distribuição de direitos. Sendo, então, a igualdade, uma peça importante para tal enfrentamento, forçosa é a busca por sua definição utilizando-se, principalmente, da teoria da justiça de John Rawls.

A justiça como equidade de John Rawls

Para tentar solucionar a questão sobre o conflito entre a segurança e os direitos (ou liberdades) deverá se buscar um critério apto a realizar a devida medida ou a justa medida, resposta esta que não se encontra plenamente atendida pela teoria da criminologia crítica de Baratta. O conjunto de autores dos quais Baratta é um dos mais representativos serve como uma útil construção teórica que permite a sua própria superação, recorrendo-se à teoria do direito contemporânea da tradição neokantiana, representada por Dworkin e Rawls.

A pergunta que paira na sociedade moderna, que expressa a tensão conceitual entre valores – liberdade e segurança – seria como tal conflito pode ser resolvido em termos éticos, políticos e jurídicos? A segurança sempre teria um peso maior face o direito à liberdade, sacrificando a felicidade do homem, como argumentava Freud? Ou os Direitos teriam

maior relevância sobre a segurança, como ponderava Baratta? Haveria a possibilidade de se estabelecer um ponto de equilíbrio entre ambos, capaz de proporcionar uma sociedade mais harmoniosa?

A tentativa de se definir a Justiça dos homens sempre foi um empreendimento árduo, mas que se constituiu elemento nuclear no estabelecimento da convivência social. Desde a Grécia clássica a questão da justiça identificou-se com a questão da felicidade humana. Assim, segundo Aristóteles, os atos justos seriam aqueles “que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõe para a sociedade política” (Ética a Nicômaco, 1129b, 15-20).

Considerando que para Aristóteles a felicidade é constituída pelo exercício de atividades virtuosas, as quais podem ser de ordem intelectual, desenvolvida pelo ensino, ou de ordem moral, adquirida pelo hábito, que tem como sinais indicativos a produção de prazer ou dor, oriundas das ações praticadas (Ética a Nicômaco, 1104b, p. 5), sendo a justiça considerada uma virtude completa. E a justiça é considerada uma virtude completa porque a pessoa que a possui pode exercê-la não só em relação a si, mas também em relação ao próximo, configurando o “bem do outro”, quer se trate de um governante, ou de um membro da comunidade (Ética a Nicômaco, 1130a, 5).

Aristóteles se aproxima, assim, de uma solução não observada por Freud, no sentido de que, talvez, alcançando-se a justiça, sempre se referindo “ao bem de um outro”, seja possível encontrar a felicidade.

A teoria rawlsiana, que se constitui no recorte teórico deste trabalho, possibilita a compreensão sobre como se torna necessária a construção de uma “balança” entre os dois valores e suas respectivas construções teóricas na obra de Freud e de Baratta. Segundo Rawls, “embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo que visa ao benefício mútuo, está marcada por um conflito, bem como por uma identidade, de interesses” (RAWLS, 2016, p. 5).

A Justiça seria exatamente o equilíbrio apropriado entre essas exigências conflitantes e os princípios que visam esse fim, que teriam sido definidos no contrato social sob o “véu da ignorância” e que buscaria definir a Justiça como equidade na linha argumentativa de Aristóteles, se-

gundo a qual seria uma forma superior de justiça capaz de corrigir (ou, no caso, criar) a própria lei (Ética a Nicômaco, 1137b, 25).

Partindo de um paradigma contratualista, Rawls lança mão de uma alegoria semelhante ao imperativo categórico kantiano, em que o homem para definir o que é justo deve se imaginar num estágio inicial, tal como um legislador racional, porém despido de todo conhecimento sobre si, assim como de seus interesses e preconceitos. Desta maneira, os princípios seriam estabelecidos e poderiam ser aplicados independente de classe, etnia ou gênero, aproximando-se tanto quanto possível de um sistema voluntário, pois obedece a princípios com os quais pessoas livres e iguais concordariam em circunstâncias equitativas, vale dizer de igualdade.

Para tanto, essas pessoas racionais e desinteressadas presentes no momento da chamada posição original seriam fieis a dois princípios: o primeiro se refere à igualdade na atribuição dos direitos e deveres fundamentais, enquanto que o segundo afirma que as desigualdades sociais e econômicas só serão justas se resultarem em vantagens compensadoras para todos, principalmente, aos membros menos favorecidos da sociedade.

Rawls, portanto, desvencilha-se do utilitarismo, que sobrepõe o bem ao justo, identificando este último com o bem estar da maioria. A teoria de Rawls socorre-se da ideia da equidade, formulada por Aristóteles, que tem em seus fundamentos a prioridade do justo sobre o bem, através do reconhecimento de liberdades iguais para todos e de uma desigualdade social e econômica que beneficie a todos e com cargos acessíveis a todos.

Quanto à liberdade os governantes devem observar a distinção entre regulamentação e restrição e terão que equilibrar uma liberdade fundamental em relação à outra. Será desigual a liberdade quando uma classe de pessoas tiver mais liberdade do que outra ou quando a liberdade é menos extensa do que deveria ser, sendo que uma liberdade só pode ser limitada para garantir que outra seja protegida. Sobre a desigualdade social, Rawls alerta que “a justiça como equidade analisa o sistema social partindo da posição de cidadania igual e dos diversos níveis de renda e riqueza” (RAWLS, 2016, p. 118).

Partindo do pressuposto de que as parcelas distributivas são decididas pelo resultado de loteria natural sendo, na prática, impossível ga-

rantir oportunidades iguais de realização e cultura, o autor sugere uma concepção mais igualitária na forma do princípio da diferença, segundo o qual essa desigualdade só seria justificável se a diferença de expectativas for vantajosa para o indivíduo representativo que está em pior situação, neste caso o trabalhador não qualificado (RAWLS, 2016, p. 94).

E esse princípio da diferença é bem amparado por outro, o princípio da reparação, onde as igualdades imerecidas, oriundas, por exemplo, de berço e talentos inatos, exigem uma espécie de reparação, pois a sociedade deve dar mais atenção aqueles que têm menos dotes e de posições sociais menos favoráveis, como nos casos de se destinar recursos na educação para os mais deficitários e não para os capacitados, mais inteligentes.

Outro ponto que decorre desses princípios é a concepção de reciprocidade e fraternidade, no sentido de não se desejar ter vantagens maiores, a menos que seja para o bem de quem está em pior situação. Torna-se possível entender, então, como o projeto de justiça como equidade é voltado para a construção de uma sociedade segundo um sentimento de comunidade, num “empreendimento cooperativo” para o benefício de todos.

E para garantir a estabilidade da estrutura básica desse modelo de justiça é necessário o cultivo de sentimentos morais que se aproxima do livre desenvolvimento das capacidades intelectuais e emocionais inatas do indivíduo, uma vez que as pessoas passam a reconhecer seu lugar na sociedade, havendo uma suscetibilidade inata ao prazer da solidariedade.

Quanto a esses sentimentos inerentes ao ser humano, Rousseau defendia que a liberdade era inata ao homem de tal forma que sua renúncia seria equiparada à renúncia da própria qualidade humana, incompatível com sua natureza (ROUSSEAU, 1980), assim como Kant identificava que todos os conceitos morais são oriundos da razão, de onde se origina a legislação universal, tornando cada indivíduo um legislador universal, para julgar a si mesmo e as suas ações segundo esse ponto de vista (KANT, 2002).

Rawls irá superar o individualismo do estado de natureza ao defender que a própria natureza humana incute no indivíduo o “desejo de agir de forma justa quando vivemos sob instituições justas e nos beneficiamos delas”, verificando-se que, nesse sentido, “uma concepção de

justiça é psicologicamente adequada às inclinações humanas” (RAWLS, 2016, p. 592).

Essa perspectiva permite que encontremos uma solução para as reflexões pessimistas de Freud, uma vez que a limitação de liberdades não será uma afronta à natureza humana quando realizada num projeto que busca o bem da coletividade, mas sim a um instinto primitivo, “atávico” que contrasta com a efetiva natureza social do homem, o qual só é pleno enquanto ser social, no convívio e interação com seus semelhantes, fomentando valores que realçam essa qualidade.

Ser considerado responsável pelos princípios da justiça no trato com os outros não atrofia nossa natureza. Pelo contrário, isso realiza nossa sensibilidade social e, ao nos expor a um bem maior, nos capacita a controlar nossos impulsos mais estreitos... (RAWLS, 2016, p. 567)

A felicidade não estaria, assim, na possibilidade irrefreável de liberdades, mas quando o sujeito é capaz de realizar um projeto racional e colocá-lo em execução em circunstâncias mais ou menos favoráveis, havendo confiança razoável de obter sucesso com tal projeto.

Nesse sentido, segundo Rawls, uma pessoa é feliz “quando seus projetos vão bem, suas aspirações mais importantes se realizam e ela tem certeza de que sua boa sorte será duradoura” (RAWLS, 2016, p. 506), mas como esses projetos variam de uma pessoa para outra, dependendo de seus dotes e aspirações, cada indivíduo encontrará sua felicidade em coisas distintas. Então, é possível afirmar que a felicidade não está na liberdade, mas deita as suas raízes na segurança.

No entanto, tal afirmativa se realizada sem a devida reflexão e demais considerações poderia dar margem a um modelo totalitário, em que todas as liberdades poderiam ser suprimidas em nome dessa segurança. E, segundo uma concepção de justiça como equidade, só se fundamenta o sacrifício de uma liberdade se for para evitar uma injustiça ainda maior, a perda de outra liberdade cujo exercício poderá comprometer elementos de ordem pública. Para tanto o ordenamento jurídico estabelece regras de convivência coercitivas com o propósito de reger condutas e prover a estrutura da cooperação social. “Quando são justas, essas normas estabelecem uma base para expectativas legítimas” (RAWLS, 2016, p. 291).

