

ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano XIII - n. 17
2015



REVISTA OPINIÃO JURÍDICA

REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2015

Ficha Catalográfica

Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Unichristus
- n. 17, ano XIII, 2015

© Unichristus, 2015

Opinião Jurídica
- [n. 17] -
Fortaleza: - Unichristus.
[2015]-
v.
I. Direito

CDD : 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

Impressão

Gráfica e Editora LCR Ltda.
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069
Site: www.graficalcr.com.br – e-mail: atendimento01@graficalcr.com.br

Opinião Jurídica

Revista do Curso de Direito da Unichristus n. 17, ano XIII, 2015

Reitor

José Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Administração e Planejamento

Estevão Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Graduação

Mauricio Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós Graduação

Marcos Kubrusly

Pró-Reitor de Extensão

Rogério Frota Leitão dos Santos

Editora-Chefe

Dra. Fayga Bedê (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)

Editora-Adjunta

Dra. Paula Tesser (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)

Editor-Assistente

Esp. Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso

Editores-Associados

- Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autônoma de Lisboa – UAL, Lisboa – Portugal)
- Me. Ana Stela Vieira Mendes Câmara (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)
- Me. Antonio Torquillo Praxedes (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)
- Dr. Emerson Gabardo (UFPR- Curitiba, PR – Brasil)
- Me. Gustavo Fernandes Meireles (Université d'Évry Val d'Essonne, Évry – France)
- Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)
- Dr. Isaac Costa Reis (UFSB – Porto Seguro, BA – Brasil)
- Dra. Leilane Serratine Grubba (CESUSC – Florianópolis, SC – Brasil)
- Me. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (UniCEUB, Brasília, DF – Brasil)
- Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP -Porto, Portugal/ USP – São Paulo, SP – Brasil)
- Dr, Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP – Brasil)
- Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU – Uberlândia, MG – Brasil)
- Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA– São Paulo, SP – Brasil)
- Me. Tércio Aragão Brillhante (AGU – Fortaleza, CE)

Comissão Editorial

- Dr. Alexandre Antonio Bruno da Silva (UNICHRISTUS, UECE- Fortaleza, CE - Brasil)
- Me. Alexandre Fernandes Dantas (Universidade Estácio de Sá, UNESA – Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
- Dr. Altamirando Pereira da Rocha (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia, MG - Brasil)
- Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autônoma de Lisboa – UAL, Lisboa - Portugal)

Dr. Antonio Baptista Gonçalves (Escola Paulista de Política, Economia e Negócios, EPPEN - São Paulo, SP-Brasil)

Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto (USCS- São Paulo, São Caetano do Sul, SP - Brasil)

Dra. Bárbara Silva Costa (Centro Universitário Ritter dos Reis - Porto Alegre, RS - Brasil)

Dra. Cláudia Sousa Leitão (UECE- Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Clóvis Gorczewski (UNISC-Santa Cruz do Sul, RS - Brasil)

Dr. Daniel Francisco Nagão Menezes (Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campinas, SP - Brasil)

Dra. Danielle Annoni (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. Diego Richard Ronconi (Universidade do Vale do Itajaí - Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. Edson Kiyoshi Nacata Junior (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Dra. Elaine Harzheim Macedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS - Brasil)

Dr. Élcio Nacur Rezende (Escola Superior Dom Helder Câmara - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Dr. Emerson Gabardo (UFPR- Curitiba, PR - Brasil)

Dra. Érika Pires Ramos (UEPB/ UNISANTOS/UNIMEP- São Paulo, SP - Brasil)

Dr. Etienne Picard (PARIS I - SORBONNE - Paris, France)

Dr. Everton das Neves Gonçalves (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. Fabricio Bertini Pasquot Polido (UFMG- Belo Horizonte, MG - Brasil)

Dra. Fernanda Busanello Ferreira (UFG- Goiânia, GO - Brasil)

Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (Unilasalle, FADERGS e PUC-Porto Alegre, RS - Brasil)

Dr. Flávio José Moreira Gonçalves (UFC/ UNICHRISTUS/UNIFOR - Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg- Heidelberg - Alemanha)

Dra. Gabrielle Bezerra Sales (UNICHRISTUS- Fortaleza, CE - Brasil)

Dra. Germana Parente Neiva Belchior (FA7- Fortaleza, CE - Brasil)

Dra. Gloria Cristina Flórez Dávila (Universidad Major de San Marco - Lima, Peru)

Dra. Gretha Leite Maia (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC - Porto Alegre, RS - Brasil)

Dr. Isaac Costa Reis (UFSB- Porto Seguro, BA - Brasil)

Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (Universidade de Itaúna -Itauna, MG- Brasil)

Dra. Joana Stelzer (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. João Luís Nogueira Matias (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. João Maurício Adeodato (UFPE- Recife, PE - Brasil)

Dr. José Calvo González- (Universidad de Málaga- Málaga, Espanha)

Me. José Edmar da Silva Ribeiro (UFC - Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. José Francisco de Assis Dias (Universidade Estadual de Maringá - Maringá, PR - Brasil)

Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (FGV, PUC - São Paulo, SP - Brasil)

Dr. Juraci Mourão Lopes Filho (UNICHRISTUS - Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Leonardo Netto Parentoni (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Dr. Leonel Pires Ohlweiler (Universidade Luterana do Brasil- Canoas, RS - Brasil)

Me. Mauricio Muriack de Fernandes e Peixoto (Centro Universitário de Brasília, UniCEUB - Brasília, DF - Brasil)

Dr. Mauricio Timm do Valle (UNICURITIBA/ UFPR - Curitiba, PR - Brasil)

Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campo Grande, MS-Brasil)

Dr. Nelson Finotti Silva (UNIVEM - Marília, SP - Brasil)

Dr. Nitish Monebhurrun (UNICEUB - Brasília, DF - Brasil)

Dr. Octávio Campos Fischer (UNIBRASIL- Curitiba, PR - Brasil)
Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (PUCP - Curitiba, PR - Brasil)
Dr. Paulo Bonavides (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)
Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP -Porto, Portugal/ USP - São Paulo, SP/Brasil)
Dr. Rafael Santos de Oliveira (UFSM- Santa Maria, RS - Brasil)
Dra. Renata Giovanoni Di Mauro (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas
- São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande - Rio Grande, RS - Brasil)
Dr. Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU-Uberlândia, MG - Brasil)
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA- São Paulo, SP -Brasil)
Dr. Roberto da Silva Fragale Filho (UFF- Niterói, RJ - Brasil)
Dra. Vera Lucia da Silva (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UNIRIO- Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Dra. Yvete Flávio da Costa (UNESP - Franca, SP - Brasil)

Assistente-Editorial

Esp. Ricardo Henrique Silva de Sá Cavalcanti (UNICHRISTUS - Fortaleza, CE - Brasil)

Bibliotecárias Responsáveis

Tusnelda Maria Barbosa
Patrícia Vieira Costa

Revisão Geral

Profa. Dra. Fayga Bedê
Me. Tércio Aragão Brillhante

Capa

Ivina Lima Verde

Coordenação de Design

Jon Barros

Projeto Gráfico/ Diagramação

Juscelino Guilherme

Correspondência

Unichristus
Editoria da Revista Opinião Jurídica
Avenida Dom Luís, 911 - 1º andar
Aldeota - CEP 60.160-230 - Fortaleza - Ceará
Telefone: 85 3457.5396
e-mail: opiniaojuridica01@unichristus.edu.br

APRESENTAÇÃO*

A Opinião Jurídica encontra-se, atualmente, no estrato B1 do Programa Qualis. Nosso intento, na presente edição, é de verticalizar, ainda mais, os esforços de adequação aos critérios e parâmetros estabelecidos pela Capes, tanto no que pertine ao aprofundamento do processo de internacionalização do periódico, bem como, no que tange ao grau de ampliação das exogenias praticadas, a saber:

- Dos 20 artigos que compõem essa edição, apenas 04 são oriundos do Ceará; ao passo que 16 trabalhos provêm de fora de nosso Estado; atingindo-se 80% **de exogenia quanto à procedência dos artigos**. Assim, estão contemplados outros 06 Estados da Federação, sendo: DF (Centro-Oeste); RS/PR (Sul) e MG/SP/RJ (Sudeste); além de 03 artigos na seção de Doutrina Estrangeira. São os trabalhos – publicados pela primeira vez no Brasil – de Louis Kotzé (Holanda) e de Giuseppe Lorini (Itália); bem como, o artigo, inteiramente inédito, de autoria de Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento e Maria José Añón Roig (Espanha).

- Dos 43 **pareceristas cegos** que avaliaram artigos para essa edição, observando o sistema *double blind review*, apenas 01 é proveniente de nosso Estado; contra 42 avaliadores exógenos; alcançando-se **97,67% de exogenia quanto à procedência dos pareceristas**, os quais são oriundos de Portugal e França, bem como de outros 10 (dez) Estados da Federação, contemplando-se as 05 (cinco) regiões do país: Sul (SC/PR/RS), Sudeste (SP/MG/RJ); Centro-Oeste (DF) e Norte (RR/PA), além do próprio Nordeste (CE).

- Nossa Comissão Editorial conta com a presença de **61 ilustres Membros**, dentre os quais, 51 colegas são oriundos de outros 11 Estados da Federação, contemplando-se 04 (quatro) regiões do país: (PE/BA) Nordeste; (MS/DF/GO) Centro-Oeste; (SP/RJ/MG) Sudeste; e (RS/PR/SC) Sul; e de países como Alemanha, França, Portugal, Espanha e Peru; perfazendo, assim, **83,6% de exogenia, quanto aos integrantes da Comissão Editorial**.

A presente edição não teria sido possível sem o empenho de nossa Equipe (pequena, porém bravia!). E, de forma especial, somos imensamente gratos ao nosso corpo de pareceristas - pedra angular, sem a qual, a Opinião Jurídica não teria chegado até aqui.

Voilà: que venham os debates!...

Prof. Dra. Fayga Bedê
Editora-Chefe da Revista Opinião Jurídica

* A edição em apreço foi publicada tempestivamente. No entanto, a pedido de um autor, estamos substituindo o arquivo da edição no portal para corrigir erro material na apresentação do referido articulista.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

- A eficácia horizontal dos direitos fundamentais..... 11**
Alexander Perazo Nunes de Carvalho
Renata Albuquerque Lima
- A pesquisa com seres humanos e os mecanismos de controle social 24**
Anderson de Fraga Pereira
Selma Rodrigues Petterle
- Retração, progressão, expansão e retrocesso: o caminho hígido para um sistema de proteção social sustentável..... 47**
André Studart Leitão
Eduardo Rocha Dias
Alexandre Antonio Bruno da Silva
- A racionalidade da justiça 67**
Bruno Amaro Lacerda
- O direito ao esquecimento frente aos mecanismos de memória eterna..... 82**
Carlos Henrique Pazzinatto
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
- Jurisdição processual e democracia: advento da audiência de conciliação e de mediação, efetivação dos meios equivalentes e acesso à justiça..... 108**
Daniel Mota Gutierrez
Jânio Pereira da Cunha
- A ação civil pública em matéria tributária como instrumento de acesso à justiça e proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes132**
Deborah Moretti
Yvete Flavio da Costa
- Tutela provisória no processo coletivo: um diálogo entre o novo código de processo e a lei da ação civil pública..... 157**
Elaine Harzheim Macedo
- A propriedade privada, o direito de uso e o plantio de sementes transgênicas: uma questão socioambiental na proteção da saúde e o caso do milho “liberty link”184**
Fabiana Pacheco de Souza Silva
Elcio Nacur Rezende

Paideia dos degradados: raízes dos condicionamentos inibidores da universalização do Direito à educação no Brasil 203

Gerardo Clésio Maia Arruda

Flávio José Moreira Gonçalves

Políticas públicas e extrafiscalidade: direitos fundamentais da juventude brasileira 232

Hugo Thamir Rodrigues

Fabiano Rodrigo Dupont

Notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental 249

Ingo Wolfgang Sarlet

Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo..... 268

Ivar Alberto Martins Hartmann

Lívia da Silva Ferreira

As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira .. 284

José Vicente Santos de Mendonça

Cooperação judicial penal e integração regional: tratamento normativo e institucional na União Europeia e no Mercosul. 302

Lucas Tavares Mourão

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Simplificação contábil para micro e pequenas empresas..... 324

Marcelo D. Varella

Clarice Gomes de Oliveira

Cleise Martins Costa

Michelle Messere

Dignidade humana e umwelt: a fundamentalidade sistêmica do princípio da precaução ambiental 344

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

Les religions représentent-elles un risque pour les droits de l'Homme en France? 366

Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento

Maria José Añón Roig

Can Constitutive Rules Create a Practice? 388

Giuseppe Lorini

Arguing Global Environmental Constitutionalism 398

Louis J. Kotzé

Normas de Publicação 440

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexander Perazo Nunes de Carvalho*

Renata Albuquerque Lima**

Introdução. 1 A Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações provadas e a doutrina da *State Action*. 2 A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada. 3 A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada. Conclusão. Referências.

RESUMO

A questão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais demonstra a inevitável evolução da nova hermenêutica constitucional. Percebe-se na Doutrina e Jurisprudência uma maior preocupação com a aplicabilidade desses direitos em relação aos particulares, ampliando, portanto, o seu raio de ação. Inserindo uma nova dimensão objetiva aos direitos fundamentais, conclui-se que já não basta ao Estado se abster de violar direitos humanos. É preciso que ele atue concretamente para proteger os indivíduos face às agressões e ameaças de terceiros, incluindo aqui, os interesses privados. A constitucionalização do Direito Civil é o marco da adequação da legislação privada aos direitos fundamentais, pois trata-se de um processo que importa modificações substantivas na forma de se conceber e encarar os principais conceitos do direito privado, fazendo-o alcançar o patamar de ciência cível constitucional.

Palavras-chave: Eficácia horizontal. Direitos Fundamentais. Constitucionalização do Direito Civil.

* Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor da Unichristus – Centro Universitário Christus e da Unifor, Professor Visitante da Universidade Potiguar/RN, Professor do site www.euvoypassar.com.br, Assessor Jurídico de 1ª Instância da Procuradoria de Justiça Militar, em Fortaleza/Ce e especialista em Direito Militar. E-mail perazo@globocom.com

** Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE. Professora de Direito Empresarial da UNICHRISTUS. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão - FLF. Advogada. E-mail: realbuquerque@yahoo.com

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais na atual Constituição Federal de 1988 estão previstos, precipuamente, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que, por sua vez, abrangem os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5º), os Direitos Sociais (artigos 6º ao 11), os Direitos da Nacionalidade (artigos 12 e 13), os Direitos Políticos (artigos 14 a 16) e os Partidos Políticos (artigo 17), além de espalhados por toda a Constituição, como, *verbi gratia*, o direito ao meio ambiente sadio.

Sabe-se, por sua vez, que o § 1º, do artigo 5º da CF/88 ainda determinou que as normas definidoras de direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata, ou seja, além de eficácia plena, possuem também vigência automática, sendo, inclusive, autoaplicáveis. Resta porém indagar contra quem os direitos fundamentais podem ser opostos.

Assim, de há muito se percebe que os direitos fundamentais atuam como uma limitação à atuação dos governantes em relação aos governados, em uma nítida relação vertical entre o Estado e o indivíduo, seja por meio de uma abstenção estatal (direitos de primeira dimensão), uma ação (segunda dimensão) ou em favor dos meta-individuais (direitos de terceira dimensão). Não por outra razão, os direitos fundamentais podem não ser exercidos, porém nunca renunciados, pois historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a própria irrenunciabilidade são características determinantes dos ditos direitos fundamentais.

Por outro lado, cogita-se, hoje em dia, da aplicação dos direitos fundamentais¹ também nas relações jurídicas entre indivíduos, interpretando-se as relações privadas com um viés constitucional e possibilitando, assim, a manutenção do equilíbrio da justiça também nas prefaladas relações privadas (*Drittwirkung*).

De fato, ao expandir os efeitos das relações privadas para uma concepção constitucional², naturalmente, fez surgir também uma ampliação dos direitos fundamentais para além de uma relação cidadão-Estado, adquirindo uma dimensão objetiva de aplicação dos direitos fundamentais “de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.”³

Assim, o direito privado passa também a “conhecer o fenômeno do poder e da autoridade para condicionar suas relações, não sendo apenas do poder público o ataque contra a liberdade de manifestação do indivíduo e a dignidade da pessoa humana.”⁴

Para Daniel Sarmiento,

[...]a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multipli-

cidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.⁵

Em outro diapasão, não é possível entender o Estado Democrático sem a proteção (também constitucional) da autonomia privada. Assim, o paradoxo da democracia⁶, em uma tentativa de alcançar o “governo do povo”, resta por expulsar o indivíduo que, colocado frente a problemas cada vez mais complexos, necessita de uma ação individual com suficiente liberdade, na crença de que isso produzirá um efeito conjunto que, no futuro, seja melhor para todos.

Nessa dualidade de posições, ou seja, de um lado, a autonomia privada, indispensável, como dito, em um Estado Democrático de Direito e base estrutural do Direito Civil, e, por outro lado, a premissa de que se encontra perfeitamente possível a aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito do direito privado, fez com que surgissem várias teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois é certo que a forma de incidência dos direitos fundamentais para os particulares não pode ser igual para os poderes públicos, em razão das diferenças ontológicas entre ambos.

Assim, o ponto nodal das teorias que se passa a analisar incide na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana.

1 A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A DOCTRINA DA STATE ACTION

Inicialmente, na Alemanha, logo após as primeiras discussões acerca da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, “esboçou-se contra ela uma forte reação, que teve à frente autores como Mangoldt e Forsthoff”⁷, baseada numa visão do liberalismo clássico, reverberando que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa em face do Estado.

Em resumo, os argumentos utilizados afirmavam que o alicerce dos direitos fundamentais foi construído em função de uma tradição histórica liberal, na qual a Lei Fundamental alemã vinculava somente os poderes públicos aos direitos fundamentais. Ademais, a adoção da eficácia horizontal colidiria com a autonomia privada individual, fulminando todo o arcabouço jurídico do direito privado.

Em que pesem os argumentos suso mencionados, a corrente de negação da eficácia dos direitos fundamentais na Alemanha, conforme preleciona Daniel Sarmiento, praticamente desapareceu com as reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal, a partir da década de 50.⁸

Ainda com base na concepção do Estado Liberal Clássico, uma teoria contrária à horizontalização dos direitos fundamentais ainda é fortemente adotada nos Estados Unidos da América, denominada *state action*.

Dessa maneira, a doutrina do *state action* estabelece uma visão quase universal de que os direitos fundamentais estabelecidos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense impõem limitações apenas para os Poderes Públicos (com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão). Para justificar tal pensamento, a doutrina baseia-se na literalidade do texto constitucional que se refere, de forma categórica, apenas aos Poderes Públicos, bem como no fato de que a *state action* preservaria o espaço de autonomia dos Estados, afinal de contas, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre direito privado nos Estados Unidos.

Foi o que aconteceu, conforme ainda informa Daniel Sarmiento⁹, na recente Decisão da Suprema Corte no ano de 2000, no caso *Boy Scouts of America v. Dale*. No Estado de New Jersey, existia uma lei estadual proibindo qualquer discriminação contra homossexuais. Apesar disso, uma organização privada de escoteiros (*Boy Scouts*), descobriu que um de seus integrantes era militante da causa homossexual e resolveu expulsá-lo. Como a inconstitucionalidade da referida lei estadual foi questionada, o caso restou por chegar à Suprema Corte, que entendeu que a aplicação da lei estadual, no caso, violava a liberdade de associação e expressão, prevista na 1ª Emenda, por obrigar que um grupo ligado por valores comuns – dentre os quais a rejeição ao homossexualismo – fosse integrado por pessoa indesejada, e por isso julgou improcedente a ação.

Somente a partir da década de 40, a Suprema Corte Americana passou a esboçar um certo temperamento para a *state action*, elaborando a denominada *public function theory*, segundo a qual, os particulares que promovessem atividades de natureza tipicamente estatal estariam sujeitos às limitações constitucionais dos direitos fundamentais. Segundo a Suprema Corte, impediria, assim, que o Estado se livrasse de sua vinculação aos direitos fundamentais pela constituição de empresas privadas.

O caso mais emblemático da adoção da *public function theory* foi o *Marshal v. Alabama*, julgado em 1946, ocasião em que se discutia se uma empresa privada, possuindo terras nas quais existiam ruas e estabelecimentos comerciais, poderia proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior de sua propriedade. Veja-se o precedente:

[...] In this case, we are asked to decide whether a State, consistently with the First and Fourteenth Amendments, can impose criminal punishment on a person who undertakes to distribute religious literature on the premises of a company-owned town contrary to the wishes of the town's management. The town, a suburb of Mobile, Alabama, known as Chickasaw, is owned by the Gulf Shipbuilding Corporation. Except for that, it has all the characteristics of any other American town. The property consists of residential buildings, streets, a system of sewers, a sewage disposal plant, and a "business block" on which business places are situated. A deputy of the Mobile County Sheriff, paid by the company, serves as the town's policeman.

A state can not, consistently with the freedom of religion and the press guaranteed by the First and Fourteenth Amendments, impose criminal punishment on a person for distributing religious literature on the sidewalk of a company-owned town contrary to regulations of the town's management, where the town and its shopping district are freely accessible to and freely used by the public in general, even though the punishment is attempted under a state statute making it a crime for anyone to enter or remain on the premises of another after having been warned not to do so.¹⁰

Assim, percebe-se que a aplicação da doutrina da *State Action* está ligada ao caráter individualista da Constituição e da própria cultura jurídica americana, não proporcionando uma adequada proteção aos direitos fundamentais, pois, como dito, incontestemente que as ameaças aos direitos fundamentais não advêm somente do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas e a adoção da técnica de ponderação de interesses pelos órgãos julgadores poderia trazer maior segurança ao ordenamento norte-americano.

2 A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

A concepção da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais na esfera privada surgiu na Alemanha, em 1956, com Gunter Dürig. Como bem explica Juan Ubillos, “*no seu puede seguir sosteniendo que los derechos fundamentales significan todo del Derecho público, con una omnipresencia intensiva incluso, y nada en del Derecho privado. En las dos esferas significan algo: la última protección del contenido nuclear de la libertad*”¹¹

Assim, a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecida como *Mittelbare Drittwirkung*, teria como fundamento a possibilidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ocorrendo de forma mediata, ou seja, por meio de uma anterior mediação legislativa que vincularia o particular de forma indireta ou por aplicação derivada de uma cláusula aberta presente no direito privado.

Segundo Gilmar Mendes, os direitos fundamentais “não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico”¹² e, assim sendo, a incidência dos direitos fundamentais na seara privada deveria ocorrer por meio das cláusulas gerais implícitas no ordenamento civil como, *v.g.*, a ordem pública, boa-fé objetiva, bons costumes etc., ou mediante a aplicação das demais regras próprias do direito privado.

Dessa maneira, a teoria da aplicação mediata serviria para proteger os direitos fundamentais em todas as relações mantidas no âmbito do ordenamento jurídico, o que inclui o dever de protegê-los, também, contra entidades privadas, porém a intensidade da aplicação desses direitos deveria ocorrer de uma forma mais atenuada.

Para os adeptos da teoria da aplicação indireta,¹³ aplicar os direitos fundamentais de forma direta levaria a uma desfiguração da base do direito privado pelo extermínio da autonomia privada da vontade, gerando uma hipertrofia normativa constitucional e, conseqüentemente, um poder incomensurável aos magistrados, em vista do grau de indeterminação das normas definidoras dos direitos constitucionais.

Assim argumenta Konrad Hesse:

[...] mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza com perderse la identidad del Derecho Privado, acuñaada por la larga historia sobre la que descansa, em perjuicio de la adecuación a sua própria materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte dello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieron renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal.¹⁴

Pelo exposto, a teoria da aplicação indireta negaria uma força normativa vinculante da Constituição, tendo o condão, simplesmente, de irradiar suas limitações e ditames à legislação civil, a qual regularia diretamente as relações privadas.

Na Jurisprudência alemã, cite-se o caso de um superendividamento decorrente de um contrato de fiança. Tratava-se da hipótese de fiança prestada por um familiar praticamente sem patrimônio, cujos rendimentos não eram suficientes sequer para pagar os juros da dívida. O Tribunal Constitucional Alemão, analisando julgado do Supremo Tribunal Federal que considerara válida a fiança, com base no princípio da liberdade de contratar (negando, portanto, a horizontalização dos direitos fundamentais), determinou ao mesmo que revisse a sua decisão, levando-se em consideração, na interpretação das cláusulas gerais dos bons costumes e da boa-fé, que limitam a liberdade contratual, o princípio constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, que teria sido ignorado na apreciação da causa.¹⁵

O próprio Supremo Tribunal Alemão, em 1972, aplicando a teoria mediatizada, considerou inválida a cláusula de acordo de divórcio, pela qual o ex-marido se obrigava a viver, durante um certo período, em cidade diversa de sua ex-esposa, alegando que referido acordo violava a cláusula geral dos bons costumes, que deveria ser interpretada de modo a proteger o direito fundamental à liberdade de circulação e residência.¹⁶

Ocorre, porém, que, indubitavelmente, apesar de um grande avanço, restou evidente que a teoria de aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas continuou sendo insuficiente para atender à nova hermenêutica constitucional, pois, em sendo necessária a atuação legislativa para que as disposições constitucionais tenham aplicabilidade, estar-se-ia negando a própria força normativa da Constituição Federal.

Ubillos bem afirma que

Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido ao legislador. No parece compatible con essa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide. De ahí que el término “eficacia mediata” nos parezca equívoco. Quienes defienden la necesidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del derecho están negando, em realidad, la eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales, em cuanto tales.¹⁷

Assim, a teoria da eficácia mediata, defendendo a atuação do legislador ordinário para efetivar a integral aplicação dos direitos fundamentais ou, quando muito, a aplicação integrativa do julgador, com base nas cláusulas gerais, como afirmado por Ubillos, em verdade, nega a existência da horizontalização dos direitos fundamentais e acaba por sedimentar apenas a teoria da interpretação conforme à Constituição.

3 A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

A teoria da eficácia horizontal direta surge, de forma tímida, na Alemanha, na década de 50, pela tese de Hans Carl Nipperdey.¹⁸ e, segundo o mencionado autor, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.¹⁹

Assim, hoje em dia, não se pode conceber o direito privado como um sistema independente, dissociado das premissas majoritárias do *Welfare State* e da constitucionalização do Direito Civil. Adotar a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas significa abandonar, de vez, a velha dicotomia público-privado.

Tal ingerência reflete a nova perspectiva constitucional a incidir sobre o direito privado, enfrentada com o nascimento da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Conforme Gustavo Tepedino²⁰, trata-se do movimento da descodificação, que visa a uma releitura da legislação ordinária à luz da Constituição, primando pela observância desta nas relações privadas, bem como pela uniformidade política e ideológica do ordenamento jurídico, por mais complexo que seja.

Tal conduta é vislumbrada também no direito europeu, na tentativa de assegurar maior efetividade das normas descritivas de valores e promover uma conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República.²¹

Nesse sentido, o “Estado Social” tem um novo papel a ser desempenhado, na qualidade de agente de implementação de políticas públicas, em que ele é

instado a promover um modelo econômico de bem-estar social e, ao mesmo tempo, a integrar, modernizar e legitimar o sistema capitalista.²²

Esse processo de socialização das relações privadas/patrimoniais é observado notadamente nos arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII e 170 da CF/88 remetendo a cláusulas gerais, como, por exemplo, a função social da propriedade, no caso em tela, da empresa, a dignidade da pessoa humana, a garantia do desenvolvimento do país e etc.

Cumprido destacar, no entanto, que aplicar a teoria imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não significa desconsiderar as especificidades das relações privadas, não sendo possível, portanto, transplantar o particular para a posição de sujeito passivo nos mesmos moldes que se faz com os poderes públicos.

Com efeito, não se trata, portanto, de uma teoria radical, pois não se prega a desconsideração da liberdade individual das pessoas. Assim, os particulares são titulares de direitos fundamentais, e contra eles não seria possível atribuir toda a esfera restritiva que essas normas possuem em face do Estado, ao passo que são imbuídos da proteção constitucional de autodeterminação.

Conforme preleciona Daniel Sarmiento, “a teoria da eficácia imediata não logrou grande aceitação na Alemanha, mas é majoritária na Espanha e em Portugal”.²³ Perlingieri, por sua vez, aduz que

[...] a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. [...] Assim, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.²⁴

Assim, com a aplicação da teoria direta dos direitos fundamentais às relações privadas, a Constituição pode demonstrar sua eficácia de forma dúplice ou binária, pois esse método se concretiza quando o Poder Judiciário, em sua atuação típica, resolve o caso concreto utilizando-se da legislação ordinária (em um método de aplicação indireta), mas ao mesmo tempo, aplica também, em razão de sua normatividade, de forma direta, os princípios constitucionais ao caso concreto.

Sabe-se que o constituinte brasileiro foi omisso quanto à vinculação expressa dos particulares aos direitos fundamentais, porém, como já foi dito, o § 1º, do artigo 5º da CF/88 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”, não gerando dúvidas, *data maxima venia*, quanto à aplicação de forma direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Nesse sentido, destaca Daniel Sarmiento:

Com efeito, qualquer posição que se adota em relação à controvérsia em

questão não pode descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos.

[...] A Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas.²⁵

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 também

[...] nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependentes da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.^{26 27}

Assim, incontestemente se a compreensão de que o fundamento da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica que, por sua vez, legitima e condiciona todo o direito positivado, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é medida que se impõe, uma vez que não reconhecê-la ou condicioná-la à vontade do legislador ou, por último, limitar o seu alcance à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do direito privado, significa, simplesmente, retirar a dignidade da pessoa humana do epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira.