Porém, Rawls alerta que ao assumir esse sistema de sanções, principalmente as decorrentes do direito penal, deve se ponderar sobre suas possíveis desvantagens quanto aos custos necessários para tal empreendimento e quanto aos riscos gerados às liberdades do cidadão, tendo em vista a efetiva probabilidade dessas sanções recaírem arbitrariamente sobre os segmentos mais vulneráveis.

Nesse sentido, a criação de um sistema penal só seria racional se essas desvantagens forem menores que a perda de liberdade decorrente da instabilidade. “Supondo que esse seja o caso, a melhor ordenação é aquela que minimiza esses riscos” (RAWLS, 2016, p. 298).

Considerando que “qualquer injustiça na ordem social fatalmente cobra seu preço, é impossível que suas consequências sejam inteiramente eliminadas (RAWLS, 2016, p. 301). Por isso, a reflexão sobre a ponderação entre a liberdade e segurança na concepção proposta não pode abandonar os dois princípios que a institui, ou seja, não só a distribuição igual de direitos e deveres (liberdades) como também a distribuição justa de renda e oportunidades, amenizando as desigualdades sociais, pois, caso contrário, a aplicação única do império da lei punitiva será insuficiente, restringindo liberdades e ressaltando as desigualdades.

Rawls não trata especificamente da questão da segurança, preferindo se referir à garantia de estabilidade, a qual só pode ser alcançada quando as pessoas desenvolvem um senso de justiça, sendo uma das condições da sociabilidade humana. Esse senso de justiça será mais estável se tiver maior probabilidade de anular inclinações desestabilizadoras e se as instituições gerarem impulsos mais fracos a agir de maneira injusta. Essa estabilidade depende de um equilíbrio de motivações: o senso de justiça que cultiva deve ter preponderância sobre as propensões à injustiça. Assim, “a natureza humana é tal que adquirimos um desejo de agir de forma justa quando vivemos sob instituições justas e nos beneficiamos delas” (RAWLS, 2016, p. 562).

Nesse sentido é que será possível perceber o pessimismo fundado em conclusões equivocadas de Freud e Baratta, uma vez que o primeiro se fixa na ideia de pleno sacrifício de liberdades para se garantir uma necessária segurança, gerando um sentimento de culpa ao pressionar os

impulsos do indivíduo, enquanto que o segundo não inclui a segurança como um direito fundamental e, em nome desses mesmos direitos, ignora os mecanismos necessários para se garantir a segurança, não enfrentando da maneira devida os critérios de justiça relevantes para resguardar uma necessária estabilidade social.

E para se alcançar esse senso de justiça a pessoa passaria por 3 etapas, permitindo sua natural adesão à socialização no que o Rawls chama de uma “sociedade bem ordenada”, sendo plenamente possível analisar essas etapas sob um aspecto histórico e sociológico.

A primeira etapa seria a “moralidade da autoridade”, representada pelo amor dos pais pela criança, gerando um sentimento recíproco, assecurando um valor como pessoa. Percebendo a criança que é admirada pelas pessoas mais imponentes e poderosas do seu mundo, tende a aceitar suas ordens, gerando culpa quando desobedecidas, considerando a legitimidade da relação entre ambos. Esse respeito às decisões e ordens da autoridade só é possível tendo em vista ser fundada numa base de amor e confiança, pois aquele que pune também é quem ampara, alimenta e protege.

Neste sentido, fica nítida a comparação entre a figura paterna e o Estado, no sentido de que este sentimento de respeito e legitimidade só aflora quando recíproco, quando o poder público se faz exemplo, não sendo apenas aquele que se impõe, exige e coage, mas também o que cumpre com seu deveres satisfazendo as necessidades do indivíduo.

A segunda etapa estaria na moralidade de associação que é definida pelos padrões morais apropriados ao papel do indivíduo nas diversas associações às quais pertence, tais como a família, escola, bairro. Essa etapa se dá pelo desenvolvimento de habilidades a fim de considerar as coisas de vários pontos de vista segundo um sistema único de cooperação, reconhecendo que esse pontos existem e são diferentes dos nossos, identificando as características dessas perspectivas, suas convicções e opiniões e, por fim, regular a própria conduta de maneira apropriada em relação ao outro.

Trata-se do desenvolvimento da capacidade de se colocar no lugar do outro, segundo a própria noção de dignidade que, segundo uma con-

cepção kantiana, se remete a tudo que tenha um fim em si mesmo, ou seja, pelo imperativo categórico desenvolvido por Kant toda ação humana deverá servir como lei universal, pois o que é devido ou permitido para o indivíduo assim será para todos, conferindo dignidade a todo ser humano no sentido de que todo homem jamais deverá ser tratado como meio, mas como um fim em si mesmo, fazendo com que o respeito de si parta do respeito ao outro (KANT, 2002). Quando isso ocorre e seus associados cumprem com seus deveres e obrigações com evidente intenção de fazê-lo, passa a se ter sentimentos de fé e confiança. Depois de criados esses laços, a pessoa tende a ter sentimentos de culpa (em relação à associação) quando deixa de fazer a sua parte (RAWLS, 2016, p. 580).

Segundo Barreto, a partir da percepção do livre arbítrio de Aristóteles presente na ação moral, permitindo um juízo de escolha entre o bem e o mal, é possível compreender a lógica do pecado enquanto elemento fundante no paradigma judaico-cristão representando o rompimento da aliança entre Deus e o homem, permitindo que este seja responsável por suas escolhas, o que será fundado, numa concepção agostiniana, pela existência (ser), conhecimento e vontade, elementos fundantes da consciência do agente racional que permitirá a sua responsabilidade pelo pecado praticado (BARRETTO; GOMES, 2018).

E a terceira etapa seria a moralidade dos princípios, quando se desperta o senso de justiça, quando o homem passa a admirar o ideal da cooperação humana justa, com afins ou estranhos.

(...) Aceita uma moralidade de princípios... as atitudes morais não mais se vinculam somente como bem estar e a aprovação de determinados indivíduos... e sim são modelados por uma concepção de justo escolhida independente dessas contingências. (RAWLS, 2016, p. 586)

Neste caminho o estado de segurança vai se tornando mais sólido à medida que cresce o sentimento de solidariedade e confiança entre as pessoas. É claro que, segundo o próprio Rawls, coibir de forma plena todas as injustiças é algo inalcançável, inclusive porque as infrações são de várias naturezas e praticadas em circunstâncias distintas que podem não sofrer qualquer influência de se ter mais ou menos segurança, liberdades ou igualdades.

É possível identificar cinco espécies de crimes classificados segundo suas motivações: os que se originam de necessidades materiais ou se desenvolvem em atividades laborais; os passionais, movidos pela emoção (esses dois primeiros Rawls chama curiosamente de surtos *hostis de inveja*); os culposos, que tendem a diminuir com a maior atenção aos deveres de cuidado ao próximo); os patológicos (que não sofrem intimidação normativa) e os que decorrem de processos anômicos que não geram dano a outrem, como o uso de drogas e porte de arma.

As infrações que decorrem de sentimentos de inveja ou egoísmo, tendem a diminuir ou desaparecer quando, numa sociedade bem ordenada, o senso de justiça efetivo pertencente à pessoa venha a fazer com que as tendências à instabilidade sejam mantidas sob controle. O indivíduo racional não está sujeito à inveja quando as diferenças entre ele e os outros não são consideradas resultantes de injustiça” (RAWLS, 2016, p. 553), reduzindo as três condições que incentivam esses “surtos *hostis de inveja*”: a falta de confiança no próprio valor, quando discrepante a diferença social e quando se crê que sua posição social não dá alternativas para se opor aos privilégios dos mais afortunados.

Uma sociedade bem ordenada em que as liberdades são distribuídas e respeitadas de maneira igual ao tempo em que se mitigam as desigualdades sociais permite um ambiente seguro para a realização de projetos e a manutenção dos bens conquistados.

Conclusão

Diante de tais reflexões, na tentativa de se definir o ponto preponderante entre o direito à segurança ou a segurança dos direitos questionado por Baratta, talvez seja possível verificar um erro na equação.

Conforme a construção de uma liberdade com igualdade de Rawls rumo à construção de uma sociedade bem ordenada, não haveria o que se falar em sacrifício de liberdades em nome de uma suposta segurança, uma vez que esta é uma situação de fato no que tange à confiança no sucesso da realização de projetos e estabilidade de seus proveitos, sendo um direito de “segunda ordem”, segundo Baratta, pois só ganha relevância para garantir as liberdades de “primeira ordem”.

Neste sentido, não seria coerente dar primazia à segurança sob o sacrifício de liberdades que deveria proteger. Então, como garantir a segurança desses direitos?

E aí está o erro na equação. Não há que se pesar, colocando em pratos distintos da balança, liberdades em um e a segurança em outro, uma vez que numa sociedade bem ordenada não se pode sacrificar um em nome do outro, como sugerido por Freud e Baratta.

Não é possível, a fim de se garantir segurança, sacrificar direitos fundamentais sob pena de se instaurar um sistema autoritário, que não preza pelas liberdades e se fundaria apenas pelo medo e pelo terror, enquanto que a garantia plena de liberdades sem mecanismos que garantam segurança e igualdade poderiam gerar enorme instabilidade social.

Na verdade, em cada prato deve se pesar liberdades, cuja distribuição equânime de direitos entre os indivíduos da sociedade e o exato equilíbrio entre elas é o que permitirá o estado de segurança, ou seja, a harmonia nas relações sociais, a confiança entre os indivíduos, a solidariedade e a manutenção da ordem pública.