Argumenta-se como precedente no Supremo Tribunal Federal para a adoção da teoria direta, o julgamento do RE 158215-4/RS, no ano de 1996, possuindo como Relator o Min. Marco Aurélio, no qual discutia-se um caso em que associados de uma cooperativa haviam sido excluídos, como punição, sem direito de defesa, tendo o julgado entendido que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa”.²⁸

Ainda no ano de 1996, o Supremo Tribunal Federal também entendeu, no RE 161.243-6/DF, cujo Relator foi o Min. Carlos Velloso, que o trabalhador brasileiro, empregado na empresa Air France, deveria ter o reconhecimento dos mesmos direitos trabalhistas assegurados no Estatuto das Pessoas da Empresa, que em princípio, somente beneficiava os empregados de nacionalidade francesa.²⁹

Mais recentemente, o STF, com relatoria do Min. Gilmar Mendes, no RE 2018119/RJ, entendeu pela ampla aceitação dos direitos fundamentais de forma direta nas relações privadas, diante da União Brasileira de Compositores

que também havia excluído do seu quadro de sócios determinado compositor, sem que a este fossem asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, destacando o Voto do Min. Celso de Mello, que assim se manifestou:

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações na ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.³⁰

Por esses acórdãos, não resta dúvida de que o STF tem amplamente aceitado a aplicação direta dos direitos fundamentais na resolução de conflitos privados, independentemente da mediação do legislador ou de aplicação das cláusulas abertas.

CONCLUSÃO

A questão sobre a incidência dos direitos fundamentais na seara privada ainda provoca intensos debates no meio jurídico, sendo essencial para a garantia de uma sociedade livre, justa e harmônica. Com o passar dos tempos, evoluiu-se de uma teoria de ineficácia horizontal, ou seja, de uma teoria que nega a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (*state action*), para uma teoria indireta de aplicação dos direitos fundamentais, até a aplicação direta dos direitos constitucionais individuais às relações privadas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, calcada pelo ideário de justiça e solidariedade e, tendo a dignidade da pessoa humana como Fundamento do Estado Democrático de Direito, torna-se necessária a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, objetivando dar a esses direitos a sua máxima efetividade.

Em contrapartida, a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas não exclui a obrigação do Poder Judiciário de interpretar e eventualmente aplicar as normas jurídicas do Direito Privado, de índole infraconstitucional, como, *verbi gratia*, as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, desde que respeitados, num primeiro momento, os direitos fundamentais. Dentro desse cotejo, deve o Judiciário, preliminarmente, mirar os valores constitucionais – que possui no sistema dos direitos fundamentais o seu eixo central – e caso não seja possível a aplicação de norma infraconstitucional, deve o órgão jurisdicional exercer o controle de constitucionalidade incidental da norma, afastando o preceito viciado face ao Parâmetro Constitucional.

Assim, não restam dúvidas de que os direitos individuais devem ser apli-

cados diretamente, seja na interpretação de cláusulas contratuais ou de outras declarações da vontade, de sentido duvidoso, independentemente de qualquer invocação de um conceito jurídico indeterminado, podendo, inclusive, ser utilizados como limites externos para a regulação jurídica emanada de fontes não estatais do Direito como, *v.g.*, estatutos de associação de clubes ou de moradores, convenções de condomínio etc.

Nesse sentido, a tutela dos direitos fundamentais das relações privadas não se esgota em uma mera relação geral de abstenção, nem na simples reparação civil de danos causados, pois a proteção conferida pela Constituição é mais ampla, envolvendo tanto uma tutela preventiva, quanto uma atuação repressiva e corretiva, abrangendo, tanto obrigações negativas do particular, como deveres positivos, dependendo das circunstâncias de cada caso em concreto.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. Pontara, G y VECA, S. *Crisis de la democracia*. Trad. de Marfa. Ariel, Barcelona, 1985.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradeira. Revista dos Tribunais, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MÜNCH, Ingo Von. “*Drittwirkung de los Derechos Fundamentales en Alemania*”. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Civitas, 1997.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. de Maria Cristina de Cico. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.
- QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. *Teorias da Horizontalização dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal_and.doc>. Acesso em 01 dez.2014.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *En que medida vinculan a los particulares los derechos privados?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

1. Ainda hoje, toda a discussão sobre a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas se restringe aos direitos individuais. A questão concernente à possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos sociais não-trabalhistas, direitos políticos e direitos transindividuais, apesar de relevantíssima, ainda não despertou a merecida atenção da doutrina, o que não significa dizer que tais direitos não teriam nenhum tipo de eficácia no âmbito das relações privadas.
2. Segundo Lorenzetti, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.
3. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 587
4. QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. **Teorias da Horizontalização dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal_and.doc> Acesso em 01 dez.2014.
5. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185.
6. Cf. BOBBIO, N. Pontara, G y VECA, S. *Crisis de la democracia*, trad. de Marfa, Ariel, Barcelona, 1985.
7. SARMENTO, Daniel, op. cit, p. 188.
8. Ibidem, p. 188
9. SARMENTO, Daniel. op. cit, p. 194.
10. U.S. Supreme Court. *Marsh v. Alabama*. 326. U.S. 501 (1946). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/326/501/case.html>>. Acesso em: 04 dez. 2014.
tradução livre - Nesse caso, nos pediram para decidir se o Estado, consistente com a Primeira e Décima Quarta Emenda, pode impor uma punição criminal a uma pessoa que se compromete a distribuir literatura religiosa nas instalações de uma empresa própria da cidade contrária aos desejos da gerência da cidade. A cidade, subúrbio de Mobile, Alabama, conhecida como Chicksaw é propriedade de Gulf Shipbuilding Corporation (Corporação Golfo de Construção Naval). Exceto por isso, tem todas as características de qualquer outra cidade Americana. A propriedade consiste em construções residenciais, ruas, um sistema de encanamento, uma planta de eliminação de esgoto, e um “quarteirão de negócios” onde os locais de negócios estão situados. Uma segunda pessoa do Mobile County Sheriff (Xerife Móvel do Município), paga pela empresa, serve à cidade como policial.
Um Estado não pode, consistentemente, com liberdade de religião e da imprensa garantida pela Primeira e Décima Quarta Emenda, impor uma punição criminal a uma pessoa por distribuir literatura religiosa na calçada de uma empresa própria da cidade contrária às regulações da gerência da cidade, onde a cidade e o distrito de shopping são livremente acessíveis e livremente usados pelo público em geral, apesar da punição ser um atentado dentro de um estatuto do Estado, fazendo com que seja um crime para qualquer um entrar ou permanecer nas instalações de outro depois de ter sido avisado para não fazê-lo.
11. UBILLOS, Juan María Bilbao. **En que medida vinculan a los particulares los derechos privados? - Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. ed. 2006, p. 309.
12. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.
13. Günter Dürig, Canaris, dentre outros.
14. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995. p. 60-61
15. SARMENTO, Daniel. op.cit. p. 202
16. MÜNCH, Ingo Von. “Drittwirkung de los Derechos Fundamentales en Alemania”. In, PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**. São Paulo: Ed. Civitas, 1997. p. 38.
17. UBILLOS, Juan María Bilbao. op. cit. p. 315
18. Cf. Sarmiento, a primeira manifestação de Nipperdey sobre essa teoria foi produzida em 1950, num artigo sobre a igualdade do homem e da mulher em relação ao salário. Mas é em seu livro sobre a parte geral do Direito Civil Alemão que o autor traz uma abordagem sobre a questão.

19. SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 204
20. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 5-6.
21. TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p. 7-8.
22. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.28;37.
23. SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 206
24. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. de Maria Cristina de Cico. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 11.
25. SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 237
26. *Ibidem*, p. 237
27. Ainda sobre a aplicação da teoria direta no Brasil, assim justifica Sarmento: existe um dado fático relevantíssimo, que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos, ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. Segundo estatísticas oficiais, que muitos consideram excessivamente otimistas, o Brasil tem 54 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria. Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do “elevador de serviço” para pobres e pretos; do “sabe com quem está falando?”; dos quartos de empregada sem ventilação e do tamanho de armários nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito de “casa-grande e senzala”
28. DJ 07/06/1007
29. Informativo nº 197
30. DJ 12/02/2001

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

The questions concerning horizontal effectiveness of the fundamental rights present as modifications evolves on constitutional hermeneutics. Both, doctrine and jurisprudence, point out the applicability of these rights within private relations, increasing the range of these concepts. As this objective dimension arises, it is not sufficient that the State abstains itself of violating human rights. It's necessary that the State protects the individuals against menaces and attacks from others, even when the interests involved are essentially private ones. The reading of Civil Law under Constitutional terms is a mark of the submission of private interests to fundamental rights. This is a process that introduce significant changes in the main concepts of private law, thereby achieving the standard of constitutional civil science.

Keywords: Horizontal Effectiveness. Fundamental Rights. Civil Law.

Submetido: 17 ago. 2015
Artigo convidado

A PESQUISA COM SERES HUMANOS E OS MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL*

*Anderson de Fraga Pereira***

*Selma Rodrigues Petterle****

1 Breves notas introdutórias. 2 Controle social na saúde: o papel das conferências e dos conselhos de saúde. 3 A discussão do tema no Município de Canoas/RS (Conselho Municipal de Saúde e Conferências municipais de saúde) e Conferências Nacionais de Saúde. 4 Considerações finais. Referências. Apêndice. Anexo.

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988 protegeu um conjunto de direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, sendo que o sistema de saúde no Brasil é organizado por meio de um sistema único que, dentre outras características, deve ter a participação da comunidade. Essa participação ocorre fundamentalmente por meio dos conselhos e conferências de saúde. Em âmbito nacional, o Conselho Nacional de Saúde tem sido o órgão normatizador das diretrizes que orientam as pesquisas envolvendo seres humanos, mais recentemente a Resolução 466/2012. Considerando essas premissas, o presente artigo objetiva verificar em que medida se deu a discussão, junto ao Município de Canoas/RS, a respeito do conteúdo da referida resolução, com a pesquisa documental nas atas de reuniões e assembléias.

Palavras-chave: Saúde. Controle social. Pesquisa. Seres humanos.

1 BREVES NOTAS INTRODUTÓRIAS

A problemática da pesquisa com seres humanos é recorrente e está permanentemente incluída na pauta das discussões. Em termos históricos, há que destacar dois instrumentos no âmbito do direito internacional, dentre outros,¹ no que diz respeito à pesquisa com seres humanos: o Código de Nuremberg e, posteriormente, a celebração do Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966).

* Artigo decorrente de projeto de pesquisa com fomento externo, Edital Universal CNPq, no 13/2014.

** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário La Salle, UNILASALLE. E-mail: anderson.infoservice@gmail.com.

*** Docente permanente do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário La Salle, UNILASALLE, Canoas-RS. E-mail: selmapetterle@gmail.com.

O primeiro consubstancia o julgamento de Nuremberg, em 1947, após o término da Segunda Guerra Mundial, dos crimes cometidos pelos médicos nazistas nos campos de concentração, que foi um ponto de partida para elaborações posteriores. Eis alguns ilustrativos exemplos desses experimentos: ingestão de água do mar, para verificar quanto tempo uma pessoa conseguiria ficar sem beber água fresca; submersão de prisioneiros em água gelada, para calcular o tempo de sobrevivência de um piloto que caísse em alto mar e avaliar técnicas de reaquecimento do corpo; exposição de prisioneiros ao gás fosgênio, para teste de antígenos; infecção com agentes patógenos, para avaliar efeitos de preparados homeopáticos.²

Quanto ao segundo, trata-se de Convenção internacional celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas que, dentre outros aspectos, também tratou de dar, no ano de 1966, uma resposta às experiências levadas a cabo nos campos de concentração nazistas, por médicos pesquisadores³ e que contemplou, no art. 7º do Pacto Internacional de Direito Civil e Político, a proibição de que uma pessoa seja submetida a uma experimentação médica ou científica sem o seu livre consentimento.

Já no que se refere às Organizações de caráter não governamental, cabe referir que em 1964 a Associação Médica Mundial (AMM) exarou a Declaração de Helsique, aportando um conjunto de princípios éticos a observar relativamente às pesquisas experimentais na pessoa humana, documento alterado posteriormente, em várias oportunidades. No ano de 2008, aconteceu a sexta revisão da Declaração de Helsinque (2008), quando foram inseridas duas novas temáticas até então inexploradas nas versões anteriores, quais sejam, a previsão de consentimento informado específico⁴ para que se proceda ao armazenamento e reutilização de materiais humanos em outras pesquisas, admitindo-se a possibilidade de que os comitês de ética possam considerar e aprovar uma investigação com esses biobancos sem o instrumento de consentimento, se for impossível ou impraticável requerê-lo ou também se se constituir em ameaça à própria validade do estudo e, outro ponto inovador, a necessidade de inscrição (ou registro) dos ensaios clínicos em uma base de dados de acesso público.

Outra organização que também tem se preocupado especificamente com essa problemática é o CIOMS (Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas), entidade que tem contribuído na elaboração de normas éticas internacionais sobre o tema, primeiramente, exarando, em 1982, as Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa Biomédica Envolvendo Humanos, revisadas posteriormente no ano de 1993 e em 2002.⁵ Entraram também em cena, no CIOMS, as Diretrizes Internacionais para a Revisão Ética dos Estudos Epidemiológicos, revisadas em 2009. Embora abordem, em síntese, o mesmo conteúdo, a segunda está mais voltada às pesquisas epidemiológicas, ou seja, às pesquisas na área da saúde em um nível mais macro, para a melhoria da saúde dos indivíduos, grupos e populações.

Em relação às organizações de caráter não governamental, sustenta-se que:

No entanto, estas organizações têm um papel de liderança no desenvolvimento da ética médica e da bioética, pois de seu seio emanam normas internacionais, que exercem uma influência inegável como princípios inspiradores e orientadores da atividade dos Comitês Nacionais de Bioética, e em particular – através de seus documentos de caráter ético e seus << guias de boa prática clínica>> - na atividade dos comitês de ética hospitalares e de ensaios clínicos.⁶⁻⁷

Relativamente a este tema em âmbito nacional, os instrumentos foram, para a classe médica, o Código de Ética Médica, consubstanciado na Resolução do Conselho Federal de Medicina no 1.246/1988. Este código de ética (da e para a) classe médica foi revogado e, desde 2010, está em vigor o novo código (Resolução nº 1.931/2009).

Já no que diz com a autoridade estatal, foram exaradas Resoluções do Conselho Nacional de Saúde, órgão colegiado vinculado ao Ministério da Saúde. Primeiramente, em 1988 (Resolução CNS 01/1988), o referido órgão regulou as pesquisas com seres humanos na área da saúde.⁸ Posteriormente, em 1996 (Resolução CNS 196/1996), a pesquisa envolvendo seres humanos, modelo revisado em 2012 (Resolução CNS 466/2012). Acrescente-se, ainda que foram implementados sistemas de informação.⁹

A Resolução CNS nº 466 foi aprovada em 12 de dezembro de 2012 pelo Conselho Nacional de Saúde, enfatize-se, portanto, que o modelo regulatório brasileiro está estreitamente vinculado ao modelo do Sistema Único de Saúde (SUS), que prevê o controle social e a participação da comunidade como princípios norteadores.

No contexto evolutivo de 1996 para 2012, o Conselho Nacional de Saúde, inclusive, promoveu uma consulta pública (via site) no ano de 2011, para revisão, tendo recebido várias propostas. Advirta-se, por oportuno, que não é objeto do presente artigo analisar o teor dessas propostas, e nem mesmo perquirir se as contribuições ofertadas foram (ou não) efetivamente consideradas quando do processo revisório. Além dessa consulta pública, foram também realizados seminários temáticos no ENCEP (Encontro Nacional dos Comitês de Ética em Pesquisa), para manifestação e participação ativa dos componentes desses comitês institucionais, o que sem dúvida desnuda uma evidência: a necessidade imperiosa de expandir o debate.

No plano constitucional, cabe relembrar que a Constituição Brasileira trouxe um conjunto afirmativo de direitos fundamentais. Dentre esses direitos, restou expressamente consagrado o direito fundamental à saúde.¹⁰ O direito à saúde, previsto através de um sistema único, é fruto de um vasto processo de articulação social, política e partidária das propostas de reforma sanitária defendidas e apresentadas pelos movimentos sociais durante a Assembleia Nacional Constituinte. É um sistema público nacional, baseado no princípio da universalidade.

dade.¹¹ Possui como diretrizes a descentralização, a integralidade do atendimento e a participação da comunidade, por meio do controle social.

No plano da legislação infraconstitucional, as duas grandes instâncias de deliberação previstas em lei são aquelas constantes na Lei 8.080/90 e na Lei 8.142/90, ou seja, as conferências e os conselhos de saúde, nas três esferas da federação brasileira. Ademais, se efetivamente há que fomentar o debate dentro do modelo SUS, há que provocá-lo também perante os mais de 5.000 conselhos de saúde já constituídos no Brasil, na esfera estadual e na esfera municipal (ver anexo). Considerando que as pesquisas não são exclusivamente realizadas em âmbito nacional, mas também em âmbito estadual e municipal, fundamental é saber se essa discussão ocorreu, de fato, nessas instâncias de deliberação legalmente constituídas e, se ocorreu, qual a sua extensão.

Como o modelo participativo concebido para o SUS foi pautado na participação comunitária (configurada pelo controle social por meio dos conselhos de saúde), o problema do presente artigo consiste em saber se com relação à Resolução nº 466/2012, elaborada pelo Conselho Nacional de Saúde (que aprovou as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil), aconteceu a verticalização da discussão, como em outros temas vinculados ao SUS. O objetivo, portanto, é verificar se em relação ao que foi regulado no Brasil no que diz respeito à pesquisa envolvendo seres humanos, em especial a vigente Resolução CNS 466/2012, houve, ou não, participação do controle social em sua discussão por meio das instâncias colegiadas previstas mais especificamente na Lei no 8.142/90 (as conferências e os conselhos de saúde) e traçar os contornos dessa discussão, no período compreendido entre os anos de 1996 e 2012.

No plano metodológico, cumpre esclarecer, inicialmente, a razão do referido marco temporal, que considerou os seguintes referenciais: primeiro, a resolução anteriormente vigente (do ano de 1996), que estabeleceu as normas e diretrizes regulamentadoras para as pesquisas envolvendo seres humanos; segundo, a nova resolução atualmente em vigor (do ano de 2012), que substituiu a resolução anterior. Sendo assim, buscou-se identificar se constou algum registro que demonstrasse a intenção de realizar essa discussão, de forma específica.

A metodologia da pesquisa foi preponderantemente documental, com pesquisas nas atas das reuniões e assembleias ordinárias e extraordinárias do Conselho Municipal de Saúde de Canoas/RS e documentos referentes às Conferências Municipais de Saúde do mesmo Município, ocorridas entre 1996 e 2012 e que foram localizados para pesquisa. Cabe explicitar também a escolha do Município de Canoas, que se deve ao vínculo institucional dos pesquisadores, pesquisa que posteriormente será ampliada para outros entes da federação.

Agregou-se, ainda, a análise dos relatórios das Conferências Nacionais de Saúde disponibilizados no site do Conselho Nacional de Saúde, de forma a destacar, exemplificativamente, alguns traços de discussão existentes nos relatórios finais das conferências nacionais de saúde realizadas no mesmo período.

2 CONTROLE SOCIAL NA SAÚDE: O PAPEL DAS CONFERÊNCIAS E DOS CONSELHOS DE SAÚDE

A participação da população, no que tange à saúde, não iniciou com o Sistema Único de Saúde (SUS). Anteriormente existiam os conselhos comunitários, os conselhos populares e os conselhos administrativos, que constituíam uma forma de participação já existente nas décadas de 1970 e 1980, muito embora possuíssem uma relação clientelista entre Estado e sociedade, não envolvimento institucional e ausência de poder para influir no desenho das políticas públicas.¹² Ainda que naquele contexto essa participação fosse evidentemente limitada, cabe referir a seguinte lição:

A participação social como elemento estruturante do sistema nacional de saúde esteve presente desde o início da proposta do movimento da Reforma Sanitária, que, já na década de 1970, compreendia como indissociáveis as lutas contra a ditadura militar, pela democratização do poder público e pela garantia da saúde como direito do cidadão e dever do Estado.¹³

Foi em 1986, no Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS) que foi proposta uma nova e completa concepção das políticas de saúde em vigor na época. Esta conferência trouxe contribuições ímpares. Além de propor a constituição de um novo conselho de saúde, propôs o seguinte (tema 2, Reformulação do Sistema Nacional de Saúde, item 25):

Deverão também ser formados Conselhos de Saúde em níveis local, municipal, regional e estadual, compostos de representantes eleitos pela comunidade (usuários e prestadores de serviço), que permitam a participação plena da sociedade no planejamento, execução e fiscalização dos programas de saúde[...]¹⁴

No período pós Constituição Federal de 1988, ganhou força a categoria da participação social, dando vigor à concepção de participação como cidadania. Cabe lembrar que, inicialmente, na regulamentação do SUS que ocorreu com a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, os dispositivos aprovados no Projeto de Lei nº 50/90 (nº 3.110/89, na origem), que previam a participação popular, foram vetados pelo então presidente Fernando Collor de Mello. Isso exigiu um novo processo de mobilização e um novo processo de articulação que acabou culminando na Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

Assim, a Lei nº 8.142/1990 reproduziu o texto original e institucionalizou duas instâncias colegiadas de participação em cada esfera de governo: as conferências de saúde e os conselhos de saúde. Há previsão de que a Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos, com a representação dos vários seguimentos sociais para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes. Quanto aos conselhos de saúde, a mesma Lei nos diz que em caráter permanente e deliberativo, o conselho é órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, que atua na formulação de estratégias e no

controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões são homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. Cabe referir, nesse contexto, o seguinte posicionamento:

A norma legal estabeleceu um fluxo decisório e operacional no qual as conferências propõem diretrizes para a formulação de políticas a partir da avaliação da situação de saúde, os conselhos formulam estratégias e controlam a execução das políticas, e as instâncias executivas (Ministério da Saúde, secretarias estaduais e municipais de saúde) implementam as políticas e homologam as deliberações dos conselhos. Os elementos que integram esse fluxo decisório guardam em si importantes diferenças tanto no número quanto na sua representatividade.¹⁵

Especificamente quanto à atuação dos Conselhos de Saúde, sustenta-se que há um considerável avanço relativamente ao controle das ações governamentais, pelos cidadãos assim como “mudança na forma de interferir – deslocando o clientelismo e fisiologismo tradicionais – e ao processo pedagógico de aprendizado do exercício do poder político”.¹⁶ Com relação às Conferências de Saúde,¹⁷ há “um avanço no processo de participação social, um sistema participativo com grande capilaridade, valor pedagógico e contribuições para a cultura democrática participativa”.

Destaquem-se, na mesma linha, os papéis distintos e complementares desempenhados pelas Conferências de Saúde e pelos Conselhos de Saúde:

Enquanto os conselhos de saúde têm a função de formular estratégias e controlar a execução das políticas, as conferências surgem como uma das arenas nas quais a participação social se antecipa à formulação de políticas, pois se volta para desenhar os princípios, diretrizes e pressupostos que devem orientar todo o processo de formulação de políticas de saúde no período seguinte. As conferências são, desse modo, espaço público de deliberação coletiva sobre as diretrizes que devem guiar a estruturação e condução do SUS, sendo que nelas o princípio da participação da comunidade assume explicitamente um caráter decisório acerca da configuração do sistema.¹⁸

3 A DISCUSSÃO DO TEMA NO MUNICÍPIO DE CANOAS/RS (CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE E CONFERÊNCIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE) E CONFERÊNCIAS NACIONAIS DE SAÚDE

Embora, como já visto, o processo de revisão da Resolução nº 196/1996 e elaboração da Resolução nº 466/2012 tenha passado por um processo de consulta pública (que não constitui objeto deste estudo), pelas razões já explicitadas, buscamos verificar se essa discussão se deu no âmbito do Conselho Municipal de Saúde (CMS) do Município de Canoas/RS e, se positivo, qual o alcance dessa discussão.

Essa pesquisa limitou-se aos anos de 1996 a 2012 (período entre o início de vigor da Resolução nº 196/1996 e entrada em vigor da Resolução nº 466/2012, ou seja, momento que poderia compreender a revisão da Resolução nº 196/1996 e elaboração da Resolução nº 466/2012). Com o intuito de verificar se o tema constituiu pauta específica nas reuniões e assembleia do Conselho, foram utilizadas as seguintes expressões como palavras-chave de pesquisa, nas pautas constantes nas atas do Conselho Municipal de Saúde: “pesquisa com seres humanos”, “pesquisa envolvendo seres humanos”, “CONEP”, “controle social da pesquisa”, “Resolução nº 196/1996”, e, “Resolução nº 466/2012”.

Como a primeira ata do conselho é da data de 9 de outubro de 1997, a pesquisa iniciou nesta data e finalizou em 10 de dezembro de 2012 (última reunião do ano). Ao todo foram pesquisadas 324 (trezentas e vinte e quatro) atas de assembleias e reuniões ordinárias e extraordinárias do Conselho Municipal de Saúde do Município de Canoas no período compreendido entre 9 de outubro de 1997 a 10 de dezembro de 2012 (ver apêndice). Entre os documentos pesquisados, nenhum apresentou como ponto de pauta específico discussão que tivesse como objeto construir contribuições para revisão da Resolução nº 196/1996 ou a elaboração da Resolução nº 466/2012.

A pesquisa, portanto, evidenciou que no âmbito do Município de Canoas/RS não houve discussão específica, nessa instância colegiada de participação prevista na Lei nº 8.142/90, referentemente à discussão sobre a revisão da Resolução do Conselho Nacional de Saúde que posteriormente aprovaria as novas diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos para o Brasil.

Embora não se tenha localizado documento que comprovasse a discussão junto ao Conselho Municipal de Saúde do Município de Canoas/RS, esse fato não demonstra necessariamente que a discussão não tenha ocorrido em outros municípios. Isso será objeto de pesquisas futuras. É importante destacar que no Município de Canoas/RS não se deu essa verticalidade nas discussões. É natural, até pelo seu papel, que os conselhos municipais foquem suas discussões aos assuntos locais, reservando debates que tenham um caráter mais estadual e/ou nacional normalmente para as conferências de saúde, que, além de ser um momento de discussão coletiva, elegem delegados para as etapas estaduais e, por consequência, para a etapa nacional das conferências.

As discussões das conferências, por sua vez, são sobre temas diversos e em nível de diretrizes gerais, não sendo realizadas discussões com o intuito específico de elaborar textos normativos na sua integralidade, apenas as pautas gerais. Sendo assim, buscou-se identificar se nas Conferências Municipais de Saúde do Município de Canoas/RS houve discussão específica sobre o tema no mesmo período (1996 a 2012).

Em relação às conferências, o material disponível para consulta junto ao Conselho Municipal de Saúde limitou-se aos anos de 2003,¹⁹ 2007 e 2011,²⁰ anos em que foram realizadas respectivamente a 3ª, 4ª e 5ª Conferência Municipal de

Saúde. Da mesma forma, não foi encontrada no material pesquisado discussão sobre o tema.

Como a análise se deu em apenas um Município (Canoas/RS), e, como as Conferências Nacionais são expressões das discussões realizadas nos demais conselhos (pois são precedidas de etapas estaduais e municipais), avançou-se no sentido de buscar identificar até que ponto as Conferências Nacionais trouxeram a temática no bojo de discussões realizadas. Assim, foram analisados os relatórios das Conferências Nacionais de Saúde disponibilizados no site do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

Ao analisarmos os relatórios finais da 10^a, 11^a, 12^a, 13^a e 14^a conferências, ocorridas respectivamente nos anos de 1996, 2000, 2003, 2007 e 2011, não se logrou obter resultados que evidenciassem qualquer discussão mais específica do tema (pesquisa envolvendo seres humanos e sua regulação). Embora não tenha sido encontrado um eixo específico de discussão que retratasse qualquer intenção de construção de proposição de revisão/elaboração das resoluções do CNS n^o 196/1996 e n^o 466/2012, foram encontrados, exemplificativamente, alguns textos esparsos.

Como há alguma vinculação, ainda que tangencialmente, com a temática da pesquisa, eis os achados. Primeiro, no Relatório Final da 11^a Conferência Nacional de Saúde, realizada no ano 2000: a) “Criar, no prazo de seis meses, a partir dos Conselhos Estaduais de Saúde, a Comissão de Ética dos Institutos de Pesquisa em Saúde, e fiscalizá-los periodicamente, para que cumpram eticamente a função”²¹; b) “Criar uma rede de Comitês de Ética e Segurança das Informações, com a participação direta de representantes dos usuários do SUS e da sociedade em geral. Com isso, estabelecer um espaço de interlocução com a sociedade civil, articulando iniciativas entre vários setores, tais como Ministério Público, Ministério e Secretarias da Saúde, sociedades científicas, comitês de Ética em Pesquisa Envolvendo Seres Humanos, entre outros”.²²

Segundo, no Relatório Final da 12^a Conferência Nacional de Saúde, realizada no ano 2003: a) “Garantir como uma das prioridades do Plano Nacional de Saúde a pesquisa em saúde com alocação de recursos específicos e padrões éticos definidos”²³; b) “Estabelecer a relevância social e o mérito técnico-científico como critérios relevantes de análise dos projetos de pesquisa pelos órgãos de fomento”;²⁴ c) “Incentivar, por parte das três esferas de governo, a aplicabilidade das pesquisas em saúde criando mecanismos de controle de sua eficácia”;²⁵ d) “Fortalecer as Comissões de Ética em Pesquisa (CEP) no controle social das pesquisas em seres humanos, priorizando os princípios do SUS”;²⁶ e) “Criar a Comissão Nacional e comissões estaduais de bioética visando ao debate das questões éticas em conflito na sociedade, incluindo as referentes ao campo da Saúde”;²⁷ f) “Criar a comissão de bioética nos serviços de saúde dos estados e municípios, quando necessário, para avaliação dos protocolos de pesquisas que envolvam seres humanos e discussão de aspectos éticos envolvidos na atenção à saúde”;²⁸ g) “Opor-se à clonagem de seres humanos, em qualquer circunstância,

admitindo somente as pesquisas com clonagem de células ou tecidos humanos com finalidades terapêuticas”.²⁹

Terceiro, no Relatório Final da 13ª Conferência Nacional de Saúde, realizada no ano 2007: a) “Assegurar o financiamento tripartite à informação científica e tecnológica, bem como o desenvolvimento de estudos e pesquisas de interesse para o SUS, em estrita observância à Resolução CNS no 196/96”;³⁰ b) “Que o Conselho Nacional de Saúde reveja a Resolução nº 240/97, referente à participação de usuários nos Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs), de modo a torná-la objetiva e efetiva, exigindo a criação de Comissão de Ética e a implantação de CEPs em toda e qualquer instituição pública ou privada que desenvolva pesquisa com seres humanos, fortalecendo o controle social com a participação de representantes da sociedade civil”.³¹

Quarto, no Relatório Final da 14ª Conferência Nacional de Saúde, realizada no ano 2011: a) “Realização e divulgação dos resultados das pesquisas pelas Instituições de Ensino Superior visando ao tratamento, à cura, à qualidade de vida das pessoas com doença falciforme”;³² b) “Que a sociedade civil tenha a sua participação representativa garantida nos espaços de discussão e decisão sobre medicamentos, seus efeitos, pesquisa e disponibilidade na rede pública visando à atualização dos protocolos clínicos, como forma de conhecimento para proporcionar segurança e qualidade”;³³ c) “Incentivo às pesquisas científicas das doenças reumáticas”.³⁴

Esclareça-se o fato de que mesmo o material encontrado relacionado ao tema junto aos relatórios finais das conferências nacionais de saúde, embora pudessem ser considerados como contribuições, são colaborações tão esparsas que não possuem o objetivo de construir texto normativo e nem mesmo contribuir para esse debate regulatório específico, relacionado à pesquisa com seres humanos.