Nessa sociedade bem ordenada em que há maiores oportunidades e efetiva redução das desigualdades sociais, injustiças e nociva competitividade, cria-se um terreno fértil para o desenvolvimento de laços e respeito, em que seus cidadão não sejam apenas considerados iguais, mas vivam plenamente suas liberdades de maneira igual. E só assim é possível implementar uma política de segurança pública com o fim de inibir infrações penais reduzindo índices de criminalidade, uma vez que a segurança almejada não será conquistada apenas com o incremento do sistema penal ou com leis mais rigorosas, mas com investimentos que proporcionam mais igualdade de oportunidades e respeito entre os cidadãos.

E nessa perspectiva a felicidade também não estará na realização parcial ou temerária de liberdades, mas na segurança da estabilidade das mesmas, na auto realização do indivíduo enquanto ser social, adquirindo um senso de justiça que o torna engajado num plano de vida e, tal como no sentimento de amor, mesmo havendo riscos, não se escolhe não amar, configurando algo maior em que só se é pleno e feliz na felicidade do outro.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.
- BARATTA, Alessandro. *Seguridad. Capítulo Criminológico*. Trad. Letícia Quiroz Inácio. Vol. 29, nº 1. Maracaibo: Produccion Cientifica Luz, 2001. p. 1-24.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. *A ética da punição*. São Leopoldo /Rio de Janeiro: Editora UNISINOS/ Lumen Juris Editora, 2018.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Blue Editora, 2018.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1980.

ESTRUTURANDO UM AMBIENTE REGULATÓRIO PLURALÍSTICO A PARTIR DA GESTÃO DOS RISCOS NANOTECNOLÓGICOS E DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

Wilson Engelmann*

Introdução¹

O contexto brasileiro e global da atualidade se insere na chamada “quarta revolução industrial” (SCHWAB, 2018), caracterizada pela inovação tecnológica, que desafia o Direito e a produção normativo-regulatória. Existe uma pluralidade de fontes, muitas delas não positivamente consideradas jurídicas, no seu viés tradicional, desconsideradas pela comunidade jurídica. Aí uma das contribuições das investigações

* Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos pelo Centro de Estudios de Seguridad (CESEG), da Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela; Coordenador Executivo, Professor e Pesquisador 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, credenciado junto ao CNPq. E-mail: wengelmann@unisininos.br.

¹ Resultado parcial das investigações desenvolvidas pelo autor no âmbito dos seguintes projetos de pesquisa: 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) Chamada MCTIC/CNPq Nº 28/2018 – Universal/Faixa C, projeto intitulado: “Nanotecnologias e Direitos Humanos observados a partir dos riscos no panorama da comunicação entre o Ambiente Regulatório e o Sistema da Ciência”. Este trabalho também se relaciona com as pesquisas realizadas no contexto do Gracious Consortium, “Grouping, read-across, characterisation and classification framework for regulatory risk assessment of manufactured nanomaterials and safer design of nano-enabled products”, com recursos financeiros do European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme under grant agreement n. 760840, Disponível em: <http://www.h2020gracious.eu>.

que se encontram em andamento e sob a coordenação do pesquisador que assina o artigo, no sentido de estruturar cenários onde se possa flexibilizar os elementos prévios para o reconhecimento do jurídico, olhando-se a partir das estruturas de um *Ambiente Regulatório*, sustentado epistemologicamente pela denominada *Ciência Regulatória* (ENGELMANN, 2018).

Essa Ciência deverá enfrentar, em termos de regulação das nanotecnologias, o chamado *Dilema de Collingridge*, exposto por David Collingridge, a partir de dois problemas, aparentemente opostos: a) um problema informacional: o caso das nanotecnologias se enquadra aqui, pois ainda não existem informações suficientes para se estruturar um arcabouço regulatório; b) um problema de poder: depois que as nanotecnologias estiverem integralmente estabelecidas, com informações suficientes e adequadas para regulação, se poderá ter dificuldades para estabelecer limites ou outros liames legais. O dilema está no desafio de equacionar uma fórmula regulatória que possa trazer segurança jurídica, sem criar obstáculos ao desenvolvimento da tecnologia (COLLINGRIDGE, 1980).

A Responsible Research and Innovation (RRI) como estrutura substancial para abrigar os direitos humanos

Se destacam algumas características da RRI, que serão fundamentais para a ampliação do escopo da Ciência Regulatória. Para tanto, se busca como inspiração o *Projeto da União Europeia* intitulado *Horizonte 2020*, onde se localizam as atividades do *Gracious Consortium* voltadas às pesquisas sobre as novas tecnologias, dentre elas as nanotecnologias e as providências que a sociedade europeia deverá observar. Este modelo poderá ser adaptado para outros países, respeitando-se as suas características peculiares, como é o caso do Brasil. Esta projeção para 2020, onde a RRI é um dos pilares, foi construída a partir dos seguintes elementos²: “1) participação (e compromisso) das partes interessadas [aqui se incluindo os investidores e empresários em geral]; 2) educação científica (ou alfabetização em ciências); 3) igualdade de gênero no processo de pesquisa e conteúdo; 4) aber-

² Conforme estudo de B. Reber (2017).

tura ao conhecimento científico (dados e resultados) e 5) governança (ética)”. A RRI desenha uma ampla participação na gestão do desenvolvimento da pesquisa e da inovação que ela promove. Se busca uma aproximação da ciência da sociedade, que poderia projetar mais um pilar onde se reconfigura os enlaces da chamada “Ciência e Sociedade” em um programa de pesquisa que fomenta a “Ciência com a Sociedade” (REBER, 2017), promovendo o nascimento de uma efetiva e pública avaliação tecnológica participativa. Se incluem todos os atores sociais que poderão ser afetados, positiva e/ou negativamente, pelo avanço tecnológico.

Este panorama gera a emergência de três características da RRI (OWEN, 2013), que poderão orientar as estruturas autorregulatórias reguladas, a serem observadas pelas organizações de base inovadora nanotecnológica:

a) *antecipação*: pode ser resumida como “o ponto de entrada para a reflexão sobre os outros propósitos, promessas e possíveis impactos da inovação”. Aqui uma entrada para a prática do princípio da precaução³, por meio do qual se busca evitar o dano, fazendo a gestão dos riscos, com o foco nos eventuais problemas e dificuldades, com as respectivas estruturas de solução. No caso das nanotecnologias, a antecipação, como corolário do princípio da precaução, é um caminho adequado para a proteção dos direitos humanos – vida e meio ambiente;

b) *refletividade*: esta característica descreve “propósitos, motivações e impactos potenciais subjacentes”, prestando atenção sobre “o que é conhecido (...) e o que não é conhecido”. Curiosamente, para “o que é conhecido” se relaciona com “áreas de regulação, revisão ética ou outras formas de governança e “para o desconhecido”, se apontam aspectos re-

³ Segundo Alexandra Aragão: “(...) o princípio da precaução pode e deve ser convocado sempre que haja dúvidas científicas quanto ao risco de ocorrência de danos ou quanto ao tipo de danos associados a uma categoria específica de resíduos ou a uma dada operação de gestão. Pressuposto fundamental do princípio da precaução é, naturalmente, que os riscos sejam verossímeis e que os danos possíveis sejam graves e irreversíveis. Este princípio reflete as finalidades precaucionais do Direito Ambiental e permite a adoção de *medidas antecipatórias* (nomeadamente a suspensão da operação) antes da existência de provas científicas concretas sobre possíveis danos ambientais ou na saúde, em conformidade com a máxima *in dubio pro ambiente*” (ARAGÃO, 2014, p. 8; o grifo não está no original).

lacionados às incertezas⁴ associadas, riscos, áreas de ignorância, suposições, questões e dilemas. Os apontados elementos desconhecidos se conectam com o princípio da precaução, devendo ser levados em consideração pelos dados já conhecidos. Portanto, são estruturas que deverão ser associadas aos processos de deliberação, no caso, sobre as nanotecnologias, às quais, estas características têm plena relação;

c) *responsividade*: aqui se tem um movimento caracterizado como uma capacidade de resposta interativa, um processo “inclusivo” e “aberto de aprendizagem adaptativa, com capacidade dinâmica”; se apresenta como um “processo coletivo de reflexividade” para trajetórias de inovação: “definir direção” e “influenciar”. Em uma perspectiva conjunta, a responsividade se complementa com as duas características anteriores (letras “a” e “b”) para arquitetar “mecanismos eficazes de governança participativa e antecipatória”. Tal formulação poderá sustentar a emergência de estruturas flexíveis, abertas e em rede para a instalação segura dos resultados da utilização humana na escala nano.

As organizações que operam a partir da escala nano, dada a ausência de um marco regulatório legislativamente estruturado, devem se inspirar nessas características para propor e respeitar arranjos autorregulatórios. Tal é o contexto da responsabilidade social corporativa que se pretende estruturar. Paralelamente a esse propósito, cabe destacar que as organizações que pesquisam, produzem e comercializam as nanotecnologias se orientam a partir dos seguintes pressupostos, que se encaixam nas examinadas características da RRI: 1) obter lucro; 2) cumprir as normas jurídicas nacionais e/ou internacionais (por exemplo, direitos humanos, leis relativas ao trabalho infantil); 3a) cumprir as normas técnicas, com um fundo ético, existentes (por exemplo, ISO 26000⁵), juntamente com

⁴ Sobre as categorias de incerteza, que refletem em níveis de gestão dos riscos, consultar: Fern Wickson, Frøydis Gillund e Anne Ingeborg Myhr (2010, p. 445-468, capítulo 18).

⁵ A norma ISO 26000, focada na “responsabilidade social”, está lastreada nas seguintes diretrizes: “negócios e organizações não funcionam no vácuo. Sua relação com a sociedade e o ambiente em que operam é um fator crítico em sua capacidade de continuar a operar de forma eficaz. Ele também está sendo cada vez mais usado como uma medida de seu desempenho geral. A ISO 26000 fornece orientação sobre como as empresas e organizações podem operar de maneira socialmente responsável. Isso significa agir de maneira ética e

outras normas reconhecidas como socialmente valiosas (aqui se poderiam inserir as normas editadas pelo Comitê Técnico 229, da ISO⁶, sobre as nanotecnologias; e as diretrizes editadas pela OECD⁷); e 3b) se envolver em filantropia (PELLÉ; REBER, 2015). Aqui se tem uma síntese dos parâmetros comportamentais que se espera de uma organização de base nanotecnológica, que iluminará os seus processos autorregulatórios.

As nanotecnologias se encontram no cenário da Quarta Revolução Industrial (MAYNARD, 2015), são responsáveis por modificações na tradicional configuração de diversas instituições jurídicas, como destaca José Julio Fernández Rodríguez (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2008), seja no próprio Estado, as fronteiras geográficas entre os Estados, a responsabilidade, a privacidade, a verdade da informação ou a administração, são algumas das ideias que alteram seus perfis no mundo digital. Aqui entendido em um mundo movido pela inovação gerada a partir das novas tecnologias, que se caracteriza como um mundo em constante transformação e que exigirá uma pluralidade de sistemas normativos (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2008), onde se pretende desvelar o horizonte de sentido dos mecanismos de autorregulação regulada.

O *framework* de Ruggie como um “caminho” para a concretização da RRI

Quando John Gerard Ruggie⁸ projetou o *framework* estruturado em três pilares: *proteger, respeitar e remediar*, estava lançando as bases para um cenário plural e em constante modificação, que desafia a produção legislativa tradicional. Esses princípios orientadores baseiam-se no reconhecimento dos seguintes aspectos:

transparente, contribuindo para a saúde e o bem-estar da sociedade”. Disponível em: <<https://www.iso.org>>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁶ ISO/TC 229 – Nanotechnologies. Disponível em: <<https://www.iso.org>>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁷ OECD. Working Party on Nanotechnology. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁸ John Gerard Ruggie foi Representante Especial do Secretário-Geral da ONU sobre o assunto de Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outros Empreendimentos de Negócios de 2005 a 2011.

a) os Estados têm a obrigação de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos e liberdades fundamentais. Além desse ator, também é colocado no cenário...

b) ... o papel das empresas como organizações especializadas da sociedade, desempenhando funções determinadas, necessárias para cumprir todas as normas jurídicas aplicáveis e respeitar os direitos humanos. A partir daí, nasce

c) a necessidade de que os direitos e obrigações sejam correspondidos a soluções (se aproximando de “sanções”) apropriadas e eficazes quando violados (RUGGIE, 2011). A incorporação destes três pilares⁹ dará legitimidade para as arquiteturas autorregulatórias que as organizações vierem a estruturar. Há outro detalhe muito importante, que se aproxima de uma “quase” característica estatal aos instrumentos normativos que vierem a ser criados: “estes princípios orientadores aplicam-se a todos os Estados e a todas as empresas, tanto transnacionais como outras, independentemente do seu tamanho, setor, localização, propriedade e estrutura” (RUGGIE, 2011). Portanto, os direitos humanos – aqui entendidos como o respeito à vida humana saudável (sem descuidar de toda e qualquer forma de vida) e a proteção do meio ambiente – se projetam nesses três pilares de Ruggie e que, portanto, asseguram o caráter regulado da autorregulação. Os elementos do *framework* de Ruggie dialogam com as características examinadas sobre a RRI, dando a essa última um direcionador substancial mais concreto, que também poderá servir para avaliar se os objetivos da pesquisa e inovação responsáveis estão sendo alcançados no caso das nanotecnologias.

Considerando tais elementos, se verifica uma necessária mudança de orientação dos negócios empreendidos pelas organizações, no caso, de base nanotecnológica. Se propõe a observância de dois níveis de qualificação: a) o controle de constitucionalidade: as organizações deverão orientar a sua atuação pelas regras e princípios inseridos nos textos consti-

⁹ Segundo entendimento de Christine Parker e John Howe (2012, p. 290-1), se poderia adicionar um quarto pilar, “representado pela obrigação cívica da sociedade civil, no sentido de participar, ajudando a legitimar e mobilizar o envolvimento de atores da sociedade civil, em funções como a de monitorar e avaliar o processo”.

tucionais; b) o controle de convencionalidade: a partir do momento, em que a atuação e as suas estruturas autorreguladas deverão incorporar e praticar as diretrizes dos direitos humanos, especialmente a partir das coordenadas apresentadas por John Gerard Ruggie, que também se encontram em uma espécie de dilema, ancorado em duas perguntas: 1) “como as regras para a defesa dos direitos humanos podem ser inseridas na prática corporativa e de governos, a fim de alcançar uma mudança na conduta das atividades empresarias?”. Aqui se vislumbra a proposta da autorregulação regulada, projetando uma aproximação entre o público e o privado; 2) “como isso pode ser promovido e alcançado na esfera global em que as corporações multinacionais atuam, mas que não dispõem de um órgão regulador central?” (RUGGIE, 2014, a). O segundo problema efetivamente poderá inviabilizar a aplicação dos direitos humanos às organizações sejam nacionais ou multinacionais. Por isso, a autorregulação regulada poderá ser uma possibilidade: juntando, nesse contexto, a perspectiva da governança. O próprio Ruggie apresenta algumas diretrizes nessa direção, quando aprimora o seu framework, construindo um guia principiológico para a execução, ou, mas especificamente, princípios orientadores (RUGGIE, 2014, b): o primeiro deles, é trabalhar a partir do velho modelo de governança, considerando a perspectiva de evolução que se encontra no âmago dos direitos humanos; na sequência, Ruggie aborda a governança policêntrica, onde se verifica a colaboração de diversos atores, buscando uma regulação responsiva, cooperação informal, parcerias público-privadas¹⁰ e processos multipartidários, isto com, a partici-

¹⁰ A combinação de atores privados e públicos na estrutura da regulação poderá trazer benefícios para a economia do próprio país: “(...) As economias podem colher inúmeros benefícios quando o envolvimento do setor privado é cuidadosamente implementado dentro de uma estrutura regulatória coerente. Na maior parte das economias da União Europeia, houve uma mudança completa dos mecanismos de construção da regulação, refletindo o desejo de melhorar a qualidade da regulação, reduzindo a carga administrativa para os requerentes e apoiando um maior enfoque na mitigação dos riscos. (...). A colaboração público-privada na construção da regulação tem mostrado resultados positivos, incluindo uma melhor conformidade com os regulamentos, um controle de qualidade mais rigoroso durante todo o ciclo de vida do projeto e melhor eficiência de processamento. (...) Um sólido regulamento de construção pode salvar vidas humanas, melhorar a saúde e a segurança e apoiar um setor e uma economia prósperos e sustentáveis. Pode ajudar a facilitar a realização de negócios, protegendo investimentos lucrativos, fortalecendo os direitos de proprie-

pação de diversos atores que tenham interesse em um determinado processo; no caso, os envolvidos com as nanotecnologias. Para tanto, se exigirá uma espécie de orquestração de atores e iniciativas, buscando uma harmonia entre diferenças de variados segmentos¹¹. Ruggie (2014, a) desenvolve seis caminhos estratégicos, visando uma viabilidade maior para a internalização das normativas acerca dos direitos humanos, posicionando-se como um indicador para avaliar se uma mudança normativa de

dade e protegendo o público de práticas de construção defeituosas. O envolvimento do setor privado na construção das regulações mostrou resultados positivos no alcance de metas regulatórias. No entanto, vários desafios devem ser abordados antes que uma política de envolvimento do setor privado na construção da regulação seja buscada. A transferência de autoridade do público para a esfera privada poderia minar o interesse público” (THE WORLD BANK, 2018, p. 48-49).

¹¹ “The new Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises have a human rights chapter drawn virtually verbatim from the Guiding Principles (GPs). They are important because they provide for national complaint mechanisms in the forty-two adhering states, which include emerging market countries, regarding the conduct of multinationals operating in or from those states; new provisions in the OECD Common Approaches for Export Credit Agencies requiring assessments of social risks, which affect access to capital at the national level; the new International Finance Corporation Sustainability Principles and Performance Standards now include human rights language reflecting core concepts of the GPs. They affect companies’ access to international capital, amplified manifold because they are tracked by private sector lending institutions party to the so-called Equator Principles, which account for more than three-fourths of all project financing worldwide; ISO 26000, a new social responsibility guidance adopted by the world’s leading private standard setting body, the International Organization for Standardization (ISO), has a human rights chapter closely shaped by the GPs. ISO energizes a worldwide army of consultants eager to help companies come into compliance and it has considerable uptake in Asia; in the European Union, the European Commission endorsed the GPs and asked member states to submit national action plans for their implementation; the United Kingdom was the first to do so. The Commission has also developed additional guidance for several industry sectors and for small – and medium – sized enterprises; in the United States, the concept of human rights due diligence, a central component of the corporate responsibility to respect human rights in the GPs, wound its way into Section 1502 of the Dodd-Frank Wall Street Reform Act, in relation to conflict minerals procured in Democratic Republic of Congo by US-listed companies; the US government referenced the GPs as a benchmark in a new reporting requirement for US entities investing more than \$500,000 in Myanmar when it suspended most economic sanctions; the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) is exploring ways to align its new business and human rights program with the GPs; the African Union is on a similar though slower track” (RUGGIE, 2014, p. 11-12).