Como afirmado anteriormente, as discussões das conferências são de temas diversos e para pautar as diretrizes gerais, não tendo o objetivo específico de elaborar textos normativos pontuais de forma integral. Embora nem sempre se transformem em ações, em geral influenciam a política de saúde de forma muito expressiva, como assim afirmado:

Não tendo um caráter deliberativo e funcionando mais como um mecanismo de ausculta da sociedade, os debates das conferências nem sempre se desdobraram em ações do Executivo. Entretanto, é inegável a influência desses fóruns em processos como o da intensa municipalização a partir da 9ª CNS, ou o do crescimento da importância do controle social a partir dos conselhos de Saúde depois da 10ª CNS.³⁵

Veja-se, a propósito, a pesquisa do Laboratório de Planejamento Participativo em Saúde da Universidade de Brasília - Lappas/UnB, sobre 25 anos de conferências de Saúde democráticas e participativas, a partir de uma revisão

sistemática de literatura e da análise de regulamentos internos e relatórios finais, indicando o crescimento do número de deliberações:

Se, por um lado, o crescimento expressa a complexificação do sistema de Saúde e a pluralidade de interesses presentes nesse fórum, revela, por outro, um universo extremamente fragmentado, com possíveis perdas de substância das propostas aprovadas e a inexecutabilidade de tantas resoluções. [...] As deliberações abrangem praticamente todo o espectro de ações implementadas pelo SUS. Mas o papel das diretrizes expressas pelas conferências é tornar claros os objetivos que devem ser alcançados pela política de saúde.³⁶

É certo que quanto maior a quantidade de propostas, maior a dificuldade de efetivação integral das diretrizes construídas nas conferências, e também nos conselhos de saúde. De qualquer forma, há um avanço ao longo da história no que tange a esses (novos) espaços de deliberação, que se aprimoram ao longo do tempo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma importância significativa do controle social no que diz respeito à institucionalização do direito fundamental à saúde, consagrado na Constituição Federal brasileira. Da mesma forma, há um avanço desde o reconhecimento desse direito como direito fundamental até sua consolidação e construção cotidiana de um direito social “novo”, ao menos na sua concepção. Além disso, o processo de participação também tem vivido uma evolução, seja da sua organização, seja da sua capacidade quantitativa de produção de proposições.

No entanto, como visto, há uma necessidade de organização dessa produção em especial pela necessidade de priorização e monitoramento da sua efetivação. Do contrário, as construções coletivas podem tornar-se banalizadas na medida em que se transformam em instrumentos repetitivos e de soma de demandas e diretrizes ao que até então vem sendo construído de forma repetitiva, muito embora, como demonstrado, tem influenciado a política de saúde.

Em especial no que tange à discussão relacionada à revisão da Resolução nº 196/1996 ou à elaboração da “nova” resolução nº 466/2012, a pesquisa documental realizada quanto ao Município de Canoas/RS permite afirmar que neste Município a discussão não aconteceu, o que pode ser um indicativo de que essa discussão também não foi verticalizada junto a outros conselhos municipais, órgãos que, ao menos em tese, estão mais próximos da concretização da matéria disciplinada, no mínimo para considerar uma participação mais ampla e efetiva da sociedade civil organizada, através dos conselhos de saúde e das conferências de saúde, nas três esferas da federação.

Considerando que se trata do modelo SUS, parece no mínimo salutar que, para além de consulta pública sobre o tema, via internet (sem dúvida importante, já que viabiliza a participação de qualquer cidadão), sejam resgatados

os papéis dos demais entes da federação nesse contexto, já que esse modelo não se constrói de cima para baixo e sim sob a idéia de federalismo cooperativo na área da saúde, e com uma marcante e distintiva nota de participação social por meio dos conselhos de saúde e conferências de saúde em âmbito federal, estadual e municipal. Isso tanto para a normatização (ou pelo menos a discussão acerca de quais devam ser esses parâmetros gerais), quanto para a fiscalização, o que não apenas reforça o modelo do controle social como também confere maior transparência no que diz respeito aos processos decisórios sobre temas de tão grande relevância para a sociedade.

Informe-se, a propósito, que a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), criada pelo Conselho Nacional de Saúde, estipulou o dia 04 de setembro de 2015 como sendo o encerramento do período da “Consulta à sociedade” a respeito do conteúdo de minuta de resolução complementar, a ser expedida pelo Conselho Nacional de Saúde, que regulamentará “As Especificidades Éticas das Pesquisas nas Ciências Sociais e Humanas e de outras que se utilizam de metodologias próprias dessas áreas”.

Anote-se, ademais, que o órgão fundamentou o seu agir nas duas grandes declarações de direitos da ONU e da OEA do ano de 1948 (Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Interamericana de Direitos e Deveres Humanos), incompreensível nesse ponto, já nenhuma dessas declarações se preocupou com essa temática específica, reconhecendo, isso sim, a liberdade de investigação científica. A autoridade apontou ainda como fundamentação do seu agir duas normas internas já referidas neste estudo, a Resolução CNS 196/1996 (quando o Conselho Nacional de Saúde criou a CONEP e o novo sistema CEP/CONEP) e a Resolução CNS 466/12 (em que o mesmo órgão estabeleceu que as pesquisas nas áreas das Ciências Humanas e Sociais têm especificidades). Por tais razões, resolveu, então, estabelecer normas de organização e procedimento para as Pesquisas nas Ciências Sociais e Humanas, excluindo desse âmbito regulatório (pelo menos a considerar o teor da minuta sob consulta pública) apenas as pesquisas de opinião pública (com participantes não identificados), as pesquisas que utilizem informações de acesso público ou de domínio público; as pesquisas censitárias do IBGE (e equivalentes), as pesquisas com bancos de dados (sem possibilidade de identificação individual) e, por derradeiro, as pesquisas realizadas exclusivamente com artigos científicos para revisão da literatura científica.

Abstraídas as questões relativas às competências constitucionais e atribuições dos órgãos públicos, pontos que não constituem objeto deste estudo, observe-se outro aspecto, o do meio eleito para se fazer essa consulta pública: via e-mail (conep.csh@saude.gov.br). Ou seja, não foi utilizado o portal governamental denominado Consulta Pública. Isso significa que não é possível saber quem participou da consulta, qual o teor dessa participação, nem mesmo saber quais contribuições foram ou não efetivas para o debate. Em síntese, inexistem mecanismos garantidores de transparência.

Diante do importante avanço na consolidação do direito fundamental à saúde e do processo de aprofundamento da participação social através dos instrumentos instituídos pela Lei nº 8.142/1990 (conselhos e conferências de saúde), e, diante da importância de regulação desse tema que é a pesquisa com seres humanos, e, mais ainda, a falta de instrumento legal que legitime expressamente a possibilidade do Conselho Nacional de Saúde normatizar matérias outras que não a saúde, fundamental seria que o próprio órgão fomentasse uma discussão ampla sobre o tema em nível nacional, aproveitando a estrutura e os mecanismos de participação social já existentes no Brasil.

Essa iniciativa consolidaria os avanços já elencados (do direito à saúde e da participação social) e, sobretudo, abriria uma ampla e efetiva discussão, oportunizando uma maior participação dos cidadãos e da sociedade civil organizada, não se limitando apenas aos comitês de ética, nem tão pouco à CONEP e ao Conselho Nacional de Saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Editota Lúmen Júris, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____. **Veto Parcial ao Projeto de Lei nº 50, de 1990** (nº 3.110/89, na origem). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto_anterior_98/Vep680-L8080-90.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. **Conselho Nacional de Saúde**. Aprova diretrizes e regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, através da Resolução nº 196, de 1996. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/res19696.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. _____. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, através da Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em <[http:// http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf](http://http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf)> Acesso em: 8 mai. 2015.

_____. **Consulta Pública**. Disponível em: <http://200.214.130.94/CONSULTAPUBLICA/INDEX.PHP?MODULO=DISPLAY&SUB=DSP_CONSULTA>. Acesso em: 2 set. 2015.

CHAVES, Antônio. Pesquisas em seres humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, n. 108, 1990.

CIOMS. Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa Biomédica Envolvendo Humanos. **Council for International Organizations of Medical Sciences** Disponível em: <http://www.cioms.ch/publications/guidelines/guidelines_nov_2002_blurb.htm>. Acesso em: 23 mai. 2011.

_____. Diretrizes Internacionais para a Revisão Ética dos Estudos Epidemiológicos. **Council for International Organizations of Medical Sciences**. Genebra, 2009. Disponível em: <http://www.cioms.ch/frame_ethical_guidelines_2009.htm>. Acesso em: 23 mai. 2011.

CONFERÊNCIA MUNICIPAL DE SAÚDE, n. 3, 2003, Canoas, RS. **Anais**. Canoas, 2003.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. n. 8, 1986, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 1986. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. n. 10, 1996, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_10.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015.

_____. n. 11, 2000, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_11.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015.

_____. n. 12, 2003, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_12.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015.

_____. n. 13, 2007, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/13cns_M.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015.

_____. n. 14, 2011, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 2012. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/img/14_cns%20relatorio_final.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015.

_____. **Questionário pare a a 15 Conferencia** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <cmscanoas@gmail.com> em 14 abril 2015.

DECLARACION DE HELSINKI DE LA ASOCIACION MEDICA MUNDIAL. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. 59ª Asamblea General, Seul, Coreia, outubro 2008. **WMA**. Disponível em: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/17c_es.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2011.

DOMINGUEZ, Bruno. As Vozes do Brasil. **RADIS**, Rio de Janeiro, n.144, p. 11-17, set. 2014.

SCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação Social. In: GIOVANELLA, Lígia; SCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vaconcelos Costa et al (Orgs.). **Política e Sistema de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. P. 853-883.

FERNÁNDEZ, Juan Antonio Díez. **Los comités nacionales de bioética**: Legislación internacional y regulación en la nueva ley sobre investigación biomédica. Granada: Editorial Comares, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GIOVANELLA, Lígia; SCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vaconcelos Costa et al (Orgs.). **Política e Sistema de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012.

GUIZARDI, Francini Lube et al. **Participação da comunidade em espaços públicos de saúde**: uma análise das conferências nacionais de saúde. Physis [online], 2004, v. 14, n. 1, pp. 15-39. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/physis/v14n1/v14n1a03.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

LUNA, Florencia. Investigación. In: LUNA, Florencia; SALLES, Arleen L. F. (Orgs.). **Bioética**: nuevas reflexiones sobre debates clásicos. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **Liberdade de pesquisar, pesquisas clínicas e outras pesquisas científicas de risco envolvendo seres humanos**: uma proposta de reformulação do atual sistema de controle implementado pelo Conselho Nacional de Saúde, à luz da Constituição Brasileira. 2012. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

_____. A informação sobre pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil: do SISNEP à Plataforma Brasil. In: MACHADO, Ednilson Donisete, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Direitos Fundamentais e Democracia I**. Florianópolis : FUNJAB, 2013.

ROSENAU, Henning. Le conditions légales préalables requises pour les essais Clinique d'après la Declaration d'Helsinki révisée et la Convention Européenne sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine. **Journal International de Bioéthique**. Nouvelles pratiques, nouvelles éthique de la recherche biomédical? 1.er partie. v. 15, n. 1, Mars. 2004.

RUIZ, Juana María Gil. Investigación médica en seres humanos. In: VALLEJO, Pilar Rivas, VALVERDE, María D. García (Org.). **Derecho y Medicina**. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. Cizur Menor: Thomson Reuters: Aranzadi, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. PETTERLE, Selma Rodrigues. Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no Brasil. **Revista Espaço Jurídico**, v. 15, 2014.

APÊNDICE – Tabela com a relação das atas pesquisadas, relativas às reuniões e assembleias ordinárias e extraordinárias do Conselho Municipal de Saúde do Município de Canoas/RS (1997 - 2012)

1997	Ata	1, 2	1	PRÉ-INSTALAÇÃO	09 e 23/10	Não
	Ata	3	1	INSTALAÇÃO	14/11	Não
	Ata	4	1	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	29/12	Não
1998	Ata	5, 6 e 7	1	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	12/01, 09/02 e 26/02	Não
	Ata	8	1	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	09/03	Não
	Ata	9	1	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	23/03	Não
	Ata	10, 11 e 12	1	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	13/04, 11/05, 08/06	Não
	Ata	13	1	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	06/07	Não
	Ata	14	1	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	13/07	Não
	Ata	15, 16, 17	1	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	27/07, 10/08, 31/08	Não
	Ata	18	1	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	14/09	Não
	Ata	19	1	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	13/10	Não
	Ata	20	1	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	19/10	Não
	Ata	21	1	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	29/10	Não
	Ata	22	1	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	09/11	Não
	Ata	23	1	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	16/11	Não
	Ata	24	1	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	14/12	Não
1999	Ata	25, 26, 27, 28	1	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	11/01, 08/02 08/03, 12/04	Não
	Ata	29	1 e 2	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	10/05	Não
	Ata	30, 31, 32, 33, 34, 35	2	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	14/06, 12/07, 09/08, 13/09, 18/10, 08/11	Não
	Ata	36, 37, 38	2	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	18/11, 22/11, 22/11	Não
	Ata	39	2	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	13/12	Não
	Ata	40	2	ASSEMBLEIA GERAL EXTRA-ORD.	20/12	Não

2000	Ata	41, 42, 43, 44	2	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	10/01, 14/02, 13/03, 10/04	Não
	Ata	45	2	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	24/04	Não
	Ata	46	2 e 3	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	08/05	Não
	Ata	47	3	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	22/05	Não
	Ata	48, 49	3	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	12/06, 10/07	Não
	Ata	50	3	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	24/07	Não
	Ata	51	3	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	14/08	Não
	Ata	52	3	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	28/08	Não
	Ata	53	3	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	11/09	Não
	Ata	54	3	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	25/09	Não
	Ata	55	3	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	09/10	Não
	Ata	56	3	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	25/10	Não
	Ata	57	3	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	13/11	Não
	Ata	58	3	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	20/11	Não
	Ata	59, 60	3	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	27/11, 11/12	Não
Ata	61, 62	3	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	13/12, 19/12	Não	

2001	Ata	63	3	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	08/01	Não
	Ata	64, 65	3	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	22/01, 29/01	Não
	Ata	66	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	12/02	Não
	Ata	67	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	22/02	Não
	Ata	68	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	12/03	Não
	Ata	69, 70	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	26/03, 03/04	Não
	Ata	71, 72	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	09/04, 23/04	Não
	Ata	73	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	25/04	Não
	Ata	74, 75	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	14/05, 28/05	Não
	Ata	76	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	18/06	Não
	Ata	77	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	25/06	Não
	Ata	78	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	04/07	Não
	Ata	79, 80	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	09/07, 23/07	Não
	Ata	81	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	06/08	Não
Ata	82 a 91	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	13 e 27/08, 10 e 24/09, 08 e 22/10, 12 e 26/11, 10 e 17/12	Não	
2002	Ata	1 a 17	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	14 e 28/01, 18/02, 11 e 25/03, 15 e 22/04, 13 e 27/05, 10 e 24/06, 11 e 22/07, 12 e 28/08, 9 e 23/09	Não
	Ata	18	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	21/10	Não
	Ata	19 a 23	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	28/10, 11 e 25/11, 9 e 16/12	Não

2003	Ata	1 a 6	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	13 e 27/01, 10 e 24/02, 10 e 24/03	Não
	Ata	07/jan	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	31/03	Não
	Ata	8 a 10	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	14 e 28 /04, 12/05	Não
	Ata	11/jan	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	19/05	Não
	Ata	12 a 25	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	26/05, 9 e 23/06, 14 e 28/07, 11 e 25/08, 8 e 22/09, 13 e 27/10, 10 e 24/11, 22/12	Não
2004	Ata	1 a 7	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	12 e 26/01, 09/02, 08 e 22/03, 12 e 26/04,	Não
	Ata	8	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	03/05	Não
	Ata	9 a 20	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	10 e 24/05, 14 e 28/06, 12/07, 09 e 23/08, 13 e 27/09, 25/10, 08 e 22/11	Não
	Ata	21/jan	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	09/12	Não
	Ata	22, 23	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	13 e 23/12	Não
2005	Ata	1	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	10/01	Não
	Ata	2	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	17/01	Não
	Ata	3 a 8	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	14/02, 14 e 28/03, 11 e 25/04, 09/05	Não
	Ata	9	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	16/05	Não
	Ata	10 a 15	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	23/05, 13 e 27/06, 25/07, 08 e 22/08	Não
	Ata	16	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	29/08	Não
	Ata	17 a 22	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	26/09, 10 e 24/10, 14 e 28/11, 12/12	Não
	Ata	23	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	21/12	Não

2006	Ata	1 e 2	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	09 e 23/01	Não
	Ata	3	4	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	08/02	Não
	Ata	4 a 9	4	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	13 e 27/03, 10 e 24/04, 08/05, 12/06	Não
	Ata	10 a 12	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	10/07, 14 e 28/08	Não
	Ata	13	5	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	04/09	Não
	Ata	14	5	ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA	11/09	Não
	Ata	15 a 18	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	25/09, 13 e 27/11, 11/12	Não
2007	Ata	1 e 2	5	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	15/01, 12/02	Não
	Ata	3 a 16	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	12 e 26/03, 23/04, 14 e 21/05, 11/06, 09 e 23/07, 27/08, 10/09, 08 e 24/10, 26/11, 10/12	Não
	Ata	17	5	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	17/12	Não
2008	Ata	1 a 16	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	25/02, 10/03, 14/04, 12 e 26/05, 09/06, 14 e 28/07, 25/08, 08 e 22/09, 13/10, 10 e 24/11, 15 e 22/12	Não
2009	Ata	1	5	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	03/02	Não
	Ata	2 e 3	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	09/02, 09/03	Não
	Ata	4	5	ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORD.	19/03	Não
	Ata	5	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	23/03	Não
	Ata	6 e 7	5	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	30/03, 27/04	Não
	Ata	8 e 9	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	25/05, 08/06	Não
	Ata	10	5	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	18/06	Não
	Ata	11 a 20	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	13 e 27/07, 10 e 24/08, 14 e 28/09, 26/10, 09 e 23/11, 14/12	Não
Ata	21	5	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	21/12	Não	

2010	Ata	1 a 8	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	11/01, 22/02, 08 e 22/03, 12 e 26/04, 10 e 24/05	Não
	Ata	9 e 10	5	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	04 e 07/06	Não
	Ata	11 a 23	5	REUNIÃO ORDINÁRIA	28/06; 12 e 26/07; 09 e 23/08; 13 e 27/09, 25/10; 8, 10 e 22/11; 13 e 22/12	Não
	Ata	24	5	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	29/12	Não
2011	Ata	1	Eletrônica	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	18/01	Não
	Ata	2 a 20	Eletrônica	REUNIÃO ORDINÁRIA	28/02, 14 e 28/03, 11/04, 09 e 23/05, 13 e 27/06, 11 e 25/07, 08 e 22/08, 12 e 26/09, 10/10, 14 e 28/11, 12 e 26/12	
2012	Ata	1	Eletrônica	REUNIÃO ORDINÁRIA	09/01	Não
	Ata	2	Eletrônica	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	17/01	Não
	Ata	3 a 9	Eletrônica	REUNIÃO ORDINÁRIA	13/02, 12 e 26/03, 09 e 23/04, 14 e 28/05	Não
	Ata	10	Eletrônica	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	05/06	Não
	Ata	11	Eletrônica	REUNIÃO ORDINÁRIA	11/06	Não
	Ata	12	Eletrônica	REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA	19/06	Não
	Ata	13 a 23	Eletrônica	REUNIÃO ORDINÁRIA	25/06, 09/07, 13 e 27/08, 10 e 24/09, 08 e 22/10, 12 e 26/11, 10/12	Não

Fonte: Cadastro de Conselhos de Saúde - 2007/2008

Disponível em: <http://formsus.datasus.gov.br/site/resultado.php?id_aplicacao=13&filtro=1&id_aplicacao_campo=&start_date=&end_date=&campo14973%5B%5D=1643474>. Ainda: <http://formsus.datasus.gov.br/site/resultado_detalhe.php?id_aplicacao=13&id_aplicacao_campo=389&pagina=4&num_por_pagina=100>. Acesso em,; 31 out. 2011.

- 1 SARLET, Ingo Wolfgang; PETERLE, Selma Rodrigues. Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no Brasil. **Revista Espaço Jurídico**, v. 15, 2014
- 2 LUNA, Florencia. Investigación. In: LUNA, Florencia; SALLES, Arleen L. F. (Orgs.). **Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- 3 ROSENAU, Henning. Le conditions légales préalables requises pour les essais Clinique d'après la Déclaration d'Helsinki révisée et la Convention Européenne sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine. **Journal International de Bioéthique**. Nouvelles pratiques, nouvelles éthique de la recherche biomédical? 1.er partie. v. 15, n. 1, Mars. 2004.
- 4 PETERLE, Selma Rodrigues. **Liberdade de pesquisar, pesquisas clínicas e outras pesquisas científicas de risco envolvendo seres humanos: uma proposta de reformulação do atual sistema de controle implementado pelo Conselho Nacional de Saúde, à luz da Constituição Brasileira**. 2012. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- 5 CIOMS. Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa Biomédica Envolvendo Humanos. **Council for International Organizations of Medical Sciences** Disponível em: <http://www.cioms.ch/publications/guidelines/guidelines_nov_2002_blurb.htm>. Acesso em: 23 mai. 2011. RUIZ, Juana María Gil. Investigación médica en seres humanos. In: VALLEJO, Pilar Rivas, VALVERDE, María D. García (Org.). **Derecho y Medicina**. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. Cizur Menor: Thomson Reuters: Aranzadi, 2009.
- 6 No original: “Sin embargo, estas organismos no gubernamentales tienen un papel de primer orden en el desarrollo de la ética médica y de la bioética, pues de su seno emanan normas internacionales, que ejercen una influencia innegable como principios inspiradores y orientadores de la actividad de los Comités Nacionales de Bioética, y en particular – a través de sus documentos de carácter deontológico y sus << guías de buena práctica clínica>> - en la actividad de los comités de ética hospitalarios y de ensayos clínicos”. (FERNÁNDEZ, Juan Antonio Díez. **Los comités nacionales de bioética: Legislación internacional y regulación en la nueva ley sobre investigación biomédica**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 107).
- 7 Ibid., p. 107.
- 8 CHAVES, Antônio. Pesquisas em seres humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, n. 108, 1990
- 9 PETERLE, 2013, op. cit.
- 10 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Editota Lúmen Júris, 2010.
- 11 FIGUEIREDO, op. cit. BARROSO, op. cit.
- 12 ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação Social. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vaconcelos Costa et al (Org.). **Política e Sistema de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. P. 853-883.
- 13 Ibid., p. 868.
- 14 CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, n. 8, 1986, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 1986. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015, p. 18
- 15 ESCOREL; MOREIRA, op. cit., p. 876.
- 16 Ibid., p. 875.
- 17 Ibid., p. 878.
- 18 GUIZARDI, Francini Lube et al. **Participação da comunidade em espaços públicos de saúde: uma análise das conferências nacionais de saúde**. Physis [online], 2004, v. 14, n. 1, pp. 15-39. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v14n1/v14n1a03.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2015, p. 16.
- 19 CONFERÊNCIA MUNICIPAL DE SAÚDE. n. 12, 2003, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_12.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015.
- 20 CANOAS, **Questionário pare a a 15 Conferencia** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <cms-canoas@gmail.com> em 14 abril 2015.

- 21 CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, n. 12, 2003, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_12.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015, p. 148.
- 22 Ibid., p. 179.
- 23 CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2004, op. cit., p. 136
- 24 Ibid., p. 137.
- 25 Ibid., p. 137.
- 26 Ibid., p. 142.
- 27 Ibid., p. 142.
- 28 Ibid., p. 142.
- 29 Ibid., p. 144.
- 30 CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, n. 13, 2007, Brasília, DF. **Relatório Final**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/13cns_M.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015, p. 35.
- 31 Ibid., p. 170.
- 32 CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2012, op. cit., p. 102.
- 33 Ibid., p. 109
- 34 Ibid., p. 114
- 35 ESCOREL; BLOCK [s.d] apud ESCOREL; MOREIRA, 2012, op. cit., p. 876.
- 36 DOMINGUEZ, op. cit., p.16

RESEARCH INVOLVING HUMAN BEINGS AND THE SOCIAL CONTROL MECHANISMS

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 has protected a set of social rights, including the right to health. The Brazilian health system is a single system that includes among its features the community participation, which occurs primarily through the health councils and conferences. In a national perspective, the National Health Council has been responsible for developing the guidelines that regulate researches involving human beings, most recently the Resolution 466/2012. Given these premises, this article aims to evaluate, by analyzing minutes of meetings and assemblies, whether or not the contents of this resolution have been discussed in the Municipality of Canoas/RS.

Keywords: Health. Social control. Research. Human beings.

Submetido: 19 out. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

RETRAÇÃO, PROGRESSÃO, EXPANSÃO E RETROCESSO: O CAMINHO HÍGIDO PARA UM SISTEMA DE PROTEÇÃO SOCIAL SUSTENTÁVEL

*André Studart Leitão**

*Eduardo Rocha Dias***

*Alexandre Antonio Bruno da Silva****

Introdução. 1 Sistema , coerência e abertura cognitiva. 2 Estruturação, expansão e retração. 3 Sobre reformas, sustentabilidade e retrocesso social. Considerações finais. Referências.

RESUMO

Mudanças ocorrem a todo momento, impondo ajustes e calibrações nas normas que regulam as relações humanas. No campo dos direitos sociais, a realidade não é diferente. Fatores exógenos, como as guerras, além da evolução socioeconômica e dos avanços tecnológicos, passaram a reclamar uma postura mais enérgica do Estado, que deixou de ser um ente absenteísta, para se transformar em um agente normalizador das relações jurídicas, com forte intervenção protetiva. Porém, o gigantismo estatal, o crescimento desordenado do sistema protetor e o crônico desequilíbrio das contas públicas, aliados a mudanças demográficas, passaram a revelar claros sinais de retração do modelo de proteção hipertrófica. A realidade brasileira também experimentou a incômoda transição entre os modelos de expansão e de retração dos direitos, com duas ressalvas: no Brasil, os esquemas de proteção não foram propriamente construídos, mas importados de outros países e entregues ao povo como donativos e ofertas políticas, instituídas sem um planejamento minimamente adequado. O resultado da imprudência legislativa foi a constatação de que um sistema protetor vulnerável possui durabilidade efêmera, o que leva à necessidade de reformas veiculadas por meio de medidas de contenção e de austeridade. O trabalho procura salientar sobretudo três aspectos: 1º) a importância de um planejamento

* Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Procurador Federal. Professor no Centro Universitário Christus. E-mail: andrestudart@hotmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: eduardordias@hotmail.com.

*** Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela PUC-SP. Auditor-Fiscal do Trabalho. Professor no Centro Universitário Christus. E-mail: alexandre_bruno@terra.com.br.

cauteloso na instituição de um modelo seguro e sustentável de proteção social; 2º) a imprescindibilidade de reformas e ajustes normativos para readequar generosos critérios de seletividade; e 3º) a implementação de medidas de contenção, conquanto implique a redução do padrão de qualidade protetiva, não caracteriza retrocesso social, mas a retomada do caminho rumo ao equilíbrio, à sustentabilidade e à coerência.

Palavras-chave: Benefícios sociais. Retrocesso social. Reformas no Estado de Bem-estar Social.

INTRODUÇÃO

Este artigo possui dois pontos de partida. O primeiro é que tudo, em algum momento, sofre alteração. Ainda na Antiguidade, Heráclito de Éfeso, filósofo pré-socrático, defendia que a única constante do universo era a mudança. “Tudo flui, nada persiste nem permanece o mesmo”¹. Metaforicamente, um mesmo homem não conseguiria entrar duas vezes no mesmo rio. Interações entre estruturas independentes, ainda que mínimas, desencadeiam perturbações e sucessivas transformações ontogênicas, sem falar das variantes resultantes da própria dinâmica interna².

O segundo pressupõe que o homem, principal personagem desse permanente processo de ressignificação e reconstrução, instintiva e naturalmente, procura inserir-se em grupos sociais. Ora, se mudanças geram mudanças, toda e qualquer ação provoca uma reação no campo relacional. Esse interminável ciclo comportamental desencadeia um movediço cenário de instabilidade, que leva à necessidade de recorrer ao Direito para padronizar regras e condutas.

Mas a efetividade da norma também depende de sucessivas alterações, até porque não existe regra absoluta dentro de uma sociedade metamórfica. Portanto, reformas e ajustes normativos são indispensáveis para a garantia do equilíbrio das relações jurídicas. No que diz respeito aos direitos sociais, segue-se o mesmo padrão, com um elemento acelerador adicional. Além das mudanças decorrentes da própria dinâmica interna dos grupos, ao longo da história, ocorreram fatores exógenos, como a industrialização e as guerras, que precipitaram sobremaneira a trajetória evolutiva das relações humanas. Mudanças fáticas aconteceram e exigiram readequações normativas. Os direitos sociais passaram por um processo de hipertrofia, que levou ao agigantamento do Estado (*Welfare State*) e ao aumento significativo da despesa pública.