uma determinada organização efetivamente poderá ser categorizada como bem sucedida:

1) “criar uma base mínima de conhecimento comum que permita a realização de um debate compartilhado”, aqui ingressa a pesquisa acadêmica, que deverá sair dos “muros da Universidade” e ser levada e fomentada nas organizações;

2) “assegurar a legitimidade do processo do mandato, além das questões de fundo”, a partir do desenvolvimento da investigação científica nas organizações, será preciso convencer os tomadores de decisões da importância de se trazer o tema dos direitos humanos para todos os estágios da construção das decisões empresariais;

3) “fazer com que novos participantes se sentem à mesa de discussões para que suas ideias e influências possam levar a pauta adiante”, aqui se evidencia a motivação de Ruggie no sentido de aumentar o leque de atores e organizações para a implementação do tema dos direitos humanos em projetos e contratos, incluindo procedimentos de arbitragem internacional;

4) “realizar testes com as propostas essenciais para demonstrar que elas podem funcionar de verdade na prática”, aqui ingressa a parte da auditoria das ações empresarias para a implantação do tema dos direitos humanos, que é o denominado *Due Diligence*. Ruggie menciona os reflexos da realização de oficinas e seminários para a socialização do tema, além dos efeitos da criação de mecanismos de denúncias da violação relativa aos direitos humanos. Nesse ponto, se verifica uma clara conexão com a RRI, pois a inovação terá de respeitar determinados pressupostos éticos, representados pelos direitos humanos;

5) “ter uma estratégia final e uma liderança política eficiente para executá-la, e na qual existam oportunidades ou que elas possam ser criadas”, aqui se verifica o núcleo para a estrutura autorregulatória regulada, quando o projeto de Ruggie ganha o apoio da Comissão de Direitos Humanos da ONU, tornando os princípios orientadores uma norma legítima da ONU para empresas e direitos humanos, destacando que existe uma participação estatal, embora com novas características, dado o caráter voluntarístico;

6) “trabalhar rumo à convergência entre os órgãos de normatização para conseguir ganhos em termos de escala e benefícios gerados pelo conjunto mais amplo possível de mecanismos de implementação”, aqui se sublinha a importância da reunião de normas, evitando concorrência entre textos que busquem objetivos semelhantes. Para a estruturação desta convergência, tornou-se fundamental o papel exercido pelo OECD (RUGGIE; NELSON, 2015) e da ISO, essa última por meio do desenho da responsabilidade social que se encontra na norma ISO 26000.

O trabalho desenvolvido por John Gerard Ruggie repercutiu no Brasil, a partir da edição do Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos¹², onde se verifica a incorporação no Direito Brasileiro dos três elementos do *framework*: proteger, respeitar e remediar.

O *Due Diligence* no contexto da governança no panorama da autorregulação regulada

O próprio Ruggie sugere que, além dos mencionados cuidados, para que as organizações possam implementar os direitos humanos, sejam visualizadas as normas de cada país, notadamente cumprindo o denominado *due diligence*: que representa uma série de degraus que uma organização deverá atender, a fim de prevenir e encaminhar cuidados organizacionais para mitigar efeitos adversos em relação aos direitos humanos (PARKER; HOWE, 2012).

No caso do Direito Brasileiro, a partir do Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018, estabeleceu-se no art. 3º: “A responsabilidade do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais será pautada pelas seguintes diretrizes: (...) VII – estímulo à adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados de dever de vigilância (*due diligence*) em direitos humanos; (...)”¹³. Além dessa previsão legislati-

¹² Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 maio 2019.

¹³ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 maio 2019.

va, também se poderá citar a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976¹⁴, que disciplina as sociedades por ações, e menciona no seu art. 154: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”. Aqui se tem dois comandos legais sobre o *due diligence*. Esse último artigo de lei, embora seja dirigido ao administrador da sociedade por ações, poderia ser utilizado por qualquer dirigente de organização, sinalizando a clara normatização legislativa de preocupações que se deverá ter no atendimento das exigências do bem público e da função social da empresa. Aqui se encontra um arcabouço legal para a inserção dos mencionados aspectos estudados a partir de John G. Ruggie, além das características da RRI. Esse conjunto se orienta pela diretriz estatal do *due diligence*, por meio do Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018, onde nasce a responsabilidade do Estado de dividir a proteção e o respeito aos direitos humanos com as organizações, no caso deste artigo, organizações de base nanotecnológica.

A adoção do *due diligence* pode ser desenhada como uma “tentativa abrangente e proativa de descobrir os riscos [em relação aos] direitos humanos, reais e potenciais, ao longo de todo o ciclo de vida de um projeto ou atividade comercial, com o objetivo de evitar e mitigar esses riscos” (RUGGIE; SHERMAN, 2017). A utilização do processo de gestão e governança que se encontram no centro do *due diligence*, será fundamental para a estrutura jurídica de gestão dos riscos que poderão ser vislumbrados durante o ciclo de vida de um nanomaterial em relação ao ser humano e à preservação do meio ambiente – elementos estruturantes dos direitos humanos.

Por conta dessa possibilidade, Ruggie¹⁵ formulou 31 princípios guias que tem o objetivo principal de dar concretude ao *framework* “*proteger, res-*

¹⁴ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 maio 2019.

¹⁵ ONU. Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Human Rights Council (A/HRC/17/31), which also includes an introduction to the Guiding Principles and an overview of the process that led to their development. The Human Rights Council endorsed the Guiding

peitar e remediar". O princípio 17¹⁶ define os parâmetros para o *due diligence* em direitos humanos, a partir das seguintes orientações: "A fim de identificar, prevenir, mitigar e explicar como as empresas devem realizar *due diligence* para lidar com os impactos negativos em relação aos direitos humanos. O processo deve incluir a avaliação dos impactos reais e potenciais dos direitos humanos, integrando e agindo de acordo com os resultados, rastreando as respostas e comunicando como os impactos são tratados". Assim sendo, o *due diligence* de direitos humanos deve albergar:

a) "ações para cobrir impactos adversos sobre os direitos humanos que a empresa comercial possa causar ou contribuir através de suas próprias atividades, ou que possam estar diretamente ligadas às suas operações, produtos ou serviços por suas relações comerciais": aqui se tem a preocupação e cuidado em relação aos direitos humanos ao longo do ciclo de vida de um nanomaterial;

b) "iniciativas que poderão variar em complexidade com o tamanho da empresa, o risco de impactos severos sobre os direitos humanos e a natureza e contexto de suas operações": aspectos intrínsecos das organizações poderão exigir pontos de atenção variados, seja pelo seu tamanho e o tipo de segmento que ocupa, se aplicando diretamente às organizações que operam na escala nano;

c) "medidas que devem estar em andamento, reconhecendo que os riscos aos direitos humanos podem mudar com o tempo, à medida que as operações e o contexto operacional da empresa de negócios evoluem": se tem aqui um aspecto vinculado à geração das informações vinculadas ao processo de pesquisa, produção, comercialização e o encerramento do ciclo de vida do nanomaterial. Vale dizer, as medidas de gestão dos riscos deverão ser intensificadas e complexificadas à medida em que se aumenta o nível de conhecimento das variadas características peculiares dos nanomateriais (GRANDJEAN; BELLANGER, 2017).

Principles in its resolution 17/4 of 16 June 2011. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso em: 26 maio 2019.

¹⁶ Já os Princípios 18 a 21 apresentam os componentes essenciais para a implantação do *due diligence* em relação aos direitos humanos nas organizações.

No fundo, os *Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework* representam indicadores da estrutura de governança das organizações¹⁷ que operam no conjunto das tecnologias da escala nanométrica, as nanotecnologias. O *due diligence* aqui mencionado se relaciona com o acima citado conteúdo do art. 154, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e corresponde a um grau ordinário de diligência, a ser analisado caso a caso, podendo envolver diversas características, como: o segmento da atividade exercido pela organização, sua dimensão e importância; os recursos que os administradores ou encarregados tem à disposição para o agir “(...) com a diligência de um homem ativo e probo (...)” (ADAMEK, 2009), além do conhecimento técnico de gestão; os contornos fáticos que envolvem o caso concreto que deverá receber a decisão, dentre outras particularidades a serem observadas pelo decisor (ADAMEK, 2009).

A governança da inovação, no panorama da RRI, permanecerá ao nível das boas intenções, a menos que seja traduzida em atitudes e decisões que envolvam o *due diligence*, com práticas científicas, e transformações nas atitudes, práticas e influências das organizações. Almer e seus colaboradores (ALMER, 2016) apresentam suas experiências e reflexões sobre as interações entre cientistas naturais e engenheiros no contexto da biologia sintética, que somam mais de 48 anos de pesquisas relacionadas e expõem cinco “regras práticas” para desenvolver formas de colaboração entre as diferentes áreas do conhecimento. As regras oferecem um guia geral baseado na prática e não na teoria – um senso flexível e adaptável de como abordar um assunto em vez de um conjunto rígido de procedimentos a serem seguidos. Assim, essas 5 regras básicas (que se poderia dizer, servem como um pequeno guia) para colaboração interdiscipli-

¹⁷ O Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018, estabeleceu no seu art. 6º: “É responsabilidade das empresas não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento e, principalmente: (...) XII – dispor de estrutura de governança para assegurar a implementação efetiva dos compromissos e das políticas relativas aos direitos humanos; XIII – incorporar os direitos humanos na gestão corporativa de risco a fim de subsidiar processos decisórios; (...)”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 maio 2019.

nar entre as ciências naturais e sociais são: experimentação colaborativa, correr riscos, reflexividade colaborativa, discussões abertas de objetivos não compartilhados e a perspectiva do trabalho com a vizinhança; aqui entendida com os pesquisadores de outras áreas do conhecimento. Essas regras também deverão se juntar à estrutura do gestor responsável pelas decisões que envolvam as nanotecnologias.