A realidade brasileira é peculiar, pois aqui as mudanças não decorreram propriamente de fatores exógenos, mas da importação e replicação pacífica de conceitos e esquemas protetivos sem um planejamento minimamente adequado. Com efeito, pouco tempo depois da redemocratização, passou-se a experimentar, com deleite, a tentadora sensação de um sistema protetor paternalista estruturado em premissas universais, com desmedida e imprudente ampliação da rede de

proteção, por meio da instituição, extensão e majoração de benefícios, sem considerar que, como todo e qualquer direito, há custos diretos e indiretos envolvidos³.

Não tardou muito para que o gigantismo estatal, o crescimento desordenado do sistema protetor e o crônico desequilíbrio das contas públicas, aliados a mudanças demográficas, revelassem os claros sinais de retração do modelo brasileiro de proteção hipertrófica. No final de 2014, medidas de contenção, materializadas por meio de descartes de direitos sociais, abruptamente, tornaram-se pauta prioritária do governo federal brasileiro.

Essa volatilidade inerente ao grupo de normas de caráter social, que aliás lembram o mecanismo de funcionamento de uma sanfona, demanda algumas reflexões: expansões protetivas não planejadas podem ser consideradas um novo estágio de evolução da sociedade? Existe alguma vantagem em construir um sistema protetor efêmero, insustentável e conseqüentemente inseguro? Descartes de direitos sociais necessariamente caracterizam retrocesso social ou, eventualmente, representam ajustes necessários para a sobrevivência e a sustentabilidade do regime?

1 SISTEMA, COERÊNCIA E ABERTURA COGNITIVA

Para que se possa falar de ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si⁴.

Por consectário, constitui inegável pressuposto de sustentabilidade do sistema protetor a articulação adequada dos componentes da seguridade social (previdência e assistência), de modo a evitar mecanismos sobrepostos de proteção e o conseqüente esvaziamento da previdência social, de caráter contributivo. Não pode haver concorrência e interseções entre os subsistemas da seguridade social.

Sob outra perspectiva, os sistemas sociais são autopoieticos. Não podem ser determinados pelo ambiente. Todas as operações internas decorrem de processos comunicativos próprios e exclusivos, que garantem unidade e identidade do sistema. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de ele ser fechado, do ponto de vista de sua organização, não havendo entradas (*inputs*) e saídas (*outputs*) para o ambiente⁵.

Contudo, o fechamento operacional do sistema não exclui a sua conexão com o ambiente. Cognitivamente, o sistema é aberto. Portanto, as informações externas (do ambiente) caracterizam irritações, perturbações e ruídos e desencadeiam operações próprias do sistema mediante a utilização de elementos internos preexistentes. Vale dizer: o ambiente gera o estímulo, e o sistema processa essas informações com operações que lhe são próprias.

Partindo da concepção luhmanniana, pode-se então dizer que a seguridade social é um sistema operacionalmente fechado, assenhoreado de elementos de funcionamento próprios. A estrutura normativa do sistema protetor, conquanto

imatura e vulnerável, encontra-se consolidada. Porém, não há como desconsiderar as perturbações do ambiente social. Suas interferências provocam a necessidade de o sistema abrir-se cognitivamente e processar essas informações de modo a viabilizar a produção de novos elementos, materializados por meio de ajustes normativos ou reformas.

Destarte, as reformas e os ajustes não passam de reações do sistema às interferências externas, sempre com o intuito de buscar a coerência e o equilíbrio sistemáticos.

2 ESTRUTURAÇÃO, EXPANSÃO E RETRAÇÃO

Embora tenham sido implementadas medidas pontuais de contenção⁶, não há dúvida de que, entre os anos de 1988 e 2014, o sistema protetor brasileiro expandiu consideravelmente. O marco normativo da era de expansão foi a Constituição da República de 1988, que replicou o modelo de proteção social construído na Inglaterra na década de 1940 por meio do Plano Beveridge.

Promulgada a Carta de 1988, em menos de cinco anos, estruturaram-se o sistema único de saúde (1990), de acesso universal, a previdência social, única faceta contributiva da seguridade social, e finalmente a assistência social, prestada independentemente de qualquer contrapartida (1993). Tem-se, pois, a primeira constatação: o quê, em outros países, demorou décadas ou séculos para acontecer, no Brasil, fez-se em aproximadamente cinco anos.

A impressionante velocidade de estruturação do sistema brasileiro de proteção social, por si só, demonstra a ausência de um planejamento adequado. Em acréscimo, ao longo das últimas três décadas, nos três Poderes da República, consolidou-se, com raríssimas ressalvas, um modelo de Estado paternalista. Com efeito, no âmbito normativo, seja por iniciativa do Congresso Nacional ou do próprio Governo Federal, benefícios pecuniários foram criados, majorados e estendidos sem um estudo atuarial consistente. Já na esfera judicial, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, intensificou-se a utilização da técnica de decisão pautada na flexibilização de critérios de seletividade para viabilizar a proteção a hipossuficientes.

Pois bem, não existe ação sem consequência. A improvisação, o oportunismo político e a trajetória desmedida de gasto implementada pelos Poderes Públicos nas últimas décadas provocaram efeitos colaterais.

Evidentemente, a principal implicação da ausência de um planejamento adequado foi a multiplicação da despesa pública sem a correspondente fonte de custeio, o que, aliás, conspurca frontalmente o art. 195, § 5º, da Constituição da República. Contudo, as implicações transcenderam o plano sistemático da seguridade social e passaram a comprometer o equilíbrio macroeconômico do país.

Durante anos, encobriram-se e manipularam-se relevantes dados socioeconômicos que conduziam à impressão de que o país respirava uma economia ro-

busta e vigorosa. A título de ilustração, citam-se as estatísticas de empregabilidade. O Brasil encerrou o ano de 2014 com a menor taxa de desemprego registrada em sua história recente: incríveis 4,8%⁷. Supreendentemente, para o ano de 2016, já se estima (ou subestima) uma taxa de desemprego da ordem de 10%⁸. Como isso é possível? Certamente, um dos fatores que levou ao avanço do desemprego foi o duro golpe sofrido pela iniciativa privada em razão da “abrupta” e “inesperada” crise econômica “descoberta” no final de 2014. Mas não foi o único. Segundo os dados oficiais do IBGE, há poucos meses, a cada 100 brasileiros em idade laborativa, 53 trabalhavam, três procuravam emprego e não encontravam, e 44 não trabalhavam e nem procuravam emprego. Considerando-se que o critério de medida do desemprego leva em consideração não o quantitativo das pessoas sem ocupação, mas das que efetivamente procuram emprego, há aproximadamente um ano, propalava-se a notícia de que quase todos os brasileiros tinham emprego. Na realidade, quase metade não tinha⁹.

Uma das principais causas para que tantos brasileiros sem ocupação não tivessem (e não tenham) interesse de se posicionar no mercado de trabalho, curiosamente, decorre dos programas sociais do governo. Benefícios como o Bolsa Família geram condições de sobrevivência para milhões de famílias e desestimulam a busca pelo emprego, sobretudo pelo risco de obliteração do amparo público em virtude da percepção de renda formal.

Note-se ainda que a opção pelo “não trabalho” ou pelo “trabalho informal”, mais à frente, demanda novo amparo estatal, dessa vez mediante a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, prestação de um salário mínimo que também independe de qualquer contrapartida tributária.

Apenas para ilustrar a enorme dimensão subjetiva do benefício assistencial, em 2012, ele já amparava 1,7 milhões de idosos e 1,9 milhões de pessoas com deficiência¹⁰. Um dos fatores que levou ao aumento significativo do número de beneficiários foi a redução do limite etário aplicável ao benefício para o idoso. Com efeito, segundo a redação original da Lei 8.742/93, a idade exigida para o amparo assistencial era setenta anos de idade (art. 20). Após a Lei 9.720/1998, decorrente da conversão da Medida Provisória 1.599-51, o benefício passou a ser devido a partir de sessenta e sete anos. Enfim, nova redução etária foi implementada pelo art. 34 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Desde então, a prestação passou a ser devida a partir dos sessenta e cinco anos.

Note-se que a despesa pública decorrente do amparo social para o idoso não decorre exclusivamente da antecipação cronológica do benefício. Nos últimos anos, a expectativa de vida do brasileiro evoluiu bastante. Vale dizer: enquanto o legislador se encarregou de antecipar normativamente o direito ao benefício, as mudanças demográficas provocaram a manutenção do benefício por mais tempo.

Além do mais, deve-se ponderar que a idade de sessenta e cinco anos é idêntica à exigida para a aposentadoria por idade urbana dos segurados do sexo masculino e contribui para uma concorrência indesejada entre os subsistemas

previdenciário e assistencial. O nível de generosidade e de acessibilidade a prestações não contributivas afeta negativamente o mercado de trabalho, impelindo para a informalidade trabalhadores que poderiam, de outro modo, contribuir, mas que se fiam na possibilidade de obtenção de um benefício não contributivo, principalmente se esse tem um valor equivalente ao de benefícios contributivos¹¹.

Ainda sobre o benefício assistencial de prestação continuada, outro pressuposto de concessão indicado constitucionalmente (art. 203, V, da CF/88) envolve a demonstração da hipossuficiência econômica do grupo familiar. A regulamentação dessa exigência constitucional foi materializada pelo parágrafo 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que considera incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Provocado a respeito da razoabilidade desse critério objetivo de miserabilidade, em 1998, o STF considerou-o constitucional (ADI 1.232-DF e RE 276.854-SP), por entender que o legislador ordinário poderia estabelecer uma hipótese objetiva de intuito selecionador.

Não obstante o posicionamento firmado pelo STF, a matéria continuou sendo alvo de discussão nos Tribunais. O STJ, por exemplo, vinha considerando o critério descrito no art. 20, § 3º da Lei 8.742/93 como um limite mínimo, um *quantum* objetivamente insuficiente à subsistência da pessoa com deficiência e do idoso, sem prejuízo da possibilidade de conjugação de outros fatores que comprovassem a vulnerabilidade econômica do grupo familiar (renda da família x despesas com moradia, alimentação, medicamentos etc.)¹².

O tema voltou a ser discutido pelo STF em 2013, durante o julgamento da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963. Ao final, o Tribunal concluiu pela ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). Por essa razão, declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993.

Em linguagem direta: entendeu-se que o critério objetivo impugnado (renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo) estava defasado em virtude do advento de leis posteriores com critérios mais generosos para a concessão de outros benefícios assistenciais (renda per capita inferior a meio salário mínimo). Também se decidiu que o Poder Judiciário dispunha de autoridade para apreciar a prova dos autos livre de qualquer parâmetro objetivo. Percebe-se, pois, a consagração e legitimação da ideia de justiça lotérica, tão veementemente combatida por Lênio Streck, um dos mais festejados juristas brasileiros da atualidade¹³.

Realmente, a abertura excessiva do critério semântico da hipótese de incidência protetiva gera pronunciamentos judiciais de vários matizes, com enorme custo à segurança jurídica. Não existe estabilidade quando a solução de conflitos

depende exclusivamente do casuismo. Ao contrário, o modelo de fastígio do Judiciário, ao invés de pacificar relações, estimula a litigiosidade, a judicialização, a insegurança e o aumento do gasto público.

Outro bom exemplo de expansão protetiva implementada sem um estudo atuarial consistente foi a majoração do benefício de pensão por morte. Em aproximadamente cinco anos (entre 1990 e 1995), o percentual básico de cálculo da pensão previdenciária saltou de 50% para 100%. Cerca de vinte anos depois, a Presidente da República editou uma medida provisória (MP 664/14) reduzindo novamente a parcela básica do benefício para 50%, como parte integrante de um ajuste fiscal de urgência indispensável para a recuperação da economia nacional¹⁴. Na Exposição de Motivos da MP 664/14, ressaltou-se, basicamente, o crescimento desproporcional das despesas sociais.

2. Cabe salientar que, em função do processo de envelhecimento populacional, decorrente da combinação de queda da fecundidade e aumento da expectativa de vida, haverá um aumento da participação dos idosos na população total e uma piora da relação entre contribuintes e beneficiários. A participação dos idosos na população total deverá crescer de 11,3%, em 2014, para 33,7% em 2060, conforme dados da projeção demográfica do IBGE. Como resultado, o relatório de avaliação atuarial e financeira do RGPS, que faz parte dos anexos do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO), estima o crescimento da despesa, em % do PIB, do atual patamar de 7% para cerca de 13% em 2050. O artigo 201 da Constituição estabelece que a Previdência Social deverá ser organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. [...]

5. A despesa bruta com pensão por morte no âmbito do RGPS cresceu do patamar de R\$ 39 bilhões, em 2006, para R\$ 86,5 bilhões em 2013 e, portanto, mais que dobrou em valores nominais no período (alta de 121,5%), com um crescimento médio anual de cerca de 12% a.a.. Em termos da despesa em % do PIB, os pagamentos com pensão passaram de 1,6% do PIB, em 2006, para cerca de 1,8% em 2013, apenas considerado o RGPS, sem levar em consideração os Regimes Próprios de Previdência dos servidores públicos. A quantidade de pensões emitidas e a duração média do benefício também têm crescido ao longo do tempo. O total de pensões no âmbito do RGPS passou de 5,9 milhões, em dezembro de 2005, para cerca de 7,4 milhões em outubro de 2014, um incremento de cerca de 1,5 milhão no período. A duração média dos benefícios cessados passou do patamar de 13 anos, em 1999, para 16 anos em 2012, reflexo, entre outros fatores, do aumento da expectativa de vida e sobrevida e das atuais regras de concessão. Considerando as pensões por morte cessadas em 2013, cerca de 20,3 mil tiveram duração de 35 anos ou mais. Esse impacto na duração afeta, conseqüentemente, a despesa total com esses bene-

fícios, na medida em que essa despesa é resultado do produto do valor do benefício pelo tempo em que são pagos. O incremento da despesa por si só não é um problema, quando representa maior nível de proteção, mas certamente não é recomendável quando decorre de regras inadequadas de concessão e também pressiona a carga tributária. [...]¹⁵

O Bolsa Família, principal programa assistencial de transferência de renda, também seguiu a trajetória de expansão seguida de retração. Em doze anos (entre 2003¹⁶ e 2015), o gasto com o Bolsa Família saltou de R\$ 7,5 bilhões para R\$ 27,1 bilhões¹⁷. Mais recentemente, o relator-geral do Orçamento de 2016, deputado Ricardo Barros (PP-PR), confirmou no parecer final um corte de R\$ 10 bilhões no Bolsa Família, o que representa o equivalente a 35% do orçamento disponível para o benefício no ano de 2015.

Pois bem, mesmo aos olhos de uma pessoa sem formação em atuária, é facilmente perceptível que as alterações socioeconômicas, financeiras e demográficas, desde há muito, vêm provocando o crescimento progressivo do gasto público de caráter prestacional. Portanto, certamente, o desequilíbrio das contas públicas não decorreu de causas extraordinárias, mas da falta de planejamento atuarial.

O fato é que, no Brasil, o Estado-legislador, definitivamente, não planeja a proteção sustentável. Propostas de ampliação da rede protetiva são frequentemente discutidas no parlamento, com raras ponderações sobre o seu impacto econômico e nenhuma investigação quanto à sua sustentabilidade. Em verdade, na maioria das vezes, a aprovação de um programa social ou de uma expansão protetiva é comemorada como uma conquista pessoal ou partidária, invocada oportunamente pelo suposto idealizador como parte integrante de sua herança política. Em outros casos, as deliberações do Congresso Nacional, claramente, são utilizadas como mecanismo de pressão política, sem nenhum comprometimento com os interesses do povo. O planejamento e a técnica securitária e atuarial são esquecidos, secundarizados, em detrimento de interesses políticos imediatos e escusos.

Ora, no cenário contemporâneo, em que a sociedade produz e consome o próprio risco, conforme a conhecida fórmula “sociedade de risco”, de Ulrich Beck, a lógica de proteger sem nenhuma contrapartida e substância atuarial, definitivamente, não pode ser considerada um bom mecanismo de seletividade.

Não se questiona a eficiência de um sistema protetor de abrangência universal em pleno funcionamento, mas a sua sustentabilidade a médio e longo prazos, sobretudo em um país onde milhões de pessoas dependem substancialmente do amparo estatal.

Da mesma forma, também não se defende a concepção ultraliberal adotada por Roberto Nozick, segundo a qual o Estado mínimo, que se restrinja basicamente à segurança pública, é justificado; que qualquer Estado mais abrangente viola os direitos de as pessoas não serem obrigadas a fazer determinadas coisas¹⁸.

Deve-se, isto sim, buscar o equilíbrio entre o absentismo e o intervencionismo estatal. Se, de um lado, o Estado justo não pode manter-se inerte diante da miséria de seu povo, de outro, é preciso ponderar que um modelo sustentável de proteção social recomenda prudência, planejamento e coerência. Afinal, todos os direitos subjetivos públicos são positivos, e as prestações necessárias à efetivação de tais direitos têm custos, e como tal, são sempre positivas¹⁹. Em síntese: um Estado justo normaliza. Apenas isso.

Contudo, é preciso investigar se afinal a política de austeridade implementada por contundentes medidas de retração materializadas por descartes de direitos representa um ajuste necessário para a sustentabilidade ou caracteriza retrocesso social.

3 SOBRE REFORMAS, SUSTENTABILIDADE E RETROCESSO SOCIAL

Diferentemente dos direitos de defesa ou de primeira geração, a interferência estatal no âmbito social demanda efetivamente uma atuação positiva. Trata-se do direito às prestações, algo que não se confunde com mecanismos de controle e de fiscalização, também assegurados pelo Estado, a exemplo do direito de acesso à justiça²⁰.

Os direitos sociais pressupõem que seja criada e colocada à disposição dos cidadãos a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantir a participação de todos na distribuição pública de bens materiais e imateriais²¹. Discrimina-se positivamente com propósitos compensatórios.

É indiscutível a vinculação de tais direitos à chamada “reserva do possível”²². Todos os direitos possuem custos econômicos, sobretudo aqueles que demandam uma atuação estatal positiva. Sua efetividade depende da disponibilidade de recursos materiais e econômicos (possibilidade fática) e da existência de competência para sua instituição, isto é, de poder de disposição por parte do destinatário da norma (possibilidade jurídica).

Ademais, não basta a existência de recursos materiais e de poder de disposição: é indispensável que a prestação exigida se mantenha nos limites do razoável. Assim, repugna ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade impor ao Estado que ofereça assistência social a quem não tem necessidade, por possuir recursos econômicos suficientes para satisfazer a referida necessidade, por exemplo.

A aplicação dos recursos estatais, por definição escassos, depende também da conjuntura socioeconômica global, uma vez que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para essa decisão, deixando-a a cargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador por meio da lei orçamentária) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45²³, manifestou-se no sentido de que a

reserva do possível pode conviver com a exigência de manutenção de um mínimo existencial. Também foi reconhecida a possibilidade de o Poder Judiciário viabilizar o acesso a bens cuja fruição haja sido injustamente recusada pelo Estado. Devem estar presentes, porém, duas condições cumulativas: inicialmente, a razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida em face do Poder Público; em segundo lugar, a existência de disponibilidade financeira. A segunda condição é um dado inescapável. Porém, não se pode invocá-la à margem de livre conformação do legislador, quando a aplicação de recursos públicos violar, de forma evidente e arbitrária, uma incumbência constitucional dirigida ao Estado, ou quando houver uma omissão da parte deste último. Predicou-se, portanto, a necessidade de revisão do dogma da Separação de Poderes, como barreira impeditiva de um controle, por parte do Judiciário, dos gastos públicos ou da prestação de serviços públicos, nos casos em que haja um flagrante desrespeito aos cometimentos impostos ao Estado pela Lei Maior. Resta, porém, definir o que se entende por razoabilidade da pretensão deduzida. Isso impõe verificar se há injusta denegação do acesso a determinado bem da vida ou se há alternativas colocadas à disposição dos indivíduos. Também não se pode deixar de considerar a necessidade de respeitar as previsões orçamentárias e reconhecer ao Estado certa margem de definição da forma e do tempo no qual será implementado o acesso à referida política.

A definição do conteúdo dos direitos sociais, por tais razões, diferentemente dos direitos de defesa, não se encontra, grosso modo, na Constituição. Cabe ao legislador concretizá-los e definir as prestações que serão efetivamente colocadas à disposição dos cidadãos. É claro, porém, que a Constituição impõe tarefas e deveres ao legislador (sob pena até mesmo de se reconhecer uma inconstitucionalidade por omissão) e, também, estabelece parâmetros que permitem definir o alcance de cada direito social.

O legislador encontra-se ainda vinculado no sentido de não poder consagrar retrocessos inconstitucionais na regulação dos referidos direitos fundamentais. Essa proibição de “marcha a trás” é pensada mais frequentemente no âmbito dos direitos sociais²⁴, como o direito à saúde, mas se aplica igualmente aos direitos fundamentais de primeira geração. A eliminação de regras legais concretizadoras equivaleria a retirar eficácia jurídica das normas constitucionais que são concretizadas. A regra do não retrocesso social funda-se na proteção da confiança, princípio inerente ao Estado de Direito²⁵. Dada a função subalterna exercida pelo constituinte derivado, sua submissão ao que foi posto pelo constituinte originário, mostra-se adequado avançar que tal proibição de retrocesso também se aplica ao poder reformador da Constituição.

De acordo com o princípio do não retrocesso, uma vez alcançado determinado grau de realização, os direitos fundamentais sociais e econômicos passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Mas somente estaria vedado o retrocesso quanto a direitos já adquiridos, em relação aos quais, qualquer reversibilidade seria uma violação ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico e social,

bem como do núcleo essencial da existência mínima decorrente do respeito pela dignidade da pessoa. Protegem-se, portanto, os “direitos prestacionais de propriedade’, subjectivamente adquiridos”, os quais constituem um limite jurídico do legislador e do constituinte derivado²⁶.

Somente a violação ao núcleo essencial dos direitos já efetivados normativamente, com graves repercussões sobre a dignidade da pessoa, desde que não acompanhada de medidas compensatórias ou alternativas, é que justifica o reconhecimento da inconstitucionalidade. Exemplos de tais retrocessos inconstitucionais seriam a extinção, por lei, do direito ao seguro-desemprego, sem nenhuma alternativa ou compensação, ou a ampliação desproporcional do tempo necessário para a aposentadoria²⁷.

Observe-se que não se trata de reconhecer a proibição de retrocesso como um princípio geral e absoluto²⁸. A rigor, caso assim fosse, estar-se-ia diante de uma inversão da hierarquia das normas, uma vez que o direito ordinário passaria a se sobrepor à Constituição. Haveria, ainda, o reconhecimento automático de que todas as normas ordinárias realizadoras dos direitos sociais teriam a natureza de normas de direitos fundamentais materialmente constitucionais. Por fim, seriam erodidas a liberdade de conformação do legislador e a revisibilidade das opções por ele adotadas, degradando a função legislativa à mera função de execução da Constituição, com prejuízos para o princípio democrático. Destaque-se que subjaz ao entendimento ora atacado a mundivisão determinista e ingênua de que a História caminha em um sentido único, aprioristicamente reputado como o “certo”, o que, sem dúvida, desconsidera a riqueza da realidade e a complexidade dos fenômenos, além da própria liberdade dos cidadãos, decorrente da dignidade da pessoa, de traçarem democraticamente os rumos que a sociedade deve seguir. O próprio STF, ao julgar a ADI 1923, pela qual se questionou o modelo de gestão por meio de organizações sociais, pelo qual o Estado transfere a particulares a gestão de bens e serviços públicos, decidiu que cabe aos representantes democraticamente eleitos decidir a “proporção entre a atuação direta e a indireta” na prestação de serviços sociais, como a saúde, desde que o resultado constitucionalmente fixado seja atingido. Daí não haver inconstitucionalidade na opção adotada pela Lei 9.637/1998 de buscar parceiros privados para serem fomentados pelo Poder Público visando a atingir objetivos sociais²⁹.

Parece mais adequado falar em uma graduação de situações, em que se terá, de um lado, a proibição de pura e simplesmente destruir as posições decorrentes da atuação do legislador, cuja eliminação afete a realização do direito constitucional tal qual exige a dignidade da pessoa. No outro extremo, será possível reconhecer que algumas concretizações legislativas podem alcançar o *status* de normas materialmente constitucionais. Obviamente, isso somente ocorrerá em situações excepcionais, em que haja um consenso “profundo e alargado que demora o seu tempo a formar-se e que não se estende nunca a pormenores de regulamentação”³⁰. E, em uma posição intermédia, haverá a incidência do princípio da proteção da confiança e da necessidade de fundamentação dos atos

que materializam um retrocesso, sobretudo com a invocação de princípios e bens constitucionais que amparam a atuação do legislador. O conteúdo mínimo decorrente das normas constitucionais referentes a direitos sociais impede a simples revogação de normas concretizadoras, sem o estabelecimento de alternativas e compensações³¹. A proteção da confiança e o princípio da proporcionalidade, por sua vez, impedem “o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do ‘retrocesso’”³².

Para Jorge Reis Novais, por outro lado, da reserva do possível decorre a insustentabilidade teórica do princípio da proibição de retrocesso. Não haveria tal proibição nos direitos sociais, nem nos direitos clássicos de liberdade: todos os direitos, segundo essa perspectiva, podem se sujeitar a retrocessos, que devem, porém, ser justificados, além de atraírem a observância dos princípios que plasmam o Estado de Direito. O que importa é apresentar argumentos que justifiquem a afetação dos direitos fundamentais sociais, considerando-a uma restrição, sujeita a controle tais quais as restrições a direitos fundamentais de liberdade. Devem observar, portanto, os princípios da igualdade, da proibição de excesso, da proteção da confiança e da dignidade da pessoa³³. O intuito do autor é aproximar o regime de tutela dos direitos sociais daquele tradicionalmente aplicado aos direitos de liberdade, defendendo que a diversidade de tratamento do problema das restrições aos primeiros tem conduzido, na jurisprudência portuguesa, a um enfraquecimento do seu nível de tutela, dada a dificuldade de identificar o “núcleo essencial” dos direitos sociais, o que abre as portas a intervenções restritivas não justificadas e a défices de controle jurisdicional. Não haveria direitos de liberdade, de um lado, e direitos sociais, de outro, mas sim, pura e simplesmente, direitos fundamentais, sujeitos a um regime de proteção próprio de um Estado de Direito. A abordagem que se acaba de referir conduz a um tratamento adequado da matéria e mostra-se compatível com uma ordem jurídica como a brasileira, que não contém, como no caso português, uma previsão de tratamento diferenciado para os direitos, liberdades e garantias, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro.

As alterações das normas constitucionais e legais referentes a direitos fundamentais sociais e econômicos devem, portanto, respeitar simultaneamente as seguintes condições:

- a) não acarretarem a erosão do nível de proteção existente para os referidos direitos, afetando a dignidade da pessoa;
- b) não serem desproporcionais e injustificadas, e virem acompanhadas, se for possível, de medidas compensatórias;
- c) respeitarem as situações já constituídas em obediência ao princípio da segurança e da proteção da confiança;
- d) estabelecerem regras de transição para a tutela de situações que, sem estar definitivamente constituídas, justificam a proteção de expectativas legítimas.

Sobre a letra “a” *supra*, tem-se que o núcleo dos direitos fundamentais, o valor primeiro que pretendem tutelar, é a dignidade da pessoa. Proíbe o referido

valor fazer da pessoa um objeto e desconsiderar sua individualidade e os pressupostos mínimos para sua existência. Qualquer retrocesso que fira esse núcleo intangível, portanto, há de ser rechaçado.

Com referência à letra “b”, qualquer reconfiguração da concretização normativa de um direito fundamental que implique restringir seu alcance ou tornar mais gravosa a situação do cidadão necessita ser devidamente justificada. O legislador há de demonstrar que, em virtude de um relevante valor (como a justiça, por exemplo) ou de uma situação fática nova, a concretização do alcance do direito deve ser modificada. Tal modificação, porém, em atendimento ao princípio da proporcionalidade, deve ser a menos gravosa possível. Diante dos fins de interesse público a serem atingidos, devem ser buscados os meios menos onerosos para o cidadão. Qualquer medida estatal desproporcional ou excessiva, tendo em vista os referidos fins, deverá ser fulminada por lesiva ao princípio do devido processo legal na sua acepção material ou substancial, como entende a Corte Maior³⁴. Devem ser adotados, na medida do possível, mecanismos compensatórios que possibilitem tornar menos gravosa ou onerosa a alteração normativa.

Indispensável é respeitar as situações já definitivamente constituídas, e consideradas a salvo das novas leis ou normas constitucionais mais gravosas. Trata-se de projeção do princípio da segurança jurídica. Este postulado radica, em última instância, nas mais “fundamentais exigências ético-jurídicas” e “na própria ideia de direito”³⁵ como um sistema aberto e permeável a valores. Mais do que por exigências científicas e metodológicas, a consideração do ordenamento jurídico como um sistema deriva de imposições axiológicas. Falar em sistema importa falar em um todo harmonicamente integrado por partes. O direito não é um aglomerado de normas aleatoriamente justapostas, mas deve respeitar, se se pretende evitar o arbítrio, postulados de adequação e de unidade. A adequação se manifesta no princípio da igualdade, a impor que se deem soluções semelhantes a casos também semelhantes, conferindo dada ordem ao sistema jurídico. A unidade, por sua vez, destina-se a evitar contradições, decorrendo também do princípio da igualdade, pelo tratamento uniforme de situações similares, e também do princípio da justiça. Este último possui uma tendência generalizadora, que se manifesta na identificação de critérios gerais que permitam tratar os diferentes casos de maneira uniforme, procedendo a abstrações e reduções da complexidade do real.

A segurança jurídica, segundo a perspectiva sistemática, responde à necessidade de busca de unidade. Pela determinabilidade e previsibilidade que pretende instaurar, a segurança jurídica contribui para a afirmação do direito como sistema. Sem segurança jurídica, não há, pois, sistema jurídico.

Corolário de tal princípio é a previsão da tutela ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Tratando-se de direitos relacionados à proteção previdenciária, direitos esses que decorrem, em regra, de relações jurídicas mantidas entre o cidadão e o Estado durante longos períodos de tempo, mesmo as situações não definitivamente constituídas merecem algum tipo de proteção. Ainda que não se alcance a intangibilidade do direito adquirido ou

do ato jurídico perfeito, tal tutela, concretizada por meio de regras de transição, destina-se a proteger expectativas legítimas dos atingidos, sua boa-fé e confiança, ou seja, o princípio da segurança jurídica³⁶. Deve o Poder Público atuar como pessoa de bem, evitando surpresas para os cidadãos. Se a mudança, entretanto, mostra-se necessária e indispensável, deve ser feita da maneira menos gravosa para o cidadão. Aqui se aplica também o princípio da proporcionalidade.

Destaque-se que, em situações de crise econômica, a possibilidade de restrições a direitos sociais se mostra ainda mais defensável, sem prejuízo da necessidade de aplicação dos princípios do Estado de Direito, como o da proporcionalidade. Foi o que entendeu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao negar pedido de cidadã portuguesa que teve reduzido o valor de sua aposentadoria pela aplicação, temporária, de uma “contribuição extraordinária de solidariedade”, prevista por lei e aplicada por dois anos apenas, para efeito de obtenção de recursos visando a garantir o cumprimento de obrigações assumidas pelo Estado Português para obviar os efeitos da crise instalada a partir de 2008. O valor deduzido de uma aposentadoria bruta de 1.980,72 euros foi de 91,92 euros mensais. O Tribunal Europeu entendeu que a medida não violou a Convenção Europeia de Direitos do Homem e que se baseou em uma situação de interesse público comprovada, foi encaminhada por instrumento normativo adequado e se mostrou proporcional³⁷.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme destacado ao longo deste estudo, a implementação de um sistema de proteção social demanda racionalidade e planejamento, que se manifestam na constatação de que, como todos os direitos têm custos para a sociedade, é necessário se preocupar com o financiamento e a sustentabilidade da previdência social.

Também são necessários ajustes com o propósito de impedir a concorrência entre os subsistemas da seguridade social, o que pode conduzir à informalidade, ao esvaziamento da previdência social e à consequente redução da arrecadação tributária.

As reformas assumem papel decisivo na atualização e reconstrução das normas que ditam os comportamentos humanos desejáveis e estruturam a adequada intervenção do Estado nas relações. Nesse contexto, parece claro que a realidade social que amparou a promulgação da Constituição de 1988 é bem diferente do contexto social da atualidade.

Contrapôs-se, outrossim, o retrocesso social à ideia de sustentabilidade. Partindo-se do pressuposto de que todo direito tem custos, em um cenário de escassez de recursos e de explosão do gasto público, reformas e ajustes são as únicas alternativas capazes de reequilibrar o sistema protetor.

Evidentemente, a reorganização do modelo proposto não é definitiva, afinal, como anunciado por Heráclito de Éfeso, “tudo flui, nada persiste nem

permanece o mesmo”. Nesse sentido, se o Direito foi construído para estabilizar relações, precisa de maturidade para acompanhar a dinâmica social. Há, evidentemente, limites para a mudança, mas não se pode considerar um pretensão princípio de proibição de retrocesso como regra absoluta. Há que se respeitar os direitos adquiridos e a dignidade da pessoa, impondo verificar a presença de justificativas para as mudanças, a proporcionalidade e razoabilidade das modificações efetuadas, a existência de alternativas ou compensações para aqueles afetados pelas alterações e o estabelecimento de regras de transição, sobretudo quando se tratar de relações de longa duração como aquelas relacionadas à previdência social.

REFERÊNCIAS

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2812.pdf> Acesso em : 09 out. 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOSCH, Mariano; MELGUIZO, Ángel; PAGÉS, Carmen. **Melhores aposentadorias, melhores trabalhos – em direção à cobertura universal na América Latina e no Caribe**. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2013, disponível em <http://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/462/Melhores%20Aposentadorias%20Melhores%20Trabalhos.pdf;jsessionid=83355BD29B4DE016B4A7CF023E2668F9?sequence=4>. Acesso em: 23 dez. 2014.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/07/censo-2010-mostra-as-diferencas-entre-caracteristicas-gerais-da-populacao-brasileira>> Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-representam-54-da-populacao-que-superou-a-extrema-pobreza>> Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/03/mulheres-sao-maioria-no-ingresso-e-na-conclusao-de-cursos-superiores>>. Acesso em: 10 out. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. Nota Técnica 130. Fator previdenciário: por que mudar? Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2013/notaTec130fatorPrevidenciario.pdf>> Acesso em: 09 out. 2015.

EUROPEAN UNION. **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security** (SEC(2007) 861) {SEC(2007) 862}. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/;ELX_SESSIONID=jT1KJx5KTMKLLwnnLrnTSvn3Q0Nz16QPyYZDYm8KCYtYxggRN7pT!-639629260?uri=CELEX:52007DC0359> Acesso em: 23 dez. 2014.

ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,formula-8595-e-a-melhor-para-aposentados-diz-ministro-da-previdencia,1638004>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen ; SUNSTEIN, CASS. **The Costs of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque-Londres: W.W. Norton & Company, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2008/piramide/piramide.shtm>. Acesso em: 20 Dez. 2015.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARTINS, Marcus Vinícius Silva. **O pensamento de Heráclito: uma aproximação com o pensamento de Parmênides**. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2007

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore da vida**. As bases biológicas do entendimento humano. Campinas: Editorial Psy II, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. O Tribunal Constitucional e os direitos sociais: o direito à segurança social. In **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PIERDONÁ, Zélia Luíza. A aposentadoria do servidor público e as normas de transição da Emenda Constitucional 20/1998, **Revista de Direito Social**, n. 1, p. 99-100.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio. Justiça lotérica – ativismo judicial não é bom para a democracia. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 11 out. 2015.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna” como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 509/02. In **Jurisprudência Constitucional**, n. 1, janeiro/março de 2004, p. 4-29.

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3a. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

- 1 MARTINS, Marcus Vinícius Silva. **O pensamento de Heráclito: uma aproximação com o pensamento de Parmênides**. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2007, p. 48.
- 2 MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. **A árvore da vida. As bases biológicas do entendimento humano**. Campinas: Editorial Psy II, 1995, p. 112.
- 3 HOLMES, Stephen ; SUNSTEIN, Cass. **The Costs of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque-Londres: W.W. Norton & Company, 1999, p. 18 seg. e 220 seg..
- 4 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 71.
- 5 Plausível é a cita de Willis Santiago Guerra Filho: Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, em que há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser ‘fechado’, do ponto de vista de sua organização, não havendo ‘entradas’ (*inputs*) e ‘saídas’ (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é ‘como o agente que conecta as extremidades do sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse) e o mantém fechado, autopoietico’. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.).
- 6 Desconsiderando-se os regimes próprios de previdência.
- 7 Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/01/brasil-encerra-2014-com-menor-taxa-de-desemprego-ja-registrada.html>>. Acesso em: 06 Dez. 2015.
- 8 In: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/taxa-de-desemprego-no-brasil-deve-atingir-10-em-2016>>. Acesso em: 06 Dez. 2015.

- 9 Disponível em: http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/367223_DESEMPREGO+E+MANIPULACOES. Acesso em: 06 Dez. 2015.
- 10 Para o BPC os dados são de 2012 e foram obtidos no sítio do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>. > Acesso em: 09 Jan. 2015.
- 11 BOSCH, Mariano; MELGUIZO, Ángel; PAGÉS, Carmen. **Melhores aposentadorias, melhores trabalhos – em direção à cobertura universal na América Latina e no Caribe**. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2013, p. 66. Disponível em: <http://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/462/Melhores%20Aposentadorias%20Melhores%20Trabalhos.pdf;jsessionid=83355BD29B4DE016B4A7CF023E2668F9?sequence=4>.> Acesso em: 23 Dez. 2014.
- 12 Inclusive, essa compreensão foi firmada nos autos do REsp 1112557/MG, julgado sob o rito de recurso representativo de controvérsia. Vejamos:
RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. 2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei nº 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001). 4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável. 5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar. 7. Recurso Especial provido. (REsp 1112557/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009)
- 13 Sobre a Justiça Lotérica, vale a pena conferir a entrevista de Lênio Streck para o CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>.> Acesso em 11 Out. 2015.
- 14 Referida medida provisória foi convertida na Lei 13.135/15, porém a redução do valor da pensão não foi aprovada no Congresso Nacional.
- 15 BRASIL. **Presidência da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm.> Acesso em 22 Mar. 2015.
- 16 Disponível em: <http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2013/10/20/em-dez-anos-de-bolsa-familia-gastos-em-assistencia-sao-os-que-mais-crescem/>.> Acesso em 23 Dez. 2015.
- 17 Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/orcamento-garante-aumento-de-recursos-para-bolsa-familia>.> Acesso em 23 Dez. 2015.
- 18 NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, Prefácio, p. X.
- 19 GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215
- 20 Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p. 166-167 e 190 e ss.
- 21 *Ibidem*, p. 257.

- 22 CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 476-478.
- 23 Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento proferido em 29.04.2004 e noticiado no *Informativo* 345 do Supremo Tribunal Federal. Impugnou-se, na espécie, veto presidencial aposto a dispositivo de projeto de lei de diretrizes orçamentárias que disciplinava a aplicação de recursos públicos em despesas com saúde. A ADPF foi julgada prejudicada em virtude da edição de outra lei que restaurou o conteúdo do dispositivo vetado, suprimindo a lacuna decorrente.
- 24 CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 336-338.
- 25 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000., p. 397.
- 26 CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 337.
- 27 São exemplos apresentados por J. J. Gomes Canotilho, *Ibidem*. p. 337.
- 28 Adota-se, aqui, o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade (**Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004). p. 406 e ss., e também "O "Direito ao Mínimo de Existência Condigna" como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas - Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional - Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 509/02. In **Jurisprudência Constitucional**, n. 1, janeiro/março de 2004, p. 4-29.
- 29 Conferir o voto. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto___ADI1923LF.pdf> Acesso em: 20 Dez. 2015. p. 18.
- 30 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 409.
- 31 Nesse sentido, examine-se CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339-340), que, não obstante, adota posição um tanto quanto diversa da de Vieira de Andrade, admitindo o princípio do não retrocesso social como cláusula garantidora da irreversibilidade dos direitos adquiridos, em violação flagrante ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, bem como ao núcleo essencial já efetivado da existência mínima inerente à dignidade da pessoa. Seriam inconstitucionais, portanto, as medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, materializem uma pura e simples anulação, revogação ou aniquilação do referido núcleo essencial.
- 32 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 411.
- 33 O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais || O Direito à Segurança Social, **Direitos Fundamentais - Trunfos contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 197-198.
- 34 Nesse sentido, examinar a obra MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 251 e ss., bem como as decisões proferidas pela Corte Maior na Representação 1.077, na ADIn 855 e na Suspensão de Segurança 1.320, dentre outras.
- 35 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 18 e ss.
- 36 Examinar, a propósito, PIERDONÁ, Zélia Luíza. A aposentadoria do servidor público e as normas de transição da Emenda Constitucional 20/1998, **Revista de Direito Social**, n. 1, p. 99-100.
- 37 O inteiro teor da decisão, em inglês, Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/corte-europeia-aposentadoria-portugal.pdf>>. Acesso em 16 Dez. 2015.

DOWNTURN, PROGRESSION, EXPANSION AND RETROGRESSION: A HEALTHY PATH TO BALANCED SOCIAL PROTECTION

ABSTRACT

Changes arise at every moment, imposing adjustments and calibrations on the rules that regulate human relations. In the field of social rights, the reality is not different. External factors, such as wars, as well as socio-economic evolution and technological advances, began to claim a more energetic posture from the State, which has ceased to be an absentee entity to become a normalizer agent of the legal relations, with strong protective intervention. Nevertheless, the State's magnitude, the disorganized growth of the protective system and the chronic disequilibrium in the public accounts, combined with demographic changes, started to show signs of retraction in the model of hypertrophic protection. Brazilian reality also has experimented the uncomfortable transition between the models of expansion and regression of rights, with two circumstances: in Brazil, protection arrangements were not properly built, but imported from other countries and delivered to the people as donations and political offers, established without suitable planning. The result of legislative disregard was the comprehension that a vulnerable protective system has ephemeral lastingness, which leads to the necessity of reforms directed through containment and austerity measures. The work seeks to highlight notably three aspects: 1st) the importance of a careful planning in establishing a safe and sustainable model of social protection; 2nd) the absolute need of improvements and regulatory adjustments to accommodate generous selectivity criteria; and 3rd) the implementation of containment measures, although it involves the reduction of the standard protective quality, does not characterize social retrogression, but the resumption of the path towards balance, and coherence.

KEYWORDS: Social Benefits. Social Retrogression. Welfare Reforms.

Submetido: 28 dez. 2015
Artigo convidado

A RACIONALIDADE DA JUSTIÇA

Bruno Amaro Lacerda*

1 Introdução. 2 Hans Kelsen: a justiça como legalidade. 3 Alf Ross: a justiça como regularidade. 4 Chaïm Perelman: o ato, a norma e o valor. 5 O núcleo comum das três concepções. 6 Justiça, pessoa e reconhecimento. 7 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Este artigo aborda a concepção de Hans Kelsen, Alf Ross e Chaïm Perelman sobre a justiça como regularidade na aplicação do direito e como valor subjetivo e irracional, no intuito de mostrar sua insuficiência como descrição da juridicidade. Diferentemente do afirmado pelos três autores, o direito deve se guiar por uma objetividade axiológica, a liberdade igual das pessoas ou dignidade, reconhecida reciprocamente na coexistência social. O menosprezo ou desconhecimento deste valor objetivo converte o direito em ordem injusta e funcionalista, sujeita a legitimar pretensões discriminatórias como expressões válidas de uma subjetividade não sujeita ao crivo da razão. O reconhecimento do homem como sujeito digno é uma exigência inafastável de racionalidade da justiça, sem a qual não se realiza a necessária vocação ética do direito.

Palavras-chave: Justiça. Pessoa. Reconhecimento. Dignidade.

1 INTRODUÇÃO

“Poucas ideias”, diz Santiago Nino, “despertam tantas paixões, consomem tantas energias, provocam tantas controvérsias e têm tanto impacto em tudo o que os seres humanos valoram como a ideia de justiça”.¹ De fato, em seu desenrolar histórico, a justiça foi concebida de muitas maneiras: como mandamento divino, como virtude, como convenção, como garantia da liberdade etc. Praticamente todos os filósofos, dos pré-socráticos aos contemporâneos, tentaram compreendê-la e defini-la. Mas ela é também assunto frequente nas discussões do cotidiano, que envolvem pessoas sem pretensões teóricas, mas com interesse na vida prática e em sua correção moral. Trata-se, portanto, de um tema que diz respeito a todos.

Este artigo pretende investigar uma das mais relevantes questões que o tema suscita: a justiça é uma ideia racional ou, ao contrário, uma noção emocional e irracional como sustentaram alguns dos mais importantes filósofos do direito do último século? Justifica-se o problema porque, sem sua solução, não podemos estar

* Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. E-mail: brunoamarolacerda@gmail.com

seguros sobre a objetividade dos nossos juízos de valor em questões de justiça. Afinal, qualificamos frequentemente pessoas, atos, normas e sistemas jurídicos como justos e injustos. Esta atitude tem sentido objetivo e, por conseguinte, pode ser veiculada por argumentos potencialmente aceitáveis por qualquer pessoa ou, no fundo, não passa de uma pretensão subjetiva, relativa a cada um de nós, que buscamos fraudulentamente universalizar?

Minha proposta é rever três autores que defenderam a irracionalidade da justiça como valor, a saber, Kelsen, Ross e Perelman, para na sequência apresentar uma visão crítica alternativa, restauradora da objetividade axiológica da justiça, por meio de sua conexão às noções de pessoa e de reconhecimento.

2 HANS KELSEN: A JUSTIÇA COMO LEGALIDADE

Para Kelsen, direito e justiça são conceitos que não se confundem, já que o primeiro designa uma técnica específica de organização social e o segundo um valor moral. Embora todo direito positivo se apresente como justo, é comum que nem todas as pessoas o enxerguem como tal, qualificando-o, ao contrário, como uma ordem injusta. Sendo assim, o que devemos entender por justiça?

Primariamente, a justiça é uma qualidade de uma ordem social e apenas secundariamente de um indivíduo, pois um homem é chamado “justo” quando sua conduta se conforma a um padrão dado pelas normas de um ordenamento. As normas de justiça, que integram esse ordenamento e impõem um padrão prescritivo, são para Kelsen um tipo específico de norma moral, cuja função é estabelecer um determinado *tratamento* de um indivíduo por outro. Neste sentido, a norma “não devemos suicidar-nos” é uma norma moral, mas não de justiça, pois não estabelece um tratamento de uma pessoa em face de outra: “Quer dizer: o suicídio pode ser considerado imoral, mas não injusto”.² Já a norma que incrimina o homicídio (proibindo que se mate alguém) é claramente uma norma moral *de justiça*. Mas quando um ordenamento, tomado como complexo de normas, deve ser considerado justo?

Uma interpretação possível é pensar que uma ordem normativa é justa quando permite que os homens alcancem a felicidade. Mas isto pode ser complicado, na medida em que as pessoas possuem concepções distintas do que as torna felizes e dos interesses que precisam perseguir para alcançar uma vida plenamente realizada. Elas também não entram em acordo sobre quais interesses merecem ser protegidos e quais devem ser desprezados, nem sobre a disposição hierárquica dos interesses escolhidos. Segundo Kelsen, isto ocorre porque questões envolvendo valores e interesses não podem ser respondidas por meio de um conhecimento racional, pois o que se busca nelas é um “juízo de valor determinado por fatores emocionais”³ e, neste sentido, válido apenas para o sujeito que o profere.

Qual valor é superior? A vida ou a honra da nação? Para os que acham que é a vida, alistar-se nas forças armadas e matar um inimigo na guerra pode

ser o ato mais vil; para os partidários da honra, pode fazer sentido não apenas matar o inimigo na guerra, mas também sacrificar a própria vida caso isto seja necessário para a proteção da sociedade que se defende.

É claro que as pessoas podem discordar sobre qual valor é superior, o que ocorre com frequência. Mas esta discordância será sempre subjetiva e emocional; nunca poderá ser objetiva e racional e, assim, conduzir a um consenso científico: “É impossível decidir-se entre estes dois juízos de valor discordantes de uma maneira racional, científica. Em última instância, é nosso sentimento, nossa vontade, e não nossa razão; é um elemento emocional e não racional de nossa consciência que decide este conflito”.⁴

Um juízo de valor, para Kelsen, é uma proposição com a qual se declara que algo é um fim último, um fim que não é meio para a realização de outro fim. Este juízo está inevitavelmente carregado de fatores emocionais e não pode ser comprovado pela experiência nem por um critério racional, ao contrário dos juízos de fato, que descrevem situações aferíveis empiricamente.

Isto, porém, não significa que cada indivíduo faça juízos de valor personalíssimos e, com eles, forme um sistema de valores próprio. Na vida prática, muitos indivíduos estão de acordo sobre seus juízos de valor e influenciam-se reciprocamente para o estabelecimento de sistemas éticos estáveis. Mas este fato de modo algum contradiz, para Kelsen, o caráter subjetivo e relativo dos juízos de valor. Esses acordos não provam que os juízos em questão são objetivos, do mesmo modo que a crença difundida por séculos de que o Sol girava em torno da Terra não foi suficiente para torná-la verdadeira.

Kelsen, no entanto, admite que a frequente associação da justiça com a paz pode revelar uma ideia fixa sobre o seu valor moral. Na impossibilidade de estabelecermos certos valores morais como absolutos (como pretendiam as teorias do direito natural), pode-se acreditar que um ordenamento que garanta a paz seja suficiente, mesmo que seja uma paz não estada em valores absolutos. Deste modo, se o direito, ao garantir a paz, exerce uma função que é frequentemente chamada de “justa”, pode-se dizer que “é justo aplicar o direito e injusto não aplicá-lo quando, por suas disposições, deva ser aplicado”.⁵

O autor acaba, assim, aceitando a tese da justiça como legalidade (ou “legalidade da justiça”). Se a sociedade é melhor que a anarquia e a sociedade pacífica melhor que a beligerante, a paz é uma meta desejável. E esta só se viabiliza com o cumprimento do direito positivo, isto é, com a aplicação efetiva das suas disposições normativas. Assim, é “justo” que uma norma seja aplicada em todas as situações nas quais ela deva ser aplicada. E “injusto” que ela seja aplicada em um caso e não o seja em outro que também regule. Pode-se, deste modo, dizer que a justiça é *justiça na aplicação do direito positivo*: “A justiça, neste sentido, significa a manutenção de um ordenamento positivo mediante sua aplicação escrupulosa”.⁶

Como se vê, a justiça kelseniana não se refere ao *conteúdo* de uma ordem jurídica ou de suas normas, pois este conteúdo, como dito, está carregado de

valorações que são emocionais e insuscetíveis de avaliação racional, mas ao seu *modo de aplicação*. Um ordenamento justo é aquele que deve ser aplicado segundo suas próprias disposições. Este é o único sentido de justiça que podemos considerar aferível cientificamente: “Só no sentido de legalidade pode o conceito de justiça ingressar na ciência do direito”.⁷

3 ALF ROSS: A JUSTIÇA COMO REGULARIDADE

Ross observa que a justiça parece ser uma ideia simples, clara e com grande força motivadora. Todos parecem compreendê-la intuitivamente, mesmo as crianças. Além disso, todas as guerras e todos os conflitos políticos foram e continuam sendo travados em seu nome. Não há, como se sabe, quem se coloque explicitamente ao lado da injustiça. Todos os homens, organizações, sociedades e Estados julgam-se detentores da verdadeira justiça, na qual embasam e legitimam suas ações. Este fato deveria nos preocupar, diz ele, pois “desperta a suspeita de que algo está errado com uma ideia que pode ser invocada em apoio de qualquer causa”.⁸

O autor admite, porém, que a justiça, como inúmeros filósofos e juristas afirmam desde a Antiguidade, está ligada à noção de igualdade. Esta conexão, no entanto, não se dá em sentido absoluto (pelo qual todos deveriam receber exatamente a mesma coisa), mas em seu sentido relativo, pelo qual os iguais (isto é, as pessoas que estão em uma situação igual) devem ser tratados da mesma maneira. Mas, para aplicação desta ideia de igualdade, é necessário que exista antes um *critério* que determine quais pessoas estão em condição igual. A demanda de justiça, deste modo, está direcionada não a todas as pessoas em geral, mas apenas a “todos os membros de uma classe determinada por certos critérios relevantes”.⁹

Essa exigência de igualdade permite que se estabeleçam diferenciações entre pessoas que estão em circunstâncias ou condições diferentes, desde que embasadas em um critério relevante. Assim, uma norma pode ofertar tratamento especial à gestante, garantindo seu emprego por certo tempo, ou assegurar certos direitos não estendidos aos adultos às crianças e aos adolescentes. As normas fazem isto com frequência: selecionam certos critérios (idade, sexo, profissão etc.) a partir dos quais se formam determinadas classes de indivíduos às quais é reservado um tratamento diferenciado com base no critério escolhido.

Mas quais critérios são relevantes e quais não o são? Para esta pergunta não há uma resposta objetiva, diz Ross. A ideia de justiça não nos impõe quais critérios são adequados para diferenciar pessoas e quais são inadequados. Logo, a igualdade exigida pela justiça é apenas a correta aplicação de uma norma e seu critério a todos aqueles que estão sob sua incidência. Assim, pode-se dizer que é justo que quem está em situação igual a outra pessoa seja tratado igualmente a esta, e injusto que se estabeleça um tratamento desigual nas mesmas condições.

Por consequência, pode-se dizer que a justiça e a igualdade que lhe acompanha são simplesmente a “exigência formal de regularidade ou racionalidade”

¹⁰, isto é, que se aplique uma norma igualmente a todos os seus destinatários em conformidade com o critério que ela resguarda.

Disto, Ross conclui que a palavra “justiça” é adequada para descrever a conduta de um juiz ou de outro aplicador de uma norma que, em consonância com o critério normativo, trate pessoas que estão igualadas por certa circunstância de um modo similar. Isto não significa, todavia, que a justiça “necessite” de regularidade, mas mais corretamente que ela é regularidade: “Dizer que uma decisão é justa significa que foi feita de uma maneira regular, isto é, em conformidade com a regra ou sistema de regras vigentes”.¹¹

O termo, entretanto, não é apropriado para avaliar a própria norma que se deve aplicar regularmente. Quando referidas a uma norma, as palavras “justiça” e “injustiça” não possuem qualquer significação e, por esta razão, não são um guia confiável para o legislador. Assim, um juiz que aplique as normas jurídicas aos seus destinatários pode ter sua conduta descrita como justa, pois nela há regularidade, isto é, conformidade com as normas vigentes. Mas dizer que a própria norma é justa seria errôneo, pois indicaria uma qualidade axiológica objetiva discernível na própria norma, uma pretensão que Ross considera absurda.

Para o autor, então, se pode falar em justiça na aplicação regular das normas às situações concretas, mas jamais com referência à elaboração dessas normas. Na verdade, quando alguém qualifica uma norma como “justa” ou “injusta” está apenas comunicando uma expressão emocional. Assim, quando alguém diz “Sou contra esta regra porque ela é injusta”, o que ele quer mesmo dizer é “Esta regra é injusta porque sou contra ela”.¹²

É neste contexto que se deve entender a conhecida passagem na qual Ross identifica o senso do justo com um soco em uma mesa: “Invocar a justiça é como dar um soco na mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto”.¹³ É impossível, afirma o autor, empreender uma discussão racional sobre a justiça de uma norma, pois sempre será uma tentativa camuflada de persuasão ideológica e nunca uma verdadeira argumentação. A insistência nessas discussões sobre justiça e injustiça de normas, além de infrutífera (não passa de um choque de emoções), conduz ainda à intolerância e ao conflito, porque cada parte se preocupa apenas em impor sua concepção sobre a justiça normativa (isto é, sobre qual critério deve ser adotado por uma norma) e acaba permanecendo cego em relação aos outros interesses também presentes.

A justiça, portanto, não pode ser um critério para julgar uma norma. Mas isto não significa que não se possa falar em uma relação entre direito e justiça. Sem um mínimo de regularidade ou previsibilidade não se pode ter uma ordem jurídica. Assim, a ideia de justiça como exigência de regularidade na aplicação das normas integrantes dessa ordem pode ser dita “constitutiva” do direito. Essa regularidade, como oposta à arbitrariedade subjetiva, é em si mesma um valor; ela, porém, não se confunde com a justiça pensada como um valor objetivo de determinação necessária dos conteúdos das normas jurídicas integrantes dessa

ordem, os quais, como reitera Ross, nada mais são que “a expressão de uma reação desfavorável perante ela”.¹⁴

Das afirmações do autor pode-se concluir que a justiça como exigência de regularidade na aplicação das normas é um valor *racional* que informa toda ordem jurídica e mesmo outras ordens normativas. A crença em um critério objetivo de justiça, que funcione como legitimador das normas jurídicas, ao contrário, é uma pretensão *irracional* que não se sujeita ao crivo de nenhuma discussão séria. Sempre será uma tentativa de impor uma visão de mundo em detrimento de outras igualmente possíveis. Por isto, “A ideologia da justiça não tem, pois, lugar em um exame racional do valor das normas”.¹⁵

4 CHAÏM PERELMAN: O ATO, A NORMA E O VALOR

Se observarmos as intermináveis controvérsias que as pessoas têm sobre a justiça e os diferentes argumentos que elas apresentam nos debates sobre o assunto, notaremos sempre um mesmo pano de fundo, um acordo básico expresso na ideia de tratar do mesmo modo as pessoas que são iguais sob certo ponto de vista. Assim, a igualdade envolve sempre, diz Perelman, um *tratamento equivalente* dado às pessoas que estão *equiparadas por um determinado aspecto*. Esse tratamento é a ação que chamamos de *justa*. A justiça, deste modo, não é algo etéreo ou inalcançável, mas simplesmente o tratamento igual de seres humanos que se aproximam por uma “característica essencial”.

É a presença dessa característica unindo as pessoas em uma *categoria* ou *classe* que determina o dever de tratamento igual dos seus componentes. Pense-se, por exemplo, em um professor que leciona para duas turmas de uma Faculdade de Direito, dando aulas de Direito Penal para uma e de Criminologia para a outra. O que diríamos se, no dia da avaliação, ele levasse a mesma prova para quarenta e nove alunos e somente uma prova diferente e bem mais fácil para *um* aluno da mesma turma de Direito Penal? Diríamos que ele praticou uma *injustiça* ao favorecer um aluno em detrimento de todos os demais. Em termos perelmanianos, o professor estaria tratando alunos que integram a mesma categoria essencial (uma mesma turma, cursando a mesma disciplina, dada pelo mesmo professor) de modo *desigual*, quando deveria tratá-los do modo mais aproximado possível, aplicando, senão a mesma prova, pelo menos provas diferentes de dificuldade similar.

Mas certamente não objetaríamos caso o professor levasse uma prova mais extensa e complexa que a que aplicou aos alunos de Direito Penal para seus alunos de Criminologia. Afinal, são provas de duas disciplinas com conteúdo diverso, cujos alunos compõem, sob este aspecto, duas categorias essenciais distintas e, portanto, não podem exigir um tratamento igual ao que foi dado aos alunos de Direito Penal (embora, é claro, possam exigir tratamento igual ao recebido pelos alunos *da mesma turma* que integram).

Com base nisso, Perelman estabelece uma *fórmula de justiça* que chamou de *justiça formal ou abstrata*, nestes termos: “um princípio de ação segundo o qual os seres

de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma maneira”.¹⁶ Esta definição é formal, pois não diz quando duas pessoas fazem parte de uma categoria essencial nem como devemos tratá-las. É uma espécie de ideia mínima de justiça, que traduz o acordo subjacente às inúmeras discussões que as pessoas travam sobre o assunto cotidianamente. Para fazer sentido, ela precisa ser contrastada com outras seis fórmulas de justiça chamadas de “concretas”. São elas: a cada um a mesma coisa; a cada um segundo seus méritos; a cada um segundo seu trabalho; a cada um segundo as necessidades; a cada um segundo sua posição; a cada um o que a lei lhe atribui.