A realização das grandes oportunidades que as nanotecnologias e os nanomateriais podem oferecer à sociedade deve ser acompanhada da demonstração transparente pela indústria de sua segurança e sustentabilidade, objetivando o bem-estar das atuais e futuras gerações, por meio de aproximações transdisciplinares entre o Direito e a Tecnologia (MOSES, 2011).

Dentro dos destacados aspectos, se observa que a transformação dos postulados políticos e econômicos expostos em concretas medidas jurídicas conduzirá para que a autorregulação deixe de ser uma realidade conceitualmente contraposta à regulação para converter-se em uma “estratégia de regulação”, inserida em um cenário denominado de *better regulation*, que busca a redução de normas e controles públicos para utilizar a autorregulação focada na consecução de fins públicos. As organizações e estruturas privadas de autorregulação realizam tarefas: a) “quase-normativas” (códigos éticos, normas de conduta, códigos e manuais de boas práticas, ou procedimentos e protocolos normalizados de trabalho); b) “quase-executivas” (certificação de cumprimento de normas através de declarações de autorregulação ou autocertificação de conformidade a normas, certificados técnicos emitidos por terceiros, selos, etiquetas ou marcas) e c) “quase-judiciais” (imposição de sanções disciplinares e resolução extrajudicial de conflitos) (DARNACULLETA, 2015).

Assim sendo, a *autorregulação regulada* se baseia em um sistema de consecução de fins públicos, por parte de atores privados, baseado na voluntariedade, que possui especial aplicação em âmbitos assentados na técnica ou na ética que excedem de algum modo os limites do Direito legislado. O legislador fixa os fins que deve seguir a autorregulação, estabelece alguns requisitos mínimos sobre a composição dos sujeitos que se autorregulam, que podem determinar alguns aspectos procedimentais a serem adotados por tais sujeitos e também pode estabelecer consequên-

cias favoráveis e desfavoráveis, vinculados aos fins públicos previamente estabelecidos (DARNACULLETA, 2015). Para que a estrutura da autorregulação regulada possa ser implementada e tenha chances de produzir os efeitos planejados é necessária a denominada governança (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016). O termo “governança”, que antes era visto como sinônimo de governo, atualmente tem sido usado com significado distinto, como acentuam Kerchove e Ost. Enquanto governo “se refere a uma instituição”, governança “é um processo”. O governo é entendido como “o condutor dos negócios ligados à soberania estatal, impondo princípios de ação por meio de uma autoridade pública central” (OST; KERCHOVE, 2002). A “governança”, segundo Ost e Kerchove, seria o “processo de coordenação de atores de grupos sociais, nem todos estatais, nem mesmo públicos, para atingir objetivos específicos discutidos e coletivamente definidos na íntegra em ambiente fragmentado e incerto” (OST; KERCHOVE, 2002, p. 29). No contexto atual, segundo os citados autores, o “comando unilateral, autoritário, centralizado – soberano, em uma palavra – dá lugar a um ordenamento flexível, descentralizado, adaptativo e muitas vezes negociado” (OST; KERCHOVE, 2002, p. 29). Ambos, governo e governança, referem-se a um comportamento com vistas “a objetivos, a atividades orientadas para metas, a sistemas de ordenação”, o governo, no entanto, “sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas”; já a governança “refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam-se as resistências” (OST; KERCHOVE, 2002, p. 15). Portanto, a proposta que estrutura este artigo deverá enfrentar mais desafios, agora relacionados à estrutura da governança, especialmente o compartilhamento de responsabilidades na tomada de decisões e nos modos como ela se dará.

Trazendo este delineamento conceitual para o campo das nanotecnologias, se poderá destacar que governança é entendida como “o conjunto de processos pelos quais se considera (...) que a administração e as práticas de ciência e tecnologia (pesquisa, inovação etc.) devem ser organizadas em contínua calibração com essas práticas” (LANDEWEERD, 2015, p. 1). Aqui se observa uma operação circular, onde as decisões e os

seus resultados deverão orientar a estrutura de novas decisões. Trata-se nitidamente do funcionamento do “círculo hermenêutico”, onde a pré-compreensão orienta a compreensão, ela a interpretação e, a partir daí, a aplicação no contexto a ser decidido. No movimento deste círculo, serão envolvidos múltiplos sujeitos, como: “(...) decisores políticos, pesquisadores, grupos da indústria e da sociedade civil e atores não-governamentais na sociedade” (LANDEWEERD, 2015, p. 1). Se poderia falar em “governança antecipatória”, justamente a partir das características que estruturam a RRI, que foram estudadas no início deste artigo, onde a “antecipação” foi apresentada. Por isso, uma governança antecipatória, que corresponde a “(...) uma capacidade de base estendida através da sociedade que pode atuar em uma variedade de *inputs* para gerenciar tecnologias emergentes, baseadas no conhecimento enquanto esse gerenciamento ainda é possível” (GUSTON, 2014, p. 219). Vale dizer, não se poderá deixar escapar a condição de controlar os efeitos danosos que a inovação tenha condições de gerar. Por isso, a governança antecipatória, que também deverá guiar a construção de estruturas jurídicas, igualmente antecipatórias (HERBERG, 2008).

Novas tecnologias – onde se situam as nanotecnologias – prometem resolver desafios globais e sociais como as mudanças climáticas, a segurança energética, a crise econômica e os desafios globais de saúde que as acompanham por meio do desenvolvimento de biocombustíveis e biomateriais sustentáveis, inovações na defesa e medicamentos mais baratos, por exemplo. Alguns desses desenvolvimentos são considerados positivos (como os avanços médicos, maior mobilidade para os membros da sociedade, fontes mais baratas e sustentáveis de produção e uso de energia), enquanto outros desenvolvimentos causam preocupação social e desconfiança pública (LANDEWEERD, 2015), notadamente a questão relativa aos riscos e ao uso militar/“defesa”.

O processo de estruturação da autorregulação não estará imune a riscos, pois, como sublinha José Esteve Pardo: “(...) caberia a utilização da prudência, aqui não mais para controlar o poder estatal, mas para controlar e legitimar uma poderosa sociedade ou setor privado que ameaça, em algumas frentes, com a dissolução das referências e garantias trabalhossamente elaboradas sobre instâncias públicas dotadas de legitimidade

(...)” (ESTEVE PRADO, 2015, p. 45). A ambivalência presente nas nanotecnologias – pelos seus aspectos positivos e negativos – também se encontra na proposta não legislativa para a sua regulação¹⁸. Portanto, se exigirá a condução deste processo complexo com muito cuidado, onde a *phrónesis* aristotélica parece ser um caminho a ser avaliado.

Para tanto, segundo entendimento de Larry Catá Backer, o último meio século tem assistido a um vigoroso debate sobre o *status*, caráter, obrigações e fontes de regulação das empresas multinacionais que continuam inabaláveis. Na sua forma atual, os debates centram-se em quatro questões macro que emergem dos métodos tradicionais de regulação de empresas:

1) “A extensão ou porosidade da extraterritorialidade da lei”, aqui se tem justamente um ponto central, pois a legislação de cada Estado tem validade apenas no seu espaço territorial;

2) “imunidade soberana, seja de fato ou de responsabilidade”, como decorrência da sua multiplicidade de locais de atuação, e o seu próprio tamanho, especialmente em termos orçamentários, que muitas vezes ultrapassam os orçamentos dos próprios Estados que recebem estas organizações, o que chama, para complementação do item seguinte, que se refere às...

¹⁸ Desta forma, “projetar um sistema de regulação que forneça objetivos de políticas definidos não é fácil. Isso é particularmente verdadeiro quando se regulam novas tecnologias, onde os desafios relacionados à incerteza e risco, assimetria de recursos e desconexão regulatória são especialmente significativos. Ao adotar uma abordagem pluralista e descentralizada da regulação, que utiliza uma série de técnicas regulatórias de *soft law*, os atores não estatais podem contribuir de diversas maneiras para esses desafios especiais. No entanto, usar recursos não estatais dessa maneira (formal ou informalmente) não é uma panacéia. A confiança e a desconfiança do público na regulação do risco são cruciais para garantir a viabilidade da estrutura de controle, até porque o pluralismo regulatório frequentemente prevê a cooperação entre o Estado e a indústria. No entanto, o envolvimento de atores não-estatais, incluindo a indústria, é importante se o marco regulatório não for para impedir o desenvolvimento tecnológico ou expor o público a riscos inaceitáveis (...) os instrumentos de *soft-law* são normalmente muito mais flexíveis do que suas contrapartes de comando-e-controle e, portanto, são capazes de se adaptar rapidamente aos desenvolvimentos, tanto na aplicação, quanto na compreensão da tecnologia. Isso é especialmente importante no avanço de entendimentos sobre risco e desconexão regulatória” (ABBOT, 2012, p. 329, 342).

3) ... “responsabilidades e o caráter jurídico dos empreendimentos econômicos multinacionais”: existem dúvidas sobre o efetivo local de sua responsabilidade, considerando as diversas apresentações: civil, ambiental, penal, laboral, entre outras, dificultando o seu controle e ...

4) ... “a mercantilização da lei”, que decorre das três características anteriores, se abrem possibilidades para efetivas “negociações legislativas”, que possam ser favoráveis a estas organizações multinacionais (BECKER, 2008). Aqui se verificam “problemas” que as organizações multinacionais poderão trazer consigo. Portanto, o processo de autorregulação regulada poderá ser uma alternativa, além das já mencionadas questões, também para se colocar estas empresas em um cenário jurídico mais igualitário com as empresas que não sejam tão grandes.