A ideia de Perelman é a seguinte: se a igualdade justa é a igualdade de tratamento das pessoas que compõem uma categoria porque possuem uma determinada característica em comum, as seis fórmulas concretas representam os *critérios* de determinação desse caractere e de formação da categoria correspondente (cujos membros farão jus ao tratamento igual).

Uma vez que aceitamos determinado critério como relevante e com base nele aproximamos pessoas, surge uma norma estipulando o dever de tratá-las como iguais. Norma inicialmente *racional* ou “regra da razão”, nas palavras de Perelman. Assim, é a percepção de uma dada similitude entre pessoas (idade próxima, mesmo gênero, trabalho idêntico etc.), como fator que as identifica e une, que gera o dever racional, o qual pode, posteriormente, também ser convertido em dever jurídico.

É claro que a justiça reaparece, após o estabelecimento da norma jurídica, como a *vontade* de que a igualdade categorial prevista seja realizada, e por esse motivo se pode dizer com Widar Cesarini Sforza, em uma concepção próxima da de Perelman, que o princípio da justiça se revela “no preciso instante no qual aparece a vontade de que a classe seja realizada segundo a sua norma, isto é, no instante no qual a classe se realiza como volição de um tipo ou modelo de comportamento, com exclusão de qualquer outra classe”.¹⁷ O dever de justiça, destarte, inspira a elaboração da norma e guia posteriormente a sua aplicação.

Quando, porém, se questiona a justiça da própria norma, isto é, a justiça do valor que a norma realiza, é impossível dizer algo a respeito sem apresentar uma definição discutível do que é justo. E isto não pode ser feito a não ser de uma “maneira subjetiva”, pois a justiça é “uma noção cujo sentido emotivo é muito pronunciado”.¹⁸

Como não existe um sistema único de justiça (isto é, um sistema de valores considerados absolutamente justos), seu caráter arbitrário é inafastável. Disto resulta que, se uma determinada norma é considerada injusta por alguém que defende outra fórmula de justiça concreta ou a formação de uma categoria essencial mais ampla, mais restrita ou diversa, não há meios racionais para se decidir o conflito, restando apenas registrá-lo como existente. Estando instalada a pluralidade de valores, sua oposição e seu caráter arbitrário não permitem nenhuma solução racional, de modo que “um raciocínio será incapaz de dar ganho de causa a um ou a outro dos adversários”.¹⁹

O máximo que se pode esperar da justiça é que ela seja regular, isto é, que se apliquem as normas regularmente aos casos aos quais elas se destinam, segundo a amplitude da categoria essencial e a fórmula de justiça concreta escolhida. Há, então, afirma Perelman, três elementos na noção de justiça: o valor que a funda, a regra que a enuncia e o ato que a realiza. Somente os dois últimos podem ser submetidos às exigências racionais. Assim, pode-se exigir que o ato seja regular, ou seja, conforme a regra, e que a regra não seja arbitrária, decorrendo logicamente do sistema de regras que se deve aplicar. Mas, quanto ao valor que funda o sistema normativo, “nós não podemos submetê-lo a nenhum critério racional, ele é perfeitamente arbitrário e logicamente indeterminado”.²⁰

A justiça, portanto, é um ideal irracional apenas quando referida aos valores que sustentam as normas de um determinado ordenamento. Como exigência de regularidade dos atos e de aplicação das normas, ela é para Perelman a virtude racional por excelência. Mas a racionalidade da concretização normativa não pode conduzir equivocadamente à crença de que os valores normativos também seriam racionais. Deste modo, diz o autor, se pensarmos axiologicamente a ação dos aplicadores das normas, “é preciso não esquecer que sua ação é fundada sobre valores arbitrários, irracionais e aos quais se opõem outros valores em face dos quais um sentimento de justiça refinado não pode ficar inteiramente insensível”.²¹

5 O NÚCLEO COMUM DAS TRÊS CONCEPÇÕES

As concepções de Kelsen, Ross e Perelman possuem um claro ponto em comum. Os três autores enxergam racionalidade na ideia de justiça, mas somente com referência à sua aplicação e não também em relação aos valores que as normas ou ordenamentos realizam. A justiça, embora com fundamentos e desenvolvimentos diversos, é para eles equivalente à regularidade. Um ato é justo quando se põe em conformidade com uma norma e uma norma é justa quando aplicada criteriosamente aos seus destinatários (a “classe” de Ross ou a “categoria essencial” de Perelman), segundo o padrão valorativo (o critério axiológico distintivo) que se busca realizar.

Deste modo, a pretensão de qualificar os valores normativos como justos ou injustos carece de sentido e não passa de uma atitude emocional que se simula como racional. Isto porque os valores, segundo os autores citados, são pretensões subjetivas e relativas que se chocam contra outras pretensões igualmente subjetivas e relativas, sem que se possa deduzir da razão um supremo valor que sirva como critério objetivo de validade moral e escalonamento dos interesses em colisão.

Esta concepção da irracionalidade da justiça como valor parece atrativa e convincente em um primeiro momento, mormente porque os três autores tangenciam um fato que experimentamos com frequência, o conflito de valores. Por exemplo, como deve ser compreendido o valor da liberdade individual? Este valor pode, em uma dada situação, ser superior e prevalecer sobre a vida? Continuando no exemplo, uma pessoa acometida por uma doença grave, que a

impeça irreversivelmente de praticar as ações que mais prezava (como a prática de uma modalidade esportiva de alto rendimento) pode pretender legitimamente se matar? Ou exigir que outrem, como seu médico, faça isto por ela, praticando eutanásia? Ou, pelo contrário, a liberdade não pode jamais implicar violação da própria vida? Existe liberdade que implique sua auto-aniquilação? Em resumo, qual valor deve ser mais estimado, a vida ou a liberdade de escolha?

Os autores em questão diriam que esta última pergunta não tem sentido. Os valores são subjetivos e, deste modo, não se sujeitam a qualquer argumentação racional. Para alguns, o valor superior é a vida; para outros, a liberdade. Não há como afirmar racionalmente que é mais justo preferir um ao outro. E quando um ordenamento jurídico opta por um deles, proibindo, por exemplo, o auxílio ao suicídio e à eutanásia, a justiça aparece como exigência de concretização dessas normas proibitivas com regularidade. Somente esta regularidade na aplicação pode ser adequadamente chamada de “justiça”.

Mas, por outro lado, o que diríamos de uma norma que estabelecesse uma diferenciação discriminatória, violadora da igualdade ontológica das pessoas, instituindo, por exemplo, uma política pública racista ou sexista? Partindo das propostas de Kelsen, Ross e Perelman, poderíamos dizer que essa norma agasalha um valor com o qual não concordamos, mas não teríamos como provar seu equívoco em razão da subjetividade e da relatividade dos valores em geral. Ou seja, em tese, seria possível que alguém defendesse a concepção oposta (de que esse tipo de norma, com conteúdo racista ou sexista, seria justa). Mas esta tese oposta não atingiria um valor objetivo, a liberdade igual das pessoas? Precisamos, para esclarecer a questão, ver o que outros filósofos, também do século passado, disseram sobre a conexão da ideia de justiça com as noções de pessoa e de reconhecimento.

6 JUSTIÇA, PESSOA E RECONHECIMENTO

Para Iginio Petrone, filósofo italiano da virada do século XIX para o XX, se a primeira verdade do espírito é a consciência de si, a certeza cartesiana da minha existência como ser pensante, a segunda “é a certeza de que a minha consciência é correlativa às outras consciências coexistentes”.²² O *eu (ego)* não é, então, afirmação pura e absoluta de si, mas um conceito de reciprocidade, comparativo e social, que se põe apenas na relação com o *outro (alter)*, pela dimensão da *alteridade*.

A autoconsciência é *dialética e bipolar*: pensar-se como sujeito envolve necessariamente pensar os outros como sujeitos correlativos na vida social. Petrone denomina de “aspecto social da consciência de si” o fenômeno psíquico pelo qual o *eu* se coloca como subjetividade apenas quando se dispõe também a afirmar, por meio de um nexo de polaridade, o *outro eu*.

O direito nasce desse movimento de afirmação das subjetividades na coexistência, pelo qual as liberdades devem se limitar pelo reconhecimento recíproco. Por isto, a fórmula da justiça pode ser expressa deste modo: “o homem

não afirma a sua subsistência e o seu valor de pessoa senão quando afirma, ao mesmo tempo, a subsistência e o valor de pessoa dos homens a ele coexistentes, e concebe, quer e põe entre si e estes um vínculo de recíproco reconhecimento e de respeito”.²³

Deste modo, a afirmação da minha condição pessoal, associada ao valor que dela decorre, é contemporânea e coligada à afirmação da condição pessoal dos outros em sociedade. O *eu* afirma-se como sujeito de direito somente quando *reconhece* os outros como subsistentes jurídicos, como *sujeitos de direito* mercedores do mesmo respeito do qual se julga digno. A personalidade jurídica é, portanto, um conceito relacional, que envolve a pessoa alheia do mesmo modo como o direito do *ego* não pode ser pensado desvinculado do direito do *alter*, sendo, por consequência, despropositada toda forma de individualismo supressor dessa sociabilidade originária.

Disso Petrone conclui que a relação de justiça é uma avaliação comparativa do *ego* e do *alter* segundo uma ideia de distinção co-respectiva e igualdade recíproca. O *ego* percebe-se e dimensiona-se pelo *alter* em razão de similitudes e de diferenças, mas sempre a partir de um *valor igual*: “percebe e avalia o outro como seu *socius*; não como mais nem como menos; não como superior nem como inferior; o apreende e avalia como seu par: eis tudo”.²⁴

É a razão pela qual o sujeito, dimensionando o outro como um ser de valor igual, se dispõe a circunscrever sua liberdade de modo a não prejudicar a mesma esfera de liberdade dos coexistentes, evitando atribuir a si mesmo prerrogativas que não reconheceria como necessárias para a esfera de atuação social dos demais. Esta lei de limitação, pela qual *ego* e *alter* se reconhecem e se limitam reciprocamente à luz de um ideal comum, o *socius*, é a gênese da *liberdade formal* compreendida como exigência de não impedimento, que Petrone considera ser o princípio constitutivo do direito, o conteúdo essencial da juridicidade.²⁵

Giorgio Del Vecchio, seguindo um caminho próximo ao trilhado por Petrone, expõe que o ser subjetivo (o *eu*), com consciência de si, contrapõe-se necessariamente aos objetos do mundo, os quais entram na esfera da sua consciência como “não-eu”. Mas o sujeito também se relaciona com *outro sujeito*, sendo capaz de reconhecê-lo como um “outro eu”, como *alguém* de igual valor, nascendo deste movimento do espírito a ideia de *alteridade*.

Assim, além da consciência de si ou autoconsciência, há também uma “consciência de si em forma objetiva, pela qual a subjetividade se projeta em uma coordenação”.²⁶ Este movimento da consciência não é uma faculdade que se possa recusar, pois responde a uma profunda vocação do espírito humano, pela qual o sujeito é capaz de perceber que, estando ligado aos demais na coexistência, deve *coordenar* sua ação com as ações alheias segundo uma ponderação objetiva do direito, cuja exigência fundamental é que “todo sujeito seja reconhecido (pelos outros) pelo que vale, e que a cada um seja atribuído (pelos outros) o que merece”.²⁷

A justiça, portanto, tem lugar quando um *eu* reconhece outro sujeito não como um objeto, mas como um *outro eu* também consciente de sua posição subjetiva, e ambos se dispõem a limitar, de modo bilateral, paritário e recíproco, suas personalidades de modo a permitir o livre desenvolvimento da personalidade de todos na vida social. Por isto, a exigência de justiça existe apenas entre seres humanos e se pode defini-la como o “princípio de coordenação entre seres subjetivos”.²⁸

Para Guido Calogero, a sociedade é uma contínua neutralização das desigualdades, um caminhar sucessivo da injustiça à justiça. Ao mesmo tempo em que afirma a natural desigualdade (de força, talento, habilidades etc.) dos homens, reúne esforços para a realização da igualdade, que não deve ser pensada como planificação, como achatamento das personalidades e conversão das pessoas em seres rigorosamente iguais, mas como “o equilíbrio das fruições de mundo, o equilíbrio das liberdades”.²⁹

Em outras palavras: a justiça, como exigência ética, não deve eliminar as diferenças que existem entre os seres humanos, mas possibilitar que cada um tenha as condições necessárias para que, em igualdade com os demais, possa buscar sua auto-realização pela ação da liberdade. A justiça não quer, portanto, suprimir a desigualdade natural, mas viabilizar uma igualdade *social* a partir da qual todas as pessoas possam se afirmar como verdadeiramente livres. É neste sentido que, kantianamente, se pode defini-la como “a convivência das liberdades”.³⁰

Comentando a posição de Calogero, Eugenio Garin afirma que a justiça sempre esteve ligada à sociabilidade e à alteridade, nascendo desta vinculação a ideia de uma regra que age sobre a sociedade no intuito de conservá-la. A esta noção primária de justiça como *legalidade* logo se opôs outra, a da justiça como *protesto* contra a lei injusta. Contra um formalismo vazio que sustenta leis mesmo quando estas instituem discriminações abusivas, afirma-se historicamente a justiça como defensora de uma natureza humana, pela qual todas as pessoas são *livres e iguais*.

Disto, porém, decorre uma nova aporia, pois por natureza os homens são profundamente desiguais. Assim, ao buscar o “tratamento proporcional à condição de cada um”, a justiça quer preservar uma igualdade não dada, mas *desejada*, para que todos possam “igualmente afirmar sua liberdade em uma coordenação de homens” e, nos limites das condições humanas, “ninguém faça aos outros aquilo que não quer que os outros lhe façam”.³¹

É próprio da natureza humana, diz Garin, a dignidade que os homens reconhecem uns nos outros como seres igualmente livres. Liberdade que pretendem assegurar pela ação da justiça. Esta, portanto, pode ser definida como o “esforço de harmonizar e fazer convergir a própria liberdade com a dos outros como liberdades *pares* na integralidade da própria humanidade (...)”.³²

Recentemente, Francesco D’Agostino escreveu páginas que ecoam as concepções de Petrone, Del Vecchio e Calogero. Assim como estes autores, ele

também vincula a justiça à pessoa. Por mais que existam visões variadas sobre esta conexão, afirma, todas concordam em um ponto essencial, o *reconhecimento*, princípio que impõe a qualquer ordem jurídica o tratamento do ser humano como uma pessoa dotada de dignidade e, neste sentido, não merecedora de discriminações arbitrárias ou injustas. Por isto, o jurista deve ter em mente que “o princípio do *reconhecimento* se converte no princípio constitutivo do direito (ou, caso se prefira, no seu pressuposto necessário), isto é, no princípio da igualdade”.³³ São justas, portanto, as restrições de condutas em prol de uma *liberdade igual*, e injustas as que estabelecem tratamentos privilegiados ou discriminatórios que violam a necessária *fraternidade* que deve vigorar entre os homens.

Destas considerações sobre pessoa e reconhecimento podemos extrair um dado axiológico objetivo inerente à justiça: a dimensão de liberdade igual dos seres humanos. A justiça é a virtude que deve viabilizar esta condição, pela via da coexistência recíproca juridicamente organizada. Assim, uma norma ou um ordenamento que violem este valor são *objetivamente injustos*, ao contrário do sustentado por Kelsen, Ross e Perelman.

Por isto, uma norma que estabeleça um tratamento discriminatório a alguém em razão, por exemplo, de sua origem ou religião, proibindo-a de entrar em certos espaços abertos ao público, não é apenas arbitrária, mas francamente injusta. O reconhecimento do valor igual das pessoas não é uma atitude emocional comprometida com certos interesses em detrimento de outros igualmente possíveis, mas “a condição fundamental de toda possível forma de existência verdadeiramente humana”.³⁴

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se dimensionar adequadamente a posição axiológica irracionalista de Kelsen, Ross e Perelman. A meu ver, eles têm razão quando apontam a regularidade como exigência constitutiva da juridicidade. Aplicar uma norma imparcialmente aos integrantes da classe ou categoria essencial aos quais ela se destina, de acordo com o critério distintivo escolhido, é uma imposição da ideia de justiça e, como tal, atende ao que Perelman chama de “regra da razão”. Mas, para estes autores, a racionalidade da justiça se exaure nessa exigência. Os valores nos quais as normas se apóiam são sempre relativos ao sujeito que os estima e, neste sentido, traduzem pretensões emocionais insuscetíveis de arbitramento racional. Assim, pensada como valor, a justiça é um ideal irracional.

Uma reflexão mais detida sobre a questão, porém, pode levar à seguinte indagação: por que a aplicação de uma norma com regularidade aos seus destinatários é uma exigência racional e, neste sentido, justa? Não seria porque os seres humanos que integram uma categoria essencial (pessoas de certa faixa etária, do mesmo sexo, da mesma profissão etc.), em sua condição pessoal, são *iguais*? E, neste caso, a ação de tratá-los desigualmente violaria sua igualdade ontológica?

Se a dignidade é o valor que decorre do reconhecimento recíproco de uma liberdade igual, então este valor é uma objetividade que não pode ser transgredida. Segue-se que um ordenamento que institua uma discriminação que o viole é objetivamente injusto, e não somente para quem o valore negativamente. Penso, portanto, que Kelsen, Ross e Perelman perceberam corretamente que não há juridicidade sem sua concretização regular, mas não que isto decorre de uma objetividade, o reconhecimento da liberdade igual (ou dignidade).

Com esta percepção, a racionalidade da justiça como aplicação regular de normas ganha um fundamento: a igualdade ontológica das pessoas. Este é o valor objetivo que o direito deve necessariamente realizar, pois, não o fazendo, afasta-se de sua vocação ética e converte-se em ordem injusta, em tirania. Sem o reconhecimento desta condição de viabilidade do homem como *sujeito digno*, não se tem o “direito como direito”, na expressão de Castanheira Neves, mas somente uma ordem normativa funcionalista, para a qual a pessoa nunca passará de mero instrumento ou objeto.³⁵

REFERÊNCIAS

- CALOGERO, Guido. Intorno al concetto di giustizia. **Argomenti**, I, n. 5-6, p. 2-21, 1941.
- CASTANHEIRA NEVES, A. **O direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- COTTA, Sergio. **Il diritto nell'esistenza**. Linee di ontofenomenologia giuridica. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1991.
- D'AGOSTINO, Francesco. Di che cosa parliamo, quando parliamo di giustizia? In: **Valori giuridici fondamentali**. Roma: Aracne, p. 27-37, 2010.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **La giustizia**. Roma: Studium, 1946.
- GARIN, Eugenio. Giustizia. **Revue Internationale de Philosophie**, v. 41, p. 268-301, 1957.
- KELSEN, Hans. Las metamorfosis de la idea de justicia. In: CAIRNS *et al.* **El actual pensamiento juridico norteamericano**. Buenos Aires: Losada, p. 245-299, 1951.
- _____. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PERELMAN, Chaïm. De la justice. In: **Justice et raison**. 2. ed. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, p. 9-80, 1972.
- PETRONE, Iginio. **Il diritto nel mondo dello spirito**. Milano: Libreria Editrice Milanese, 1910.
- ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

SANTIAGO NINO, Carlos. Justicia. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (Org.) **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, p. 467-480, 1996.

SFORZA, Widar Cesarini. Il problema della giustizia. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, a. 38, p. 46-54, 1961.

-
- 1 SANTIAGO NINO, Carlos. Justicia. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (Org.) **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1996, p. 467.
 - 2 KELSEN, Hans. O problema da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.
 - 3 KELSEN, Hans. Las metamorfosis de la idea de justicia. In: CAIRNS *et al.* **El actual pensamiento juridico norteamericano**. Buenos Aires: Losada, 1951, p. 251.
 - 4 *Ibid.*, p. 251.
 - 5 *Ibid.*, p. 261.
 - 6 *Ibid.*, p. 262.
 - 7 *Ibid.*, p. 263.
 - 8 ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2011, p. 334.
 - 9 *Ibid.*, p. 335.
 - 10 *Ibid.*, p. 338.
 - 11 *Ibid.*, p. 339.
 - 12 *Ibid.*, p. 340.
 - 13 *Ibid.*, p. 340.
 - 14 *Ibid.*, p. 346.
 - 15 *Ibid.*, p. 346.
 - 16 PERELMAN, Chaïm. De la justice. In: **Justice et raison**. 2. ed. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 26.
 - 17 SFORZA, Widar Cesarini. Il problema della giustizia. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, a. 38, 1961, p. 48.
 - 18 PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 64.
 - 19 *Ibid.*, p. 71.
 - 20 *Ibid.*, p. 75.
 - 21 *Ibid.*, p. 77-78.
 - 22 PETRONE, Igino. **Il diritto nel mondo dello spirito**. Milano: Libreria Editrice Milanese, 1910, p. 40.
 - 23 *Ibid.*, p. 45.
 - 24 *Ibid.*, p. 46.
 - 25 *Ibid.*, p. 195.
 - 26 DEL VECCHIO, Giorgio. **La giustizia**. Roma: Studium, 1946, p. 83-84.
 - 27 *Ibid.*, p. 90.
 - 28 *Ibid.*, p. 3.
 - 29 CALOGERO, Guido. Intorno al concetto di giustizia. **Argomenti**, I, n. 5-6, 1941, p. 15.
 - 30 *Ibid.*, p. 15.
 - 31 GARIN, Eugenio. Giustizia. **Revue Internationale de Philosophie**, v. 41, 1957, p. 300.
 - 32 *Ibid.*, p. 301.
 - 33 D'AGOSTINO, Francesco. Di che cosa parliamo, quando parliamo di giustizia? In: **Valori giuridici fondamentali**. Roma: Aracne, 2010, p. 34.
 - 34 COTTA, Sergio. **Il diritto nell'esistenza**. Linee di ontofenomenologia giuridica. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1991, p. 209.
 - 35 CASTANHEIRA NEVES, A. **O direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 72.

THE RATIONALITY OF JUSTICE

ABSTRACT

This paper discusses the concepts of Hans Kelsen, Alf Ross and Chaïm Perelman on justice as regularity in the application of the Law, and as subjective and irrational value, in order to show its insufficiency as a descriptor of the Law. Contrarily to what these authors say, Law must be guided by an axiological objectivity, equal liberty or dignity, mutually recognized within social coexistence. The disdain or ignorance of this objective value converts Law in an unfair and functionalist order, capable of legitimizing discrimination as a valid expression of subjectivity not bound to the test of reason. The recognition of man as a person is a sound requirement of rationality of justice, without which it is not possible to arise the necessary ethical vocation of Law.

Keywords: Justice. Person. Recognition. Dignity.

Submetido: 7 dez. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE AOS MECANISMOS DE MEMÓRIA ETERNA

Carlos Henrique Pazzinatto*
Cinthia Obladen de Almendra Freitas**

Introdução. 1 Breve Evolução da Era da Informação. 2 Os Mecanismos de Memória Eterna. 2.1. Backup. 2.2 Cache. 2.3 Consequências dos Mecanismos de Memória Eterna. 3 Identidade na Internet e suas Fragilidades. 4 Direito ao Esquecimento. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O artigo aborda o direito ao esquecimento e à vida privada frente às diversas ferramentas existentes na Internet que não apenas produzem uma cópia de segurança, ou memória para acesso rápido, mas armazenam os dados deixando-os eternamente à disposição dos usuários. Apresenta-se breve histórico em relação à evolução dos meios de comunicação, assim como o advento da era da informação. São discutidos os efeitos positivos e negativos dessas ferramentas, assim como do uso da Internet, combinação que fortalece a memória eterna de dados e fatos. Estabelece-se uma relação entre três elementos: evolução da tecnologia, personalidade e direito ao esquecimento. Finalmente, conclui-se que os sites de *cache*, se bem utilizados, são essenciais para pesquisas acadêmicas e aos poucos criam algo similar a um museu permanente de história da Internet. Por outro lado, o meio eletrônico necessita de mecanismos de controle contra abusos cometidos e, conseqüentemente, entende-se pela responsabilização na esfera Cível e Penal, para justamente coibir e prevenir condutas que possam prejudicar pessoas, entidades, empresas e governos.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Personalidade. Privacidade. Memória Cache e Cópias de Segurança.

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, Especialista em Direito e Processo Tributário Empresarial (PUCPR) e Bacharel em Direito (PUCPR). Atualmente é Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: carlos@trjpr.jus.br

** Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) para o curso de Direito (Módulos Temáticos: Perícias e Laudos Técnicos; Crimes e Fraudes por Computador). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica" (PUCPR/CNPq). E-mail: cinthia@ppeia.pucpr.br

INTRODUÇÃO

No início das civilizações, as formas de comunicação eram primitivas e artesanais, porém, desde sempre envolveram e desenvolveram tecnologia. Gritos, sinais de fumaça, objetos deixados no meio da trilha, assim como as marcações no interior de cavernas faziam parte da comunicação primitiva. Com o advento do telégrafo, assim como da eletricidade, tornou-se possível estender as comunicações entre os homens para distâncias mais longas, em tempo reduzido. O rádio desempenhou papel primordial, juntamente com a mídia impressa, para que as pessoas recebessem notícias sobre o que estava acontecendo, local ou globalmente, por meio da tecnologia de ondas de rádio AM.

Recentemente, na década de 1950, com a televisão, foi possível ver as imagens de objetos e pessoas (a quais, na época do rádio, apenas podiam ser imaginados) se movimentando, falando, no início em preto e branco, e depois por meio de imagens coloridas e até mesmo em transmissões realizadas ao vivo.

Após um tempo, com o aperfeiçoamento e integração das tecnologias, assim como com o desenvolvimento dos semicondutores e microprocessadores, foi possível iniciar a utilização dos computadores para uso pessoal e como ferramenta no dia-a-dia, seja para realizar uma tarefa, seja para entretenimento.

Ainda na década de 90, quando a rede mundial de computadores estava engatinhando, de comunicação por meio de BBS¹ já impressionava a todos frente à possibilidade de transmissão de arquivos, dados, entre outros. Na sequência, aperfeiçoando-se as tecnologias já existentes, a *World Wide Web*, tornou-se acessível aos domicílios, por meio da Internet discada, a qual tinha sua velocidade limitada, assim como a tarifação cobrada em horas de acesso.

Por fim, sanadas eventuais limitações iniciais, permitiu-se a comunicação com velocidade visivelmente superior às iniciais, mais adequada às necessidades humanas atuais, assim como uma disponibilidade de acesso mais abrangente.

Nesse quadro, a Internet tornou possível, por meio de seus bancos de dados e sistemas de indexação e busca de informações, acessar dados, fatos, acontecimentos, notícias, vídeos, imagens, ou seja, uma infinidade de arquivos de dados sobre temas variados, transpondo fronteiras pela comunicação direta em tempo real, possibilitando velocidade de acesso à informação e desenvolvimento das áreas de conhecimento humano. Vive-se o paradigma *everyware* preconizado por Greenfield², a saber:

Ainda mais invasivo, mas difícil de perceber, é que o computador saiu da mesa de trabalho e se insinua em nossa vida diária. Essa tecnologia da informação ubíqua - 'everyware' - aparecerá em muitos contextos diferentes e tomará uma variedade de formas, mas afetará quase todos nós, estejamos ou não conscientes disto.

Não há mais que se falar somente em *hardware* e *software*, muito menos em estruturas do tipo fixo, por exemplo, telefone fixo ou computador *desktop*

que significa literalmente “em cima da mesa”, ou seja, fixo a um único local e utilizando infraestrutura de fios, cabos e tomadas elétricas.

A computação sem computadores, tal qual prevista por Weiser³, trabalha não somente com o conceito de estar em qualquer lugar, mas sim em qualquer coisa. Entenda-se “coisa” como sendo qualquer aparato ou equipamento que possa realizar processamento de informações, sejam estes aparentemente eletrônicos ou não.

Deve-se ter em mente também que o paradigma *everyware* é relativo⁴, ou seja, cada resultado ou resposta obtida num determinado momento depende não somente das ações e atitudes passadas, mas também de um grande número arbitrário de outras entradas (*inputs*) a partir de pontos distantes e conectados não necessariamente de modo direto (*peer-to-peer*) por interesse mútuo. Na verdade, o grau de pervasividade e entrelaçamento com o dia-a-dia das pessoas fará com que cada um reavalie seus relacionamentos com outras pessoas e consigo mesmo⁵.

Todavia, essa facilidade de comunicação proporcionada pelas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), especialmente pela Internet, causou um efeito indesejado e relacionado com a possibilidade do acesso a qualquer informação a partir de qualquer lugar e a partir de qualquer dispositivo eletrônico, ou seja, o efeito indesejado repercute nos direitos à intimidade da pessoa humana. Imagens e vídeos de fatos que ocorreram há muito tempo ou que não deveriam mais estar disponíveis para todos, podem causar prejuízos à imagem da pessoa e até mesmo ser tratados como crime. Questiona-se: será que a sociedade moderna necessita armazenar tudo sobre todos o tempo todo? O direito ao esquecimento surge justamente quando se torna cada vez mais difícil definir fronteiras entre direitos fundamentais em rota de colisão, tais como, de um lado, o direito à informação e à não censura; e de outro, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem, entre outros.

Em verdade, o problema de extrapolar a interpretação do que é direito à informação em contraponto ao direito à intimidade, vem desde a era do rádio, com grau pouco maior na era televisiva e infinitamente mais abrangente na era digital. O direito ao esquecimento busca resguardar os direitos inerentes à personalidade humana, como a intimidade da pessoa, o direito à imagem, sendo que esta não pode ser violada por momentos e situações que não fazem mais parte do presente, para todos que desejarem ter acesso, em qualquer momento, visto que essa exposição pode causar prejuízos, os quais devem ser reparados na esfera judicial.

Coube, portanto, ao estudo entender a relação entre o direito ao esquecimento e os mecanismos de memória eterna, disponíveis na Internet, como por exemplo, o *backup* e os mecanismos de *cache*, que passam despercebidos, e permitem arquivamento de dados e informações em estruturas de memória secundária em modo *ad eternum* nos sistemas digitais. A discussão refere-se a quando e como tais mecanismos de memória eterna podem ser considerados uma violação ao direito à intimidade da pessoa humana.

A partir dessas considerações, o presente artigo tem o escopo de apresentar a perspectiva do direito ao esquecimento frente à era digital na sua consequente possibilidade de registro e disponibilização permanente, por meio de mecanismos de memória eterna, de uma infinidade de acontecimentos no universo digital. O artigo é resultado de projeto de pesquisa e segue método dedutivo para relacionar os mecanismos de memória eterna ao direito de esquecimento, tendo como fundamentação teórica a dignidade da pessoa humana. A pesquisa tem caráter explicativo, passando pelas fases da pesquisa exploratória e descritiva.

Finalmente, o artigo permite avaliar os mecanismos de memória eterna, lembrando que se bem utilizados, são essenciais para pesquisas acadêmicas, e aos poucos criam algo similar a um museu permanente de história da Internet. Por outro lado, o meio eletrônico necessita de mecanismos de controle contra abusos cometidos e, conseqüentemente, entende-se pela responsabilização na esfera Cível e Penal, para justamente coibir e prevenir condutas que possam prejudicar pessoas, entidades, empresas e governos. A linha dorsal do artigo encontra-se organizada sobre os problemas decorrentes do funcionamento de tais mecanismos a ponto de alavancar danos morais e materiais, sendo o foco as pessoas que veem suas vidas expostas, muitas vezes incapazes de se recuperar socialmente, sem possibilidade de defesa.

1 BREVE EVOLUÇÃO DA ERA DA INFORMAÇÃO

Após a era da revolução industrial, surge a era da informação, também conhecida como a era digital, que teve como base as invenções do microprocessador, a rede de computadores, a fibra óptica e o computador pessoal. Essa era revolucionou a comunicação por meio dos sistemas rápidos, eficientes, capazes de fazer chegar, a inúmeras pessoas ao mesmo tempo, um volume nunca antes possível de informações em qualquer parte do globo terrestre. Conforme menciona Dourado⁶:

[...] a Terra tem-se tornado cada vez menor graças à interligação, à facilidade de comunicação entre os povos, surgida a partir da criação da rede mundial de computadores, que, se por um lado aproxima culturas e nações tão diferentes, num intercâmbio instantâneo, por outro faz um raio X dos abismos existentes entre estas nações.

A era da informação permitiu a expansão do acesso aos livros, documentos, comunicação com pessoas, visualização de notícias em tempo real, entretenimento diversificado, e uma quantidade de conhecimentos singulares, dos mais necessários aos mais fúteis.

A grande integração digital teve forte aceleração com o advento da *Word Wide Web*, a rede mundial de computadores, que, interligados, permitem a transferência de dados em qualquer parte do mundo. Esclarecendo a terminologia de algumas expressões tecnológicas, nas palavras de Andrichi⁷:

Nesse contexto, merecem destaque os provedores de serviços de internet; aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.

[...] Na hipótese específica dos sites de busca, verifica-se a disponibilização de ferramentas para que o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na web, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos links das páginas em que a informação pode ser localizada.

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links em que podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

[...] O mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 3 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela web identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado.

A Internet facilita a coleta de informações, ampliando o universo do conhecimento, produzindo alterações na cultura contemporânea, economia, política e, tem caráter revolucionário nas relações sociais. É possível inclusive, traçar um paralelo entre essas interconexões, e a visão holística de Harding⁸, a respeito do homem e sua relação com o meio em que vive, no caso, com outros da mesma espécie, sendo as relações catalisadas pela Internet.

A forma como as pessoas interagem mudou, sendo o contato humano muitas vezes substituído pelo virtual, principalmente pela interação nas redes sociais, como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, aplicativos de *smartphone* como *WhatsApp*, entre outros.

Com tudo isso, o acesso a informações pessoais, seja de alguém conhecido ou de um cidadão comum, tornou-se muito fácil, permitindo a violação da vida privada e da intimidade, seja por meio de disponibilização de informações, dados, vídeos ou até mesmo disponibilização de partes de processos judiciais pela Internet.

A insegurança acerca da utilização de novas tecnologias e as fragilidades da Internet remetem à sociedade de risco, trazida por Ulrich Beck. Para o autor, a humanidade tem enfrentado o risco da autodestruição pelas decisões que toma⁹. Assim, a sociedade de risco residual se converteu em uma sociedade não segura, com riscos cada vez maiores e indeterminados.

Por outro lado, o ser humano vive naturalmente em rede, a própria vida em sociedade insere as pessoas por meio das relações que desenvolvem durante a vida, primeiro na família, depois na escola, na vizinhança, no trabalho, entre outros.

A configuração em rede é peculiar ao ser humano, ele se agrupa com seus semelhantes e vai estabelecendo relações de trabalho, de amizade, enfim, relações de interesses que se desenvolvem e se modificam conforme a sua trajetória. Assim, o indivíduo vai delineando e expandindo sua rede conforme sua inserção na realidade social.

As redes sociais sempre existiram de diversas formas, e de acordo com Marteleto¹⁰, representam “[...] um conjunto de participantes autônomos, unindo ideias e recursos em torno de valores e interesses compartilhados”. Equivocadamente, temos o Facebook, Twitter e outros, como redes sociais, porém, ao se observar o conceito, estas seriam na verdade mídias sociais, visto que a rede é a estrutura que sustenta os relacionamentos em si.

Assim, deve-se ter em mente a definição da área de Informática, na qual rede “é o meio físico, juntamente com *software*, que interliga dois ou mais computadores para transmissão de dados, voz, imagens, som ou vídeo e, ainda, para compartilhar recursos”¹¹.

Enfim, as chamadas redes sociais na Internet não se limitam à comunicação e relacionamento, mas também são fonte de pesquisa e notícias, todavia, com maior interatividade e participação dos integrantes. É possível não apenas o acesso à informação, mas também sua geração, muito diferente do jornal, por exemplo, no qual a atitude do leitor é passiva e sem interatividade. Além do mais, recentemente as redes sociais foram descobertas como espaço de manifestações¹².

Considerando-se o exposto, coube ao estudo entender os mecanismos de memória eterna, uma vez que tais mecanismos possibilitam a discussão do direito ao esquecimento frente às TICs.

2 OS MECANISMOS DE MEMÓRIA ETERNA

Os mecanismos de memória eterna fazem parte da Internet e estão intimamente ligados à impossibilidade de excluir em definitivo um conteúdo que em algum momento esteve disponível na rede mundial de computadores. Portanto, segue-se com a apresentação dos seguintes mecanismos: *backup* e *cache*; visando ao entendimento do modo como os dados são eternizados por meio da Internet.

2.1 Backup

O mecanismo de *backup*, de acordo com Meirelles¹³ consiste em “processo de duplicar dados armazenados” tendo por objetivo a utilização em caso de perda, alteração indevida ou modificação acidental ou intencional. Os mecanismos de backup são classificados como procedimentos de segurança, sendo que dispositivos de armazenamento podem ser previstos e alocados estrategicamente, considerando-se a estrutura de armazenamento de dados como um todo ou o local físico de armazenamento¹⁴. No caso de necessidade de restauração dos dados, os arquivos poderão ser configurados até a data e hora do último *backup* realizado.

De acordo com a Microsoft¹⁵, existem diferentes tipos de *backup*, a saber: normal dar espaço (executado quando se cria um conjunto de *backup* pela primeira vez), diário, diferencial (copia arquivos criados ou alterados desde o último backup normal ou incremental), incremental (cópia somente os arquivos criados ou alterados desde o último backup normal ou incremental) e o de cópia (realiza a cópia de todos os arquivos selecionados pelo usuário ou sistema), sejam estes *online* ou *offline*.

A periodicidade das cópias varia com a importância e grau de carregamento do sistema. Ou seja, sistemas que realizam a entrada de grandes volumes de dados por hora ou dia, necessitam de cópias de segurança mais frequentes. De um modo geral, nos computadores de uso pessoal, o *backup* é realizado com menor frequência, sendo que em empresas ou no setor público, o *backup* pode ser realizado até mesmo várias vezes ao dia. Sobre a importância do *backup*, Stallings¹⁶ coloca:

Fazer backups regulares de dados em um sistema é outro controle crítico que auxilia na manutenção da integridade do sistema e dos dados de usuários. Há muitas razões pelas quais os dados podem ser perdidos por um sistema, incluindo falhas de hardware ou software, ou corrupção acidental ou deliberada. Também pode haver requisitos legais ou operacionais para a retenção de dados. Backup é o processo de fazer cópias de dados em intervalos regulares, permitindo a recuperação de dados perdidos ou corrompidos durante períodos de tempo relativamente curtos, de algumas horas a algumas semanas.

O *backup* difere do arquivamento vez que o objetivo deste é reter cópias durante longo período de tempo, e não apenas a recuperação do sistema. Nesse sentido, ainda de acordo com Stallings¹⁷, tem-se que:

Arquivamento é o processo e reter cópias de dados durante longos períodos de tempo, da ordem de meses ou anos, para cumprir requisitos legais e operacionais de acesso a dados passados. Esses processos são frequentemente interligados e gerenciados em conjunto, embora abordem necessidades distintas.

Cabe destacar, tal qual Meirelles¹⁸, que não somente a integridade física do sistema e dos dados é importante, mas também a integridade lógica dos dados, isto significa que se deve questionar se “os dados armazenados são confiáveis, representam a realidade dos fatos”. Conforme Bowen *et al* a segurança da informação na Internet tem três conceitos básicos, a saber: confidencialidade, integridade e disponibilidade. Os autores apresentam tais conceitos como sendo:

Confidentiality: Preserving authorized restrictions on information access and disclosure, including means for protecting personal privacy and proprietary information.

Integrity: Guarding against improper information modification or destruction, and includes ensuring information non-repudiation and authenticity.

Availability: Ensuring timely and reliable access to and use of information.¹⁹

Entende-se, portanto, que por meio da confidencialidade toda a informação deve ser protegida de acordo com o grau de sigilo de seu conteúdo, visando à limitação do seu acesso e uso apenas às pessoas para quem as informações são destinadas. A integridade, por sua vez, garante que toda informação deve ser mantida na mesma condição em que foi disponibilizada pelo seu proprietário, visando a protegê-las contra alterações indevidas, intencionais ou acidentais. E, por último, a disponibilidade assegura que toda informação gerada ou adquirida por um indivíduo ou instituição deve estar disponível aos seus usuários no momento em que os usuários necessitem das informações para qualquer finalidade.

A utilização de técnica da virtualização permite que sistemas hospedados em um servidor físico sejam transferidos para outros servidores, por exemplo, em uma estrutura de nuvem computacional (*cloudcomputing*), executando o balanceamento de cópias de segurança dos sistemas. Esta abordagem possibilita que a restauração de cópias de segurança (*backup*) seja concluída em uma pequena fração de tempo, quando comparada ao tempo que levaria se realizada com base em servidores físicos tradicionais²⁰.

Tem-se, portanto, que o *backup* é mecanismo essencial à vitalidade e manutenção dos sistemas computacionais. Porém, o uso para que os dados sejam eternizados e disponibilizados por meio da Internet pode causar prejuízos às pessoas, entidades, empresas e governos tal qual é apresentado e discutido no presente artigo.

2.2 Cache

A palavra cache, em inglês, conforme o dicionário Oxford²¹ tem como significado “um local escondido ou inacessível para armazenar objetos valiosos, mantimentos ou munição”²² ou mesmo “a coleção de um mesmo tipo de objeto escondido nesse lugar”²³.

Na área de Informática, existe o conceito de memória cache, que é um dos tipos de memória com acesso extremamente rápido utilizada para armazenar os dados mais frequentemente acessados pelo processador, evitando que ele tenha que buscar informações na memória RAM (Random Access Memory ou Memória de Acesso Randômico), que comparativamente tem menor velocidade, limitando o desempenho do sistema à velocidade desta. Dodonov²⁴ define cache como “uma técnica que possibilita armazenar os dados mais relevantes na memória, reduzindo a necessidade de acessar os dispositivos de armazenamento e aumentando o desempenho das operações de leitura e escrita de dados”.

Segundo Macarthy²⁵ a memória cache “possui uma fração da memória principal”, sendo implementada “em tecnologias com velocidades de acesso semelhantes à do processador”.

Há também a memória *cache* associada ao Browser, o qual é um programa (*software*) para auxiliar a navegação entre as páginas web na Internet, sendo utilizado para armazenar, seja no computador ou no *smartphone*, o caminho (*path*) quando o usuário acessa uma página de um *website* qualquer. Cabe ao browser a comunicação entre o dispositivo e os servidores, de modo a processar os dados recebidos pelo usuário a partir dos servidores da Internet e também processar as respostas no caso de buscas ou acesso a dados e informações.

Funciona como um arquivo temporário em que o acesso é local (no próprio dispositivo, por exemplo, no celular), permitindo acesso com maior velocidade, evitando a perda de tempo carregando novamente os mesmos arquivos.

Assim, para o ambiente Web, a memória *cache* é como uma cópia de uma página web, com utilização específica. Conforme Santos²⁶, a utilização do cache em ambiente *Web*, permite a disponibilização dos “serviços dentro de níveis aceitáveis de tempo de resposta, pois grande parte do tráfego é, muitas vezes, formado pela passagem de diversas cópias dos mesmos objetos de informação”.

O *cache* na *Web* é implementado por meio de mecanismos como “programas robôs” que realizam o rastreamento e efetivam *backups* instantâneos de cada página dos sites consultados para que, em caso de eventual indisponibilidade do site buscado, seja possível acessá-lo. Assim, ao acessar o *cache*, é possível estar diante de uma versão desatualizada ou excluída da página.

Importante ressaltar que o tipo de *cache* tratado neste artigo se refere a este último, devido às diversas páginas armazenadas por sites específicos.

Como exemplo deste mecanismo, em um site de acesso público, que por razões técnicas esteja fora do ar, ainda assim será possível ter acesso ao conteúdo anteriormente disponível, praticamente, na íntegra, por meio da pesquisa em mecanismos de busca que possuam *cache*, utilizando essa opção, exibindo versão não muito distante da data atual.

Além do Google, esse mesmo tipo de cache é gravado também em outros sites, como o *Cachedpages.com*²⁷ e o “*Internet Archive Waybackmachine*²⁸”, este último com mais de 427 bilhões de páginas gravadas, desde a sua criação em 1996, além de permitir a visualização de diversas versões das mesmas páginas conforme as datas em que foram gravadas. Esses mecanismos, conforme Pazzinatto²⁹, “[...] demonstra de maneira clara que quando se envia um arquivo para a rede mundial de computadores, o risco dele ser apagado e perdido é mínimo se comparado ao que na verdade acontece, sua ‘eternização’”.

Deste modo, foram analisados dois mecanismos (*backup* e *cache*) que possibilitam a manutenção de dados e informações de maneira eterna na Internet. Cabe, portanto, avaliar as consequências dos mecanismos de memória eterna.

2.3 Consequências dos Mecanismos de Memória Eterna

Considerando-se os mecanismos de *backup* e de *cache*, tem-se estabelecidas formas de duplicação e manutenção dos arquivos na rede mundial de computadores, sendo que se devem considerar ainda as seguintes consequências: o efeito cascata e a associação das novas ferramentas com a identidade (pessoal ou institucional).

O efeito em cascata consiste no uso combinado dos mecanismos, por exemplo, *backup* do cachê. Além disto, deve-se considerar que qualquer usuário pode realizar o *download* de conteúdos disponibilizados na Internet, desde uma simples cópia de uma página web em seu computador, seja de um site disponível, seja de uma página web disponível em algum mecanismo de *cache*.

Desta forma, tem-se que o efeito cascata poderá acontecer de diferentes formas e maneiras a depender dos interesses dos usuários, do nível de conhecimento técnico do usuário e, ainda, dos aplicativos e softwares utilizados.

Outro ponto relevante é a associação das novas ferramentas com a identidade. Isto pode ocorrer por meio da integração entre os mecanismos de memória eterna com os mecanismos de busca. Os mecanismos de busca não são descritos e tratados detalhadamente neste artigo, mas podem ser sucintamente entendidos como sendo os programas (*software*) que permitem a busca por argumentos de pesquisa, seja este uma ou um conjunto de palavras, imagens ou faces (rostos).

Antes de termos, por exemplo, o mecanismo de busca Google, que se utiliza de *bots*(robôs) para aperfeiçoar as pesquisas, era necessário cadastrar as páginas e os sites nos mecanismos então existentes, como o *Cadê*, *Infoseek*, *Yahoo*, entre

outros. Desta forma, ficava estabelecido o vínculo entre o endereço URL (*Uniform Resource Locator*) da página, nome do destino, entre outros.

As buscas eram realizadas em velocidade muito menor e de forma muito menos abrangente. Hoje, ao se pesquisar o nome de uma pessoa qualquer, tem-se uma infinidade de resultados, apontando dados pessoais, profissionais, imagens, vídeos, entre outros; muitas vezes sem se ter conhecimento que tais conteúdos estavam disponibilizados, inclusive de fatos muito pretéritos. No Google Earth, por exemplo, também se pode ter acesso às imagens de satélite antigas, de um endereço específico, ou para aquele momento de nostalgia em relação à cidade em que se vive.

E para agravar a situação, poderão ser oriundas de cache de conteúdo que desconhecíamos, e que ainda estarão lá, em total dissonância com qualquer possibilidade de esquecimento.

Diante do que foi apresentado, encontra-se a fragilidade da Internet e do sistema informático como um todo, devido à impossibilidade de que uma pessoa, possa facultativamente, ou mesmo que por meios judiciais, excluir algo da rede, seja do sistema de busca, de sites de relacionamento, blogs e até mesmo dos aplicativos que permitem a troca de mensagens instantâneas. Esta ação tem pouco efeito na atual era digital, pois ao se colocar algo que seja veiculado pela Internet, o conteúdo pode ter ser duplicado, remetido para outra área de armazenamento, enviado para outro computador, entre outras ações, ou seja, o conteúdo nunca se perde.

Assim, a facilidade de veiculação de conteúdo está justamente criando um novo problema, ou seja, a eternização das informações e o não respeito ao direito de esquecimento, tornando-se um obstáculo intransponível, visto que, em verdade, mesmo que se tenha a prerrogativa geral da possibilidade de tirar o conteúdo indesejado da Internet, este ficará disponível em algum mecanismo de memória, podendo ser acessado novamente a qualquer momento, copiado, disponibilizado e assim por diante.

Neste contexto de evolução das tecnologias de informação e comunicação, foram estudados os mecanismos de memória eterna como elemento central da discussão do direito ao esquecimento, visto que tais mecanismos proporcionam a perpetuação de dados e informações pessoais no mundo digital, exacerbando a fragilidade da identidade da pessoa humana.

3 IDENTIDADE NA INTERNET E SUAS FRAGILIDADES

É razoável supor que muitos indivíduos podem ter o seu comportamento alterado quando da utilização de uma máquina que lhes permita a ele ter a sensação de poder ou extensão dos seus sentidos. Um motorista, quando está ao volante, na qualidade de condutor, não possui o mesmo comportamento quando deixa seu veículo e anda na calçada em meio as pessoas como pedestre.

Analogamente, pode-se definir a mesma situação em relação aos usuários de Internet. Atrás do monitor do computador (celular ou *tablet*), em meio às várias janelas abertas, seja no *browser*, seja em aplicativos, a sensação de estar camuflado num outro ‘ambiente’, num outro mundo, pode levar a algumas alterações no seu comportamento habitual.

O fato de se estar por trás do monitor pode gerar uma sensação de afrouxamento das coerções morais típico do anonimato, podendo assim o usuário moldar uma identidade conforme sua personalidade real ou imaginada. Isso não se dá apenas de modo viciado na origem, mas a própria utilização das redes sociais exige dos usuários a criação de um perfil, o qual favorece a construção de uma projeção da identidade desejada pelo usuário.

Acontecimentos passados ou identidades pessoais criadas de modo equivocado, diante dos mecanismos de memória eterna, culminam por criar um desconforto permanente que conduz à ‘imperdoabilidade’ e ‘eternização’ de cada ato, seja ele equivocado ou pensado.

Essa ‘eternização’ dos acontecimentos passados e da identidade pessoal criada no mundo digital não leva em consideração a evolução da personalidade com o tempo. É como se cada usuário ainda fosse avaliado pelos atos que praticou quando era criança. De modo análogo, os atos praticados por um adulto de 18 anos não seriam os mesmos de uma pessoa com mais tempo de vida, por exemplo, aos 40 ou 50 anos. Antes a informação e conteúdo se perdiam com o tempo, hoje, a Internet e os mecanismos de busca associados aos mecanismos de memória eterna favorecem a ‘eternização’ e, por vezes, surge esse desconforto.

Existem pessoas que sabem lidar e viver muito bem com tais situações. A própria relativização do princípio da privacidade para os ‘nascidos’ na era digital dá conta de que esse desconforto poderia ser ignorado.

Prensky³⁰ traz à discussão importante reflexão ao constatar que: “Nossos alunos têm mudado radicalmente. Os alunos de hoje não são mais as pessoas para as quais o sistema educacional foi concebido para ensinar”³¹. O autor explica que não foram somente as roupas e as gírias que se modificaram nas últimas décadas do século XX, mas que ocorreu um evento, uma singularidade tão representativa, que não se pode mais voltar atrás. O autor aponta que tal singularidade caracterizou-se pela chegada e rápida disseminação das tecnologias digitais. Para ele, a geração que está na faculdade nos dias atuais é a 1ª geração nascida e criada neste novo contexto, ou seja, os nascidos na década de 80, quando se iniciava o domínio das tecnologias digitais, podem assim ser considerados. Por isso, Prensky³² escolheu o termo “Nativos Digitais” para designar esta geração de estudantes.

Portanto, as pessoas nascidas depois de 1990 podem ser consideradas como sendo os “nascidos na sociedade tecnológica”. E os demais, o que são? Prensky³³ denomina-os como sendo “Imigrantes Digitais”, aqueles que não nasceram no mundo digital, mas que buscam se adaptar e adotar muitos aspectos das novas tecnologias como parte de suas vidas.

De acordo com Paesani³⁴:

O desenvolvimento da informática colocou em crise o conceito de privacidade, e, a partir dos anos 80, passamos a ter um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em banco de dados.

Todavia, as pessoas não são iguais e os acontecimentos durante a vida possuem pesos e valores diferentes para cada pessoa, cada família, conforme cultura, educação, religião. Imagine, por exemplo, um acontecimento na vida de uma criança, levado para a Internet por meio das redes sociais. Anos após, o simples fato desse acontecimento ter sido carregado ou postado, permitiu que diversas cópias fossem feitas, seja pelo *site* por meio de mecanismos de memória (*cache* ou *backup*), seja pelos próprios usuários, amigos ou não da criança.

É difícil lidar com essa relativização da privacidade, mesmo para os ‘imigrantes digitais’ que não desejam navegar na rede. Tem-se, por exemplo, a questão de fotos em família ou na casa de amigos. Pode ser que uma das pessoas não tenha vontade de ter qualquer imagem sua divulgada na Internet, inclusive sequer utilize redes sociais, mas pelo fato da imagem ter sido capturada por alguém do grupo, que utiliza as redes sociais, este alguém pode postar ou carregar o arquivo na rede. Eis o conflito entre exposição e eternização. A imagem estará ali, para sempre. Na Internet não há ainda ‘prescrição’ ou ‘validade’ dos arquivos. Pelo contrário, é como se fosse um livro da verdade, que tinha páginas faltando, mas que os próprios mecanismos e algoritmos dão cabo de preencher suas lacunas, reproduzindo a qualquer momento aquilo que estava outrora esquecido.

Neste sentido, Arenhart³⁵ aponta que:

As inovações tecnológicas, sem sombra de dúvida, implicam a mutação completa da noção de vida privada, bem como de sua lesão. A diminuição de fronteiras que elas acarretam permite um contato mais próximo das pessoas e a violação mais frequente da esfera íntima do ser humano. Em nome do direito à informação, a pessoa é devassada em sua vida particular e revirada do avesso, na busca pela melhor notícia, ou por aquela de maior impacto.

Surge, então, a necessidade de o Direito se preocupar com estas situações, no afã de preservar o mínimo da esfera de privacidade da pessoa humana, impedindo sua confusão com o ente social.

Além do mais, é comum a criação e utilização de perfis falsos na Internet, inclusive nas redes sociais. Por outro lado, ainda existem aqueles que utilizam *login* e senha de outros usuários para permanecer no anonimato, não importando qual seja o objetivo final.

Neste contexto, embora se tenha a possibilidade de rastreamento por meio do endereço de IP (*Internet Protocol*), e até mesmo identificação do *hardware* que realizou o acesso, o fato de se estar por detrás de um aparato tecnológico (com-

putador ou celular), muitas vezes não se tem a possibilidade de se saber ao certo a identidade da pessoa que está realizando o acesso ou a postagem de conteúdo.

Recentes estudos demonstram que a aplicação de técnicas de mineração de dados possibilita a definição do perfil do usuário à medida que ele utiliza a Internet e as redes sociais³⁶. Tal qual discutido por Freitas³⁷, estas ferramentas podem ser utilizadas com a finalidade de direcionar anúncios de produtos e serviços de acordo com o perfil dos usuários-consumidores. Para tanto, palavras, frases e expressões contidas em e-mails ou em textos postados nas redes sociais podem ser processadas por meio de algoritmos inteligentes.

Por outro lado, a facilidade de acesso da Internet modificou completamente o comportamento das pessoas, muitas vezes causando doenças e transtornos. É comum em todas as faixas etárias, como crianças na tenra idade, que ainda não aprenderam a falar ou nem mesmo tenham coordenação motora desenvolvida, estarem com os dedinhos nos *tablets* ou nos *smartphones* com tela *touchscreen*, utilizando jogos interativos, criados especificamente para o público infantil.

Os “Nativos Digitais”, no Brasil, de acordo com o Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação³⁸, apontam que o uso do computador pelas crianças representa 57%, sendo superior ao uso feito pelos adultos (53%). O presente artigo traz à discussão os dois extremos em termos de faixas etárias, ou seja, crianças (5 a 9 anos) e idosos (60 anos ou mais).

De acordo, também, com o referido levantamento³⁹, observou-se que apenas 29% das crianças de 5 a 9 anos já utilizaram a Internet, sendo que o lugar a partir do qual realizam o acesso é a casa (49%), tendo o acesso na escola alcançado 27%. Sobre o uso de celulares, a pesquisa apontou que 65% das crianças têm acesso a esse tipo de equipamento, mesmo sem possuírem seu próprio aparelho celular.

Interessante destacar que este mesmo relatório apresenta as habilidades relacionadas com o uso do computador para crianças entre 5 e 9 anos de idade, sendo que 99% já utilizou o *mouse*, 80% fez desenhos no computador, 64% usou o computador para escrever, 60% escutou música no computador, 24% fez contas no computador e 8% utilizou o microfone para falar com outra pessoa.

Neste mesmo sentido, adolescentes e adultos estão cada vez mais sintonizados com esse universo digital⁴⁰, principalmente por meio dos relacionamentos virtuais nas redes sociais, esquecendo-se muitas vezes de ter uma vida no “mundo real” e criando como consequência quadros psicológicos de dependência da Internet, não importando o dispositivo utilizado para acesso⁴¹.

Freitas⁴² questiona a exposição pública na Internet que faz crescer a vulnerabilidade, tanto do usuário, quanto do consumidor, afirmando que “O indivíduo é o mesmo, mas a atuação é distinta e complexa, visto que quanto maior a exposição, maior é a vulnerabilidade e, portanto, como esperar que este usuário-consumidor se porte de maneira consciente diante do que revela de si

próprio?”. Bello⁴³ mostra, a partir de pesquisa da empresa F-Secure, que “86% dos brasileiros dizem se expor demais nas redes sociais”. E, de acordo com estudo realizado por Ruiz e Río⁴⁴, “88,1% dos jovens na Espanha publicam dados pessoais reais em seus perfis nas redes sociais”.

Sibilia⁴⁵ explica que “Todas essas tendências de exposição da intimidade que proliferam hoje em dia, portanto, vão ao encontro e prometem satisfazer uma vontade geral do público: a avidez de bisbilhotar e “consumir” vidas alheias”. Dal Bello⁴⁶ relata que

[...] em 1 de outubro, por ocasião do lançamento do *Google Street View* no Brasil, perguntei a um jovem (aqui nomeado Jr., 19 anos) se ele não ficava “assustado” com tamanha exposição. Afinal, lá estava a sua rua, a sua casa, o seu portão. Ele respondeu que não, afinal, “*minha geração cresceu com a Internet. A gente não está muito preocupado com essa tal privacidade. Pra gente, isso é normal*”. Ficou patente que o termo marcava um diferencial entre nós: seu desca-so pela problemática estava em consonância com o orgulho por pertencer a uma nova geração.

Assim, a fragilidade que acompanha a Internet afeta os seus usuários de modo direto à medida em que estes se expõem por meio de textos, imagens ou vídeos. Eis o confronto entre identidade no mundo digital e exposição. Desta forma, a criação ou utilização de uma ou mais identidades na Internet, verdadeiras ou não, faz crescer a fragilidade da estrutura de rede como um todo, uma vez que o presente está diretamente ligado ao passado. O foco do presente artigo diz respeito a este passado, seja desta identidade pessoal estabelecida na Internet, seja em relação à vida “real” cotidiana em que imagens, histórias e vídeos podem ser rapidamente recuperados de algum ponto escondido da rede mundial de computadores. Sabe-se com o embasamento apresentado que o armazenamento de tudo sobre todos o tempo todo, na sociedade moderna, faz aumentar a fragilidade da pessoa humana.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO

É impressionante a capacidade de armazenamento de informações na rede mundial de computadores. A gama infinita de dados disponibilizados em ambiente digital pode ter armazenado alguns acontecimentos passados que causam vergonha ou arrependimento na pessoa que não queria ter conteúdo sobre si exposto em público. Tudo isto a apenas um clique de distância. Considerando-se o exposto, cabe abordar a questão jurídica da vida privada, intimidade, imagem e direito ao esquecimento.

Esclarece Caldas⁴⁷ que, frequentemente, confundem-se conceitos relativos à honra, imagem e vida privada, bens jurídicos parcelares do direito de personalidade, apontando que:

Não raro essas três espécies de direitos de personalidade são confundidas, principalmente no momento de sua efetiva tutela.

É comum que, frente a um ato concreto de violação de qualquer desses direitos, haja dúvida se a lesão está atingindo a honra ou a imagem, ou, ainda, a vida privada, quando não ocorre a violação simultânea de todos ou de dois deles.