A temporalidade desses avanços (FENWICK, 2017) está desafiando a tradicional forma do *tempo do Direito*: o passado e o presente (OST, 2001). As nanotecnologias, no entanto, apresentam as suas possibilidades no presente para o futuro. Por isso, não se poderá aguardar fatos nanotecnológicos para o agir jurídico.

É preciso acompanhar os avanços de inovação, observando possibilidades e riscos, criando regulações provisórias e flexíveis, como é o caso da autorregulação regulada. Onde está o fundamento desta abordagem? Segundo Wolfgang Hoffmann-Riem, “(...) por falta de conhecimento acerca dos riscos de cada produto, o Estado não pode assumir totalmente a responsabilidade por sua segurança”. Vale dizer, será preciso compartilhar esta responsabilidade com “(...) os atores privados – produtores, distribuidores e usuários industriais de tais produtos químicos (...)” Qual é a função desses “parceiros” para a regulação? “(...) são eles que devem ajudar a identificar os riscos potenciais com antecedência, evitando os riscos, se for o caso, mediante soluções inovadoras (...)” (HOFFMANN-RIEM, 2015). Portanto, as organizações que operam a partir da escala nanométrica deverão ser colaboradoras do Estado e do Poder Legislativo no desenho de estruturas regulatórias adequadas e alinhadas com os elementos apresentados por Ruggie para os direitos humanos. Talvez o propósito inicial deste desenho capitaneado pela ONU tenha tido como objetivo organizações diferentes das que aqui se está trabalhando, mas o foco é o mesmo: proteger, respeitar e remediar os di-

reitos humanos, de tal modo que a inovação das nanotecnologias possa desenvolver-se, convivendo com o respeito ao ser humano e preservando o meio ambiente.

Será preciso ressignificar a função social própria do Direito, adicionando mais um ingrediente: a aprendizagem. Existe um cenário de incerteza: “(...) o benefício esperado não é certo; do mesmo modo, não se sabe se os riscos para o bem comum ou para a realização de interesses individuais serão resolvidos”. Desta forma, “(...) é muito importante que o direito contribua para permitir outra aprendizagem e os produtos da aprendizagem são [significativos] para o processo da inovação” (HOFFMANN-RIEM, 2015, p. 27). Considerando que este processo de aprendizagem por parte das estruturas jurídicas e dos atores responsáveis por sua criação deve ser um processo constante, uma espécie de “revigoroamento” ou ressignificação do conteúdo dos direitos humanos e dos modos de sua participação na vida global¹⁹.

Esse panorama é o arcabouço que estrutura a “responsabilidade social das organizações”, ou a “responsabilidade social corporativa”. No fundo, é o *framework* de Ruggie: *respeitar, proteger e remediar* os direitos humanos. Aqui, o coração daquela responsabilidade, que “(...) se baseia principalmente na ideia de que as empresas não devem visar o lucro sem considerar as consequências de seus atos em outras esferas. Essas possuem responsabilidades para com a sociedade em geral e além da maximização do lucro” (SÁ E BENEVIDES, I. A.; SÁ RIBEIRO, 2017, p. 304-305). Portanto, as organizações nanotecnológicas deverão ter esta responsabilidade no seu horizonte de atuação. Embora se possa considerar que, talvez, essas iniciativas voluntárias das organizações possam ser insuficientes, dada a falta de cogência nas estruturas planejadas, se deverá começar

¹⁹ Tal se mostra relevante, pois “(...) o crescimento contínuo dos direitos humanos não é inevitável e os chamados crescentes por novos direitos ou tentativas de abordar todos os problemas sociais sob uma perspectiva de direitos humanos pode, ironicamente, minar sua legitimidade. Essa tendência é evidenciada pela fusão de direitos humanos com responsabilidade criminal individual; justificação do uso da força com base em apelos para proteger os direitos humanos e promover a democracia; marginalização do papel do governo; a proliferação de novos direitos; e falha em apreciar a flexibilidade inerente das normas de direitos humanos. (...)” (HANNUM, 2016).

a reestruturar a concepção sobre estas organizações, considerando as dificuldades de se criar um corpo legislativo para cada nova tecnologia. Assim, o uso criativo de instrumentos autorregulatórios deverão ser empregados como normas jurídicas e, por isso, em condições de serem cobradas de alguma forma, também diferente. Segundo Schwab, mesmo que as questões relativas aos direitos humanos tenham historicamente servido para controlar o poder do Estado, “(...) elas estão sendo aplicadas cada vez mais no setor privado (...) A Quarta Revolução Industrial precisa ser fundamentada pela discussão de questões mais gerais sobre as sociedades em que queremos viver” (SCHWAB, 2018, p. 88). Portanto, a consideração das contribuições de Ruggie são fundamentais para sustentar mecanismos de autorregulação dos desenvolvimentos a partir da escala nanométrica.

Aqui ingressa uma espécie de “passaporte”, expresso em uma *Comfort Letter*²⁰, onde a organização assume o compromisso de atuar em observância ao *framework* e demais princípios guia desenvolvidos por John Gerard Ruggie. A apresentação desse documento será uma espécie de selo empresarial responsável. O consumidor, ao seu turno, deverá valorar os produtos oriundos de organizações que apresentem este documento, privilegiando a aquisição de produtos que tenham o indicativo de origem dessa *Comfort Letter*²¹.

²⁰ No site da OECD se encontra um documento que poderá orientar a estrutura da *Comfort Letter*: OECD, “International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook”, Paris, OECD, 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 20 maio 2019.

²¹ A OECD tem auxiliado na consecução da perspectiva apresentada neste artigo, reforçando o chamado “responsible business conduct”, a partir dos seguintes delineamentos: “A fim de promover a observância efetiva das Diretrizes, a OECD desenvolveu diretrizes setoriais que ajudam as empresas a identificar e abordar os riscos para as pessoas, o meio ambiente e a sociedade associados a operações, produtos ou serviços comerciais em setores específicos. A orientação setorial estabelece um entendimento comum entre governos, empresas, sociedade civil e trabalhadores sobre a devida diligência para a conduta empresarial responsável, e pode permitir que os negócios construam a resiliência da cadeia de suprimentos, gerenciem a incerteza e gerem valor a longo prazo”. Disponível em: <<http://mneguidelines.oecd.org>>. Acesso em: 20 maio 2019.

Esse comprometimento das organizações se encontra, segundo Adela Cortina, em uma concepção renovada da empresa, compondo a cidadania de empresa ou a empresa cidadã: a empresa não é entendida como um tipo de máquina, orientada exclusivamente para a obtenção do benefício material, mas como um grupo humano, que se propõe a satisfazer necessidades humanas com qualidade. Por isso, a autora apresenta algumas mudanças empresarias para a implementação do modelo: que as organizações possam se movimentar a partir de uma cultura organizativa construída em uma hierarquia para uma atuação estruturada na coresponsabilidade, focando na reconfiguração ética do mundo do trabalho, por meio da prestação de contas expressas em um balanço social (CORTINA, 2005).

Portanto, os códigos internos das organizações, de onde a *Comfort Letter* deverá ser desenvolvida, se encontram em um contexto caracterizado por Martin Herberg: os códigos corporativos são um exemplo quase paradigmático de como os atores privados, por seus próprios meios, conseguem estabelecer sistemas normativos de considerável efeito vinculante. Ao apresentar seus códigos de conduta ao público, esses textos reivindicam credibilidade e o fazem hipotecando publicamente a integridade e a credibilidade das empresas com o ônus do cumprimento dos deveres declarados (HERBERG, 2008). Aqui se encontra o embrião em condições de transformar a voluntariedade dos documentos gerados a partir do movimento de autorregulação, em compromissos organizacionais com uma crescente vinculatividade nos seus atos corporativos. Com isso, se terá a caracterização da autorregulação regulada, especialmente pelo caminho ilustrado a partir dos princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos, que representam a implementação do *framework* das Nações Unidas “Proteger, Respeitar e Reparar”, projetado por John Gerard Ruggie.

A *Comfort Letter*, para os limites deste artigo, poderá ser um caminho metodológico para publicizar os compromissos com os direitos humanos e passíveis de serem cobrados pelos demais atores que se encontram na sociedade onde esta organização atua, seja nacional ou globalmente. As ideias desenvolvidas neste artigo são confirmadas por um livro recentemente publicado no Brasil, de autoria de Klaus Schwab, quando enfatiza: “as tecnologias da Quarta Revolução Industrial estão

transformando a sociedade e remodelando o nosso futuro” (SCHWAB, 2018, p. 87). Os detalhes analisados até o momento, confirmam tais movimentos, trazendo como resultado, “(...) uma necessidade de articulações mais claras das estruturas éticas, padrões normativos e modelos de governança baseados em valores para ajudar as organizações a se orientar no desenvolvimento e na utilização dessas poderosas ferramentas na sociedade (...)”, aqui está o caráter disruptivo desta Quarta Revolução Industrial, onde se situam as nanotecnologias. Por conta disso, a estruturação de novos arranjos no contexto das organizações também conduzirá a uma utilização “(...) de uma abordagem centrada na humanidade para o desenvolvimento que ultrapassa as fronteiras geográficas e políticas. Os direitos humanos são a parte bem definida dos valores; as estruturas internacionais de direitos humanos oferecem uma base fundamental para abordar essas questões” (SCHWAB, 2018, p. 87).

Os responsáveis por estas organizações que inovam a partir das nanotecnologias, a fim de implementar os elementos estudados até o momento, configuram a caracterização do *phrónimos*²², de acordo com a tradicional lição de Aristóteles: “(...) é característico de uma pessoa que tenha ‘*phrónesis*’ ser capaz de deliberar bem acerca do que é bom e conveniente para si mesma, não em relação a um aspecto particular (...) e sim acerca das espécies de coisas que nos levam a bem viver de um modo geral” (ARISTÓTELES, 2001, p. 1140a). Esses contornos apresentados por Aristóteles servem de guia para a caracterização de cada um dos atores estudados até o momento, notadamente os responsáveis pela tomada de decisões que envolvam a pesquisa e a inovação a partir da nano escala, responsáveis por atender aos elementos característicos da RRI, que deverão exercer com responsabilidade o dever de diligência próprio de alguém que decide não pensando no seu próprio bem-estar ou lucro ou qualquer outro benefício, mas com a preocupação focada no coletivo, no todo, no grupo social, no presente e futuro das atuais gerações e daquelas que ainda virão.

²² Ver também Wilson Engelmann (2007).

Aí o *phrónimos*, que deverá observar o cenário e decidir levando em conta o “bem viver de um modo geral”, atentando para o respeito aos direitos humanos, dentro dos contornos até aqui estudados. Além disso, o responsável pela organização deverá orientar-se por essas diretrizes na construção dos instrumentos *autorregulatórios regulados*. Esse é o compromisso que se espera na perspectiva nano inovadora, a ser expresso na *Comfort Letter*, onde se projeta a cooperação e sinergia, de diversos atores normativos, em um “ambiente regulatório”, estruturado de modo transdisciplinar e plurinormativo, com base no diálogo entre as fontes do Direito e a gestão dos riscos (GAO; LOWRY, 2018), sejam nacionais e/ou internacionais. Assim, se desenham as bases para uma “(...) relação de ordens, especialmente os casos de hibridização das normas técnicas e jurídicas, por efeito da inventividade da engenharia normativa e da pressão da ‘luta pelo direito’” (FRYDMAN, 2018, p. 92). Aqui o cenário para a elaboração da *autorregulação regulada*, na medida em que os próprios atores privados elaborarão as suas normativas internas, iluminadas pelos elementos dos direitos humanos – o *framework* e os princípios guias – explicitados a partir das contribuições de John Gerard Ruggie e as características da RRI, onde se terá o novo papel regulador do Estado, buscando equacionar os desafios trazidos pelo *dilema de Collingridge*.

Referências

- ABBOT, C. “Non-state Actors and the Challenges of Regulating New Technology”, *Journal of Law and Society*, 39, 3, p. 329-358, September 2012.
- ADAMEK, M. V. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALMER, A. S. et al. “Five rules of thumb for post-ELSI interdisciplinary collaborations”. *Journal of Responsible Innovation*, 3, 1, p. 73-70, 2016. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com>>. Acesso em: 28 maio 2019.
- ARAGÃO, A. “Princípios fundamentais do direito dos resíduos”. *Direito dos resíduos*. MIRANDA, J., et al (Coord. Científica). Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos; Instituto de Ciências Jurídico- Políticas/Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Traduzido do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4. ed. UnB, Brasília, 2001.
- BACKER, L. C. "Multinational corporations as objects and sources of transnational regulation", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 14, 2, p. 499-523, 2008.
- BRASIL. DECRETO Nº 9.571 de 21 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 maio 2019.
- COLLINGRIDGE, David. *The social control of technology*. New York: St. Martin's Press, 1980.
- CORTINA, A. *Cidadão do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Loyola, 2005.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. "La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea". In: ARROYO JIMÉNEZ, L.; NIETO MARTIN, A. (Dirección). *Autorregulación y sanciones*. Navarra: Aranzadi, 2015.
- DECRETO n. 9.571, de 21 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 maio 2019.
- ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e Direitos Humanos. In: *Cadernos de Dereito Actual*, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha, n. 9. Núm. Ordinário, p. 441-487, 2018.
- ESTEVE PARDO, J. "El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del Caballo de Troya". ARROYO JIMÉNEZ L. y NIETO MARTÍN, A. (Dirección). *Autorregulación y sanciones*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015.
- FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A.; VERMEULEN, Erik P. M. "Regulation Tomorrow: what happens when technology is faster than the Law?", *American University Business Law Review*, v. 6, n. 3, 2017.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. *Los fundamentos del derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008. (Derecho, Estado y Constitución).

- FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- GAO, X.; LOWRY, G. V. Progress towards standardized and validated characterizations for measuring physicochemical properties of manufactured nanomaterials relevant to nano health and safety risks. In: *NanoImpact*, v. 9, p. 18-30, 2018.
- GRANDJEAN, P.; BELLANGER, M. "Calculation of the disease burden associated with environmental chemical exposures: application of toxicological information in health economic estimation". *Environmental Health*, 16, 123, 2017.
- GUSTON, D. H. "Understanding 'anticipatory governance'". *Social Studies of Science*, 44, 2, p. 218-242, 2014.
- HANNUM, H. "Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century", *Human Rights Law Review*, 16, p. 409-451, 2016.
- HERBERG, M. "Global legal pluralism and interlegality: environmental self-regulation in multinational enterprises as global law-making". In: DILLING, O.; HERBERG, M.; WINTER, G. (Editors). *Responsible business: self-governance and law in transitional economic transactions*. Oxford: Hart Publishing; Oñati International Series in Law and Society, 2008.
- HOFFMANN-RIEM, W. "Direito, tecnologia e inovação". In: MENDES, G.; SARLET, I. W.; COELHO, A. Z. P. (Coord.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. Saraiva, São Paulo, 2015, vol. 1.
- ISO 26000. Disponível em: <<https://www.iso.org/>>. Acesso em: 21 maio 2019.
- ISO/TC 229 – Nanotechnologies. Disponível em: <<https://www.iso.org/>>. Acesso em: 21 maio 2019.
- LANDEWEERD, L. et al. "Reflections on different governance styles in regulating science: a contribution to 'Responsible Research and Innovation'". *Life Sciences, Society and Policy*, 11, 8, p. 2-3, 2015.
- MAYNARD, A. D. "Navigating the fourth industrial revolution". *Nature Nanotechnology*, 10, p. 1005-1006, December 2015.

- MOSES, Lyria Bennett. Agents of change: how the Law ‘copes’ with technological change. *Griffith Law Review*, v. 20, n. 4, p. 763-794, 2011.
- OECD, “*International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook*”, Paris, OECD, 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 20 maio 2019.
- OECD. *Working Party on Nanotechnology*. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 maio 2019.
- ONU. Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Human Rights Council (A/HRC/17/31), which also includes an introduction to the Guiding Principles and an overview of the process that led to their development. The Human Rights Council endorsed the Guiding Principles in its resolution 17/4 of 16 June 2011. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso em: 26 maio 2019.
- OST, F. *O tempo do Direito*. Instituto Piaget, Lisboa, 2001.
- OST, F.; KERCHOVE, M. v. de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.
- OWEN, R., et al. “A Framework for responsible innovation”. In: OWEN, R.; BESSANT, J.; HEINTZ, M. (Edit.). *Responsible Innovation: Managing the Responsible Emergence of Science and Innovation in Society*. New York: Wiley, 2013. p. 27-50.
- PARKER, Christine; HOWE, John. “Ruggie’s diplomatic Project and its missing regulatory infrastructure”. In: MARES, Radu (Edit.). *The UN guiding principles on business and human rights: foundations and implementation*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, p. 273-301, 2012.
- PELLÉ, S.; REBER, B. “Responsible Innovation in the Light of Moral Responsibility”, Special issue on responsible innovation in the private sector. *Journal on Chain and Network Science* 15, 2, p. 107-117, 2015.
- REBER, B. “RRI as the inheritor of deliberative democracy and the precautionary principle”, *Journal of Responsible Innovation*, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org>>. Acesso em: 21 maio 2019.

- RUGGIE, J. G. "Global Governance and 'New Governance Theory': Lessons from Business and Human Rights". *Global Governance*, 20, p. 5-17, 2014b.
- RUGGIE, J. G. and NELSON, T. "Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges". *The Brown Journal of World Affairs*, XXII, I, Fall/Winter, p. 99-127, 2015.
- RUGGIE, J. G. and SHERMAN, III, J. F. "The concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding principles on business and human rights: a reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale". *The European Journal of International Law*, 28, 3, p. 921-928, 2017.
- RUGGIE, J. G. Human Rights Council Seventeenth Session; Agenda item 3: Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Esse documento está datado de 21 de março de 2011. Disponível em: <<https://www.right-docs.org>>. Acesso em: 21 maio de 2019.
- RUGGIE, J. G. *Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos*. Tradução de Isabel Murray, São Paulo: Planeta sustentável, 2014a. Documento disponível para Kindle.
- SÁ E. BENEVIDES, I. A.; SÁ RIBEIRO, M. R. de. "A internacionalização dos direitos humanos e sua repercussão na atuação das empresas transnacionais". In: ALL, P. M.; OVIEDO ALBÁN, J.; VESCOVI, E. (Directores). *La actividad internacional de la empresa*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2016.
- SCHWAB, K. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.
- TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Block chain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: Senai-SP Editora, 2016.

THE WORLD BANK. *“Doing Business 2018: reforming to create jobs”*. International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, 2018, p. 48-49. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org>>. Acesso em: 28 maio 2019.

WICKSON, Fern; GILLUND, Frøydis; MYHR, Anne Ingeborg. Treating nanoparticles with precaution: recognizing qualitative uncertainty in scientific risk assessment. In: KJØLBERG, Kamilla Leir; WICKSON, Fern (Edits). *Nano Meets Macro: social perspectives on nanoscale and technologies*. Norway: Pan Stanford Publishing, 2010. p. 445-468.