O direito à intimidade é muito importante e com o advento da Internet vem sofrendo com um jogo de metamorfose que, de um lado, preconiza a sua relativização, e por outro lado, tem aumentada a relevância. Segundo Dourado⁴⁸:

O direito à intimidade é tema de relevantíssimo interesse nos dias atuais devido a um confronto eminente entre a essência do homem e as consequências do progresso material que o violenta, rompe mesmo com o que existe de mais puro e íntimo em cada um de nós e transforma em assunto de conhecimento público, exterminando com a privacidade.

Fato é que a informação ‘viaja’ por meio da Internet com uma facilidade que não se pode controlar. Questiona-se: como impedir que uma informação falsa ou mesmo maliciosa sobre uma pessoa qualquer, divulgada na Internet, possa ser retirada completamente da rede? Ou ainda, quais procedimentos devem ser aplicados para que a situação seja esclarecida e comprovada a fraude? E, como reparar o dano se a informação já foi divulgada para várias pessoas, replicada e espalhada?

Na atual fase da era digital, a procura por reparação de danos morais e materiais causados pela divulgação de vídeos, fotos, textos e toda diversidade de informação referente a alguém, vem crescendo exponencialmente, sendo que vários casos já foram julgados em tribunais no Brasil e no mundo. O direito à imagem é problema jurídico complexo, e de acordo com Fernandes⁴⁹ “*não se exaure no direito à intimidade, irradiando-se, antes, a outras províncias*”.

O direito à imagem está assegurado no art. 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁰, que assegura não só a inviolabilidade à honra e imagem como, também, prevê o direito de indenização face à sua violação.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 403, na qual diz o seguinte: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”⁵¹.

Na definição de Costa Junior⁵² direito de imagem é “o direito de impedir que terceiros venham a conhecer-lhe a imagem, pouco importando [...] o modo pelo qual vem executado o retrato da pessoa. Fotografia, pintura, escultura”.

O direito de imagem não está limitado apenas à proteção do direito fundamental da pessoa humana, mas sim apresenta relação, também, com o direito à propriedade intelectual sobre determinadas realizações, sobretudo quando há interesse econômico envolvido.

Na mesma esteira, Durval⁵³ leciona sobre o direito de imagem: “é a projeção da personalidade física do indivíduo no mundo exterior. Portanto, seria considerado um Direito Natural, equiparável ao da própria vida [...]”.

Conforme Fachin⁵⁴, o direito à imagem se desdobra em três níveis evolutivos, assim, primeiramente, não se admitindo a existência do direito de imagem (teoria negativista). Na segunda fase, reconhecendo a existência, mas como reflexo de outro instituto jurídico e, finalmente, num terceiro momento, o direito de imagem é reconhecido como direito autônomo, desvinculado de qualquer instituto jurídico.

A privacidade, por sua vez, conforme Rodotà⁵⁵, pode ser definida como “o direito de manter o controle sobre as próprias informações”. Qualquer pessoa tem o direito de querer que algum fato, imagem, ou acontecimento de sua vida particular seja esquecido pela opinião pública, mesmo que autorizada, à época dos fatos, a sua divulgação.

As pessoas mudam com o tempo e não é justo que algo que as incomoda, seja este assunto subjetivo ou objetivo, permaneça ‘ativo’, pois a pessoa não pode sofrer punição da coletividade, principalmente a repressão moral, sobre algo que lhe ocorreu há muitos anos ou que simplesmente, não deveria ter sido exposto ao público.

Pergunta-se: haveria então a possibilidade de alguém apagar (deletar) algum conteúdo considerado impróprio ou até mesmo vexatório à sua imagem, por considerar que tal disponibilidade de informação excede na sua divulgação ao público?

O direito ao esquecimento não é recente, entretanto, tomou dimensões extraordinárias com a ampliação do uso da Internet. Em verdade, a preocupação com o que é divulgado em ambiente digital pode causar muitos transtornos para pessoas que estão completamente à mercê deste sistema extremamente rápido e eficiente para transmitir, replicar e disseminar a informação, seja ela verdadeira ou não. Conforme apresenta Costa Junior⁵⁶, tem-se que

O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.

Tendo em vista a repercussão que os danos causados pela divulgação da informação na Internet vêm causando a milhares de pessoas, o direito ao esquecimento encontra refúgio no direito Europeu, ainda esbarrando em questões como os limites entre o que é de interesse público e o que é relativo à vida privada, nesse sentido Rodotà⁵⁷ aponta que

A este último propósito, retorna o tema do “direito ao esquecimento”, tão presente durante as discussões dos anos passados. Ora diante da difusão de regras sobre a obrigação de eliminar dados coletados, observou-se que dessa forma fica prejudicada a memória histórica da sociedade. Ainda um paradoxo. No momen-

to em que cresce enormemente a quantidade de informação que pode ser coletada, estará a quantidade que pode ser conservada fadada a diminuir?

Até mesmo o direito ao esquecimento tem seu peso e sua medida. Fatos históricos, mesmo que tratando da vida pessoal de pessoas públicas, mas que tenham relevância na história da sociedade podem não ser atingidos pelo direito ao esquecimento. Cabe, portanto, avaliar a evolução da personalidade como característica humana ao longo do tempo e, também, frente ao contínuo desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação (TIC).

Relevante aspecto da personalidade humana é que esta muda com o tempo. Evidente que alguns interesses, atividades, paixões, hobbies, profissões e uma infinidade de assuntos relacionados mudam com o passar dos anos, tendo em vista que a pessoa sempre estará em desenvolvimento.

Freire⁵⁸ aponta, como características principais do ser humano, sua condição de ser inacabado e, ainda, sua capacidade de se reconhecer inacabado e transformar tal condição, por meio de processo educativo:

Na verdade, diferentemente dos outros animais, que são apenas inacabados, mas não são históricos, os homens se sabem inacabados. Têm a consciência de sua inconclusão. Aí se encontram as raízes da educação mesma, como manifestação exclusivamente humana. Isto é, na inconclusão dos homens e na consciência que dela têm.

Nesse sentido, alguns assuntos que não mais dizem respeito à pessoa ou que não se queira mais que seja divulgado, visto o processo de transformação do ser humano, podem ser então excluídos ou deletados, ou mesmo, modificados. Sendo uma aparente faculdade da pessoa, retirar seu conteúdo da Internet, pois algo que tenha inserido há dez anos atrás pode não ter mais interesse na atualidade, por ter perdido a relevância ou por poder eventualmente transmitir uma informação equivocada da pessoa. Enfim, motivos são vários para que algo seja excluído da Internet. Excluir conteúdo pessoal da Internet é uma faculdade de cada pessoa, mas não é o que se observa na atualidade.

Depois de disponibilizada na Internet, por exemplo, a foto tirada há quinze anos continua disponível em algum lugar da rede, assim como vídeo, recado, declaração, e-mail, comentário, curtida, opinião, entre outros. Isto ocorre porque há uma falsa certeza, que ao excluir ou 'tirar do ar', qualquer conteúdo que estava na Internet, este desaparecerá. Entretanto, isto é uma falácia da era digital.

Evidente a necessidade de resguardar momentos que pertencem ao passado e que não precisam ou não deveriam ser mais divulgados ou disponibilizados. Um exemplo é o caso do Alaska,⁵⁹ nos Estados Unidos da América, cuja legislação obriga que réus de crimes sexuais e sequestradores de crianças, se registrem em cadastro próprio a cada ano, por 15 anos, e dependendo do caso, para o resto da vida. Paralelo a isso, sites como homefacts.com divulgam os fatos ocorridos, o

endereço do condenado, a foto, um mapa com relações de escolas próximas. Ao se realizar uma busca pelo nome, por consequência, se obtém como resultado os sites que contêm este tipo de informação.

Conclui-se, portanto, que a retirada de conteúdo de um determinado site, seja por escolha própria ou determinação judicial, não é eficaz, visto que outros sites ou aplicativos, ou mesmo usuários da Internet, podem ter copiado e deixado arquivado tal conteúdo no seu computador de uso pessoal. A qualquer momento este conteúdo pode voltar a circular na rede mundial de computadores, enfraquecendo mecanismos de defesa ou até mesmo frustrando a aplicação das decisões do poder Judiciário (em que pese possam dificultar a divulgação e a transmissão de replicação de conteúdo) mesmo que se apliquem penalidades.

Por conseguinte, as angústias pessoais por ter divulgado determinado conteúdo, exposto na Internet, são em vão. Uma vez carregado, o conteúdo vai se “perder” na rede. Pode-se fazer uma analogia, explicando que o conteúdo irá navegar, não se tendo até o momento mecanismos eficientes para apagar ou deletar determinado conteúdo de modo definitivo. Mesmo que se queira deletar conteúdo publicado há décadas atrás, sempre existirá uma cópia em algum lugar, em algum computador, proporcionada e mantida pelos mecanismos de memória eterna. Pode-se, portanto, enunciar que é impossível retirar um conteúdo da Internet de modo definitivo, um dia este conteúdo reaparecerá.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo abordou o direito ao esquecimento e à vida privada frente às diversas ferramentas existentes na Internet que não apenas produzem uma cópia de segurança, ou memória para acesso rápido, mas armazenam os dados, deixando-os eternamente à disposição dos usuários. Apresenta-se breve histórico em relação à evolução dos meios de comunicação, assim como o advento da era da informação. Foram discutidos os efeitos positivos e negativos dessas ferramentas, assim como do uso da Internet, combinação que fortalece a memória eterna de dados e fatos. Estabelece-se uma relação entre três elementos: evolução da tecnologia, personalidade e direito ao esquecimento.

Entende-se que o direito ao esquecimento não deve ser relativizado, pelo contrário, deve ser melhor aplicado e normatizado. Considerando o caráter transfronteiriço da rede mundial de computadores, entende-se que há necessidade de regulamentação em nível global, principalmente no que tange ao direito de imagem das pessoas.

Os mecanismos de memória *cache*, em especial os sites de *cache*, têm realizado vasta captura de dados, deixando de se ater às questões de privacidade e direito ao esquecimento. Para conviver harmoniosamente com as novas tecnologias, poder-se-ia pensar em um modelo ideal no qual haveria um prazo em que os conteúdos expirassem, tal qual a validade de produtos, e caso fossem mantidos disponíveis, haveria a responsabilização dos sites.

Por outro lado, é interessante haver um repositório de dados e informações, visando à busca com viés histórico, científico, social, ambiental e cultural, ou seja, em outras palavras, tal qual um museu cibernético, respeitando-se as restrições pessoais individuais, caso a caso. E, não como na atualidade, em que tudo é armazenado indiscriminadamente.

Deve-se ter em mente as vantagens do mecanismo de *cache*, que se bem utilizado, permite construir um repositório consistente voltado à pesquisa, inclusive para acesso aos conteúdos já disponibilizados em universidades e que não mais estão disponíveis.

Para tal, entende-se pela necessidade de regulamentação desses mecanismos, e paralelo a isso, o desenvolvimento de procedimentos computacionais (*software*) inseridos nas páginas da Internet, que forneçam uma validade ao conteúdo ou mesmo bloqueiem os mecanismos de *cache*, obrigando que se faça solicitações formais para a cópia e manutenção do conteúdo eventualmente disponibilizado.

Assim com o exposto pode-se verificar que mecanismos, aparentemente inofensivos, podem eventualmente trazer graves prejuízos à imagem, privacidade e intimidade das pessoas, acentuando a vulnerabilidade do usuário-consumidor-cidadão frente à Internet. Entende-se que a tecnologia pode ser utilizada para enfrentar os malefícios da tecnologia. Eis o confronto entre iguais.

Assegurar o direito à informação não significa desrespeitar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, assegurados pela mesma Constituição Federal de 1988. Quanto à proteção dos direitos da personalidade, a Internet não pode ser considerada um espaço anárquico onde não existem sanções para os violadores e tutela para aqueles que não possuam o domínio acerca de sua utilização. Essa afirmação, importante como princípio, revela-se pouco eficaz na prática.

Conclui-se que os sites de cache, se bem utilizados, são essenciais para pesquisas acadêmicas e aos poucos criam algo similar a um museu permanente de história da Internet. Por outro lado, o meio eletrônico necessita de mecanismos de controle contra abusos cometidos e, conseqüentemente, entende-se pela responsabilização na esfera Cível e Penal, para justamente coibir e prevenir condutas que possam prejudicar pessoas, entidades, empresas e governos.

REFERÊNCIAS

ANDRIGUI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. **Rev. TST**, Brasília, v. 73, n. 3, p. 65-66, jul./set. 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. España: Siglo Veintiuno, 2002.
- BOWEN, Pauline; HASH, Joan; WILSON, Mark. **Information Security Handbook: A Guide for Managers. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology**, NIST Special Publication 800-100, oct., 2006.
- BELLO, Bruno Iacona de. **86% dos brasileiros dizem se expor demais em redes sociais**. Disponível em <<http://www.superdownloads.com.br/materias/6392-86-brasileiros-dizem-se-expor-demais-redes-sociais.htm>> Acesso em 15 out. 2015.
- CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CETIC.br - Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil: 2005-2009**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal de intimidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DAL BELLO, Cíntia. Visibilidade, vigilância, identidade e indexação: a questão da privacidade nas redes sociais digitais. O Estatuto da Cibercultura no Brasil. **LOGOS 34**, v.34, n.1, p.139-151, 1º semestre, 2011.
- DODONOV, Evgueni. **Um mecanismo integrado de cache e prefetching para sistemas de entrada e saída de alto desempenho**. 2004. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de São Carlos, São Carlos: UFSCar, 1998.
- DOURADO, Maria de Fatima Abreu Marques. **Fundamentos do direito à intimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- DURVAL, Hermano. **Direito à Imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FACHIN, Zulmar Antônio. **A Proteção Jurídica da Imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva. 1977.
- FONSECA, Franciele Fagundes; SENA, Ramony Kris R.; SANTOS, Rocky Lane A. dos; DIAS, Orlene Veloso; COSTA, Simone de Melo. The vulnerabilities in childhood and adolescence and the Brazilian public policy intervention. **Revista Paulista de Pediatria** [online], v. 31, n.2, p. 258-264, 2013.
- FREIRE, Paulo Reglus Neves. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
- FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet**. In: III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid, Universidad Complutense de Madrid (UCM); Facultad de Derecho. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

- GREENFIELD, Adam. **Everyware: the dawning age of ubiquitous computing**. AIGA, New Riders, 2006.
- HARDING, Stephan. In: MOLINA, Mário (Trad.). **Terra-Viva: ciência, intuição e evolução de Gaia**. São Paulo: Cultrix, 2008.
- LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane P. **Sistemas de Informação**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 1999.
- MACARTHY, Marcello da Rocha; REIS, Ricardo A. L. **Síntese de uma memória cache**. 1998. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: UFRS, 1998.
- MARCON JR, Arlindo; LAUREANO, Marcos; SANTIN, Altair Olivo; MAZIERO, Carlos Alberto. Aspectos de Segurança e Privacidade em Ambientes de Computação em Nuvem. Anais de Minicursos do SBSeg 2010. **X Simpósio Brasileiro em Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais**, Porto ALEGRE, RS: SBC, p. 53-102, 2010. Disponível em: <<http://professor.ufabc.edu.br/~joao.kleinschmidt/aulas/seg2011/nuvem.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- MARTELETO, Regina Maria Análise de redes sociais: aplicação nos estudos de transferência da informação. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 30, n. 1, p. 71/81, jan./abr., 2001.
- MICROSOFT. Tipos de backup. Technet. 2015. Disponível em: <[https://technet.microsoft.com/pt-br/library/cc784306\(v=ws.10\).aspx](https://technet.microsoft.com/pt-br/library/cc784306(v=ws.10).aspx)>. Acesso em: 15 out. 2015.
- MOBILON, Thiago. O potencial do WhatsApp para o uso em mineração de dados. Tecnoblog, 2014. Disponível em <<https://tecnoblog.net/151635/potencial-whatsapp-mineracao-de-dados/>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- OXFORD DICTIONARIES. Cache. **Oxford Dictionaries**. Disponível em <<http://www.oxforddictionaries.com/pt/definição/inglês/cache>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PAMPLONA, Danielle Anne; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Exercício Democrático: a tecnologia e o surgimento de um novo sujeito. **Pensar (UNIFOR)**, v. 20, p. 82-105, 2015.
- PAZZINATTO, Carlos Henrique. Sociedade tecnológica e de consumo: agilidade versus segurança, contrato e internet, novo regime de proteção jurídica da internet. In: **Direito do consumidor II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB**; coordenadores: Sérgio Urguhart de Cademartori, Leonardo Macedo Poli. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 381-396. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=248>>. Acesso em: 15 out. 2015.

PRENSKY, Marc. Digital Natives, Digital Immigrants. **On the Horizon**, MCB University Press, v. 9, n. 5, p. 1-6, 2001.

RODOTÀ, Stefano. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.) **A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUIZ, Eva Espinar; RÍO, María José González. **Jóvenes en las redes sociales virtuales**. *Un análisis exploratorio de las diferencias de género*. Feminismo/s 14, p. 87-106, diciembre 2009.

SANTOS, Rogério Guaraci dos; CALSAVARA, Alcides. **Substituição de objetos em cache na WWW baseado na semântica da informação**. 2001. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2002.

SIBILIA, Paula. Os diários íntimos na internet e a crise da interioridade psicológica. **Antroposmoderno**. Disponível em: <http://antroposmoderno.com/antro-version-imprimir.php?id_articulo=1143> Acesso em: 15 out. 2015.

STALLINGS, William; BROWN, Lawrie. In: MARQUES, Arlete Simille (Trad.). **Segurança de Computadores: princípios e práticas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TONO, Cineiva Campoli Paulino. Reflexão sobre o uso do computador e da internet acerca de aspectos teóricos e ergonômicos. In: ALMEIDA, Marcus Garcia; FREITAS, Maria do Carmo Duarte (Orgs.). **A Escola no Século XXI**, Volume 3: Virtualização das relações: um desafio da gestão escolar. Curitiba: Brasport, p. 33-59, 2013.

WEISER, Mark. **Some computer science issues in ubiquitous computing**. *Communications of the ACM*, July 1993. (reprinted as “Ubiquitous Computing”. Nikkei Electronics; p. 137-143, December 6, 1993) Disponível em: <<http://www.ubiq.com/hypertext/weiser/UbiCACM.html>>. Acesso em: 15 out. 2

-
- 1 O *BulletinBoard System* (BBS) é um sistema informático, um software, que permite a conexão via telefone a um sistema por meio do seu computador e interagir com ele, com princípios similares à Internet.
 - 2 Ever more pervasive, ever harder to perceive, computing has leapt off desktop and insinuated itself into everyday life. Such ubiquitous information technology - “everyware” - will appear in many different contexts and take a wide variety of forms, but it will affect almost every one of us, whether we’re aware of it or not. (GREENFIELD, Adam. **Everyware: the dawning age of ubiquitous computing**. AIGA: New Riders, 2006, p. 9, tradução nossa).
 - 3 WEISER, Mark. Some computer science issues in ubiquitous computing. *Communications of the ACM*, July 1993. (reprinted as “Ubiquitous Computing”. Nikkei Electronics; p. 137-143, December 6, 1993). Disponível em <<http://www.ubiq.com/hypertext/weiser/UbiCACM.html>> Acesso em: 15 out. 2015, p. 94.
 - 4 Neste sentido GREENFIELD, op. cit., p. 81.
 - 5 Ibidem, p. 84.
 - 6 DOURADO, Maria de Fatima Abreu Marques. **Fundamentos do direito à intimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 36.
 - 7 ANDRIGUI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. **Rev. TST**, Brasília, v. 73, nº 3, p. 65-66, jul/set 2012, p.65.
 - 8 HARDING, Stephan. In: MOLINA, Mário (Trad). **Terra-Viva: ciência, intuição e evolução de Gaia**. São Paulo: Cultrix, 2008.

- 9 BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. España: Siglo Veintiuno, 2002.
- 10 MARTELETO, Regina Maria Análise de redes sociais: aplicação nos estudos de transferência da informação. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 30, n. 1, p. 71/81, jan./abr., 2001, p. 72.
- 11 LAUDON, Kenneth C. e LAUDON, Jane P. **Sistemas de Informação**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 1999, p. 150.
- 12 PAMPLONA, Danielle Anne; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Exercício Democrático: a tecnologia e o surgimento de um novo sujeito. **Pensar (UNIFOR)**, v. 20, p. 82-105, 2015.
- 13 MEIRELLES, Fernando de Souza. **Informática: novas aplicações com microcomputadores**. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 589.
- 14 *Ibidem*, p. 467.
- 15 MICROSOFT. Tipos de backup. 2015. **Technet**. Disponível em <[https://technet.microsoft.com/pt-br/library/cc784306\(v=ws.10\).aspx](https://technet.microsoft.com/pt-br/library/cc784306(v=ws.10).aspx)>. Acesso em: 15 out. 2015.
- 16 STALLINGS, William; BROWN, Lawrie. In: Marques, Arlete Simille (Trad.). **Segurança de Computadores: princípios e práticas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 379.
- 17 *Ibid.*, p. 380.
- 18 MEIRELLES, op. cit., p. 468.
- 19 BOWEN, Pauline; HASH, Joan; WILSON, Mark. Information Security Handbook: A Guide for Managers. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, **NIST Special Publication 800-100**, oct., 2006, p. 75.
- 20 MARCON JR, Arlindo; LAUREANO, Marcos; SANTIN, Altair Olivo; MAZIERO, Carlos Alberto. Aspectos de Segurança e Privacidade em Ambientes de Computação em Nuvem. Anais de Minicursos do SBSeg 2010 - **X Simpósio Brasileiro em Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais**, Porto Alegre, RS: SBC, 2010, p. 53-102. Disponível em: <<http://professor.ufabc.edu.br/~joao.kleinschmidt/aulas/seg2011/nuvem.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 56.
- 21 OXFORD DICTIONARIES. Cache. **Oxford Dictionaries**. Disponível em <<http://www.oxforddictionaries.com/pt/definição/inglês/cache>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- 22 A hidden or inaccessible storage place for valuables, provisions, or ammunition. (OXFORD DICTIONARIES, op. cit., tradução nossa)
- 23 A collection of items of the same type stored in a hidden or inaccessible place. (OXFORD DICTIONARIES, op. cit., tradução nossa)
- 24 DODONOV, Evgueni. **Um mecanismo integrado de cache e prefetching para sistemas de entrada e saída de alto desempenho**. 2004. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos: UFSCar, 1998, p. 9.
- 25 MACARTHY, Marcello da Rocha; REIS, Ricardo A. L. **Síntese de uma memória cache**. 1998. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: UFRS, 1998, p. 31.
- 26 SANTOS, Rogério Guaraci dos; CALSAVARA, Alcides. **Substituição de objetos em cache na WWW baseado na semântica da informação**. 2001. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2002, p.1.
- 27 *Cachedpaged* é um banco de dados de impressão de tela ou uma versão de uma página *web* guardada em um momento específico e armazenada por um servidor *web* como uma cópia de *backup*.
- 28 *WaybackMachine* é um banco de dados digital criado pela organização Internet Archive, sem fins lucrativos, e que arquiva páginas da *World Wide Web* desde 1996.
- 29 PAZZINATTO, Carlos Henrique. Sociedade tecnológica e de consumo: agilidade versus segurança, contrato e internet, novo regime de proteção jurídica da internet. In: **Direito do consumidor II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPA; coordenadores: Sérgio Urguhart de Cademartori, Leonardo Macedo Poli. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 381-396. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gr=248>> Acesso em: 15 out. 2015, p. 393.
- 30 PRENSKY, Marc. Digital Natives, Digital Immigrants. **On the Horizon**, MCB University Press, v. 9, n. 5, 2001, p. 1.
- 31 Our students have changed radically. Today's students are no longer the people our educational system was designed to teach. (PRENSKY, Marc, op. cit., p.1, tradução nossa)
- 32 PRENSKY, Marc, op. cit., p. 1.
- 33 *Ibid.*, p. 2
- 34 PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35.

- 35 ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 47.
- 36 MOBILON, Thiago. O potencial do WhatsApp para o uso em mineração de dados. **Tecnoblog**, 2014. Disponível em <<https://tecnoblog.net/151635/potencial-whatsapp-mineracao-de-dados/>> Acesso em: 15 out. 2015.
- 37 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. In: **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid**, Universidad Complutense de Madrid (UCM); Facultad de Derecho. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- 38 CETIC.br - Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil:2005-2009**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010, p. 26.
- 39 Ibidem, p. 28
- 40 FONSECA, Franciele Fagundes; SENA, Ramony Kris R.; SANTOS, Rocky Lane A. dos; DIAS, Orlene Veloso; COSTA, Simone de Melo. The vulnerabilities in childhood and adolescence and the Brazilian public policy intervention. **Revista Paulista de Pediatria** [online]., v.31, n.2, p. 258-264, 2013.
- 41 TONO, Cineiva Campoli Paulino. Reflexão sobre o uso do computador e da internet acerca de aspectos teóricos e ergonômicos. In: ALMEIDA, Marcus Garcia; FREITAS, Maria do Carmo Duarte (Orgs.). **A Escola no Século XXI: Virtualização das relações: um desafio da gestão escolar**. Curitiba-PR: Brasport, p. 33-59, 2013, v. 3.
- 42 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra, op. cit.
- 43 BELLO, Bruno Iacona de. **86% dos brasileiros dizem se expor demais em redes sociais**. Disponível em: <<http://www.superdownloads.com.br/materias/6392-86-brasileiros-dizem-se-expor-demais-redes-sociais.htm>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 1.
- 44 RUIZ, Eva Espinar; RÍO, María José González. Jóvenes en las redes sociales virtuales. Un análisis exploratorio de las diferencias de género. **Feminismo/s** 14, p. 87-106, diciembre 2009, p. 97.
- 45 SIBILLA, Paula. Os diários íntimos na internet e a crise da interioridade psicológica. **Antroposmoderno**. Disponível em: <http://antroposmoderno.com/antro-version-imprimir.php?id_articulo=1143>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 5.
- 46 DAL BELLO, Cíntia. Visibilidade, vigilância, identidade e indexação: a questão da privacidade nas redes sociais digitais. O Estatuto da Cibercultura no Brasil. **LOGOS** 34, v.34, n.1, p.139-151, 1º semestre, 2011, p. 149.
- 47 CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.22.
- 48 DOURADO, op. cit.2008, p. 71.
- 49 FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva. 1977, p.173.
- 50 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. **Planalto.gov**. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>Acesso em: 15 out. 2015.
- 51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula nº 403, 2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.
- 52 COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal de intimidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 54.
- 53 DURVAL, Hermano. **Direito à Imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 105.
- 54 FACHIN, Zulmar Antônio. **A Proteção Jurídica da Imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p.61.
- 55 RODOTÁ, Stefano. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.
- 56 COSTA JUNIOR, op. cit., p.45.
- 57 RODOTÁ, op. cit., p.84.
- 58 FREIRE, Paulo Reglus Neves. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 83-84.
- 59 Alaska Department of Public Safety. **Legis**. Disponível em: <[http://www.legis.state.ak.us/basis/folioproxy.asp?url=http://www.jnu01.legis.state.ak.us/cgi-bin/foioisa.dll/statxt11/query=\[group+section126301013A\]/doc/{@1}/hits_only](http://www.legis.state.ak.us/basis/folioproxy.asp?url=http://www.jnu01.legis.state.ak.us/cgi-bin/foioisa.dll/statxt11/query=[group+section126301013A]/doc/{@1}/hits_only)>. Acesso em: 17 set. 2015.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE MECHANISMS OF ETERNAL MEMORY

ABSTRACT

This article broaches the right to be forgotten and the private life in face of the internet tools that not only back up files to be used as quick access memory, but also archive data, leaving them eternally available to users. A brief history of the evolution of the communication means, and the advent of the information age, as well, is presented. The positive and negative effects of these tools, and of the internet as a whole (a combination that strengthens eternal memory of data and facts) is displayed. A relationship among three elements: changes in technology, personality and the right to oblivion is established. Finally, it is stated that cache memory mechanisms, if well used, are essential for academic research, and gradually create something similar to a permanent museum of Internet history. On the other hand, electronic media requires control mechanisms against abuses, which consequently means responsibility under Civil and Criminal Law, just to restrain and prevent conducts that could harm people, organizations, businesses and governments.

Keywords: Right to be forgotten. Personality. Privacy. Cache Memory and Backup.

Submetido: 2 dez. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

JURISDIÇÃO PROCESSUAL E DEMOCRACIA: ADVENTO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO, EFETIVAÇÃO DOS MEIOS EQUIVALENTES E ACESSO À JUSTIÇA

Daniel Mota Gutierrez*
Jânio Pereira da Cunha**

Considerações iniciais. 1 Aspectos gerais sobre conciliação e mediação. 2 Jurisdição processual democrática : fundamentos. 3. Audiência de conciliação e de mediação no novo código de processo civil (NCPC): inovações e acesso à justiça. 3.1 Considerações gerais de cunho comparativo entre a audiência preliminar (art. 331, CPC/73) e a audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, NCPC). 3.2 Dos requisitos básicos para a designação da audiência de conciliação e de mediação. 3.3 Da atuação necessária do conciliador ou do mediador. 3.4 A previsão de prazos mínimos de antecedência para a designação de data para a audiência e para a citação do réu, bem como de intervalo mínimo entre as audiências. 3.5 Da novidade da audiência por meio eletrônico e a sanção pelo não comparecimento à audiência. 3.6 Inovações legislativas relativas à audiência de conciliação e de mediação do NCPC: avanço ou retrocesso à luz do conceito contemporâneo de jurisdição e de acesso à justiça. Considerações finais. Referencias.

RESUMO

Versa sobre os meios consensuais de resolução de conflitos, especificamente a conciliação e a mediação. Investiga-se, de início, se tais meios alternativos à jurisdição tradicional se compatibilizam com os valores democráticos, de tal sorte a viabilizar a participação popular dos litigantes na interpretação e aplicação do Direito. Discute-se, depois, acerca da fisionomia normativa da conciliação e da mediação no sistema jurídico brasileiro, destacando as principais inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil (NCPC), com relação à introdução da audiência de conciliação e de mediação. Perquire-se, empós, se as alterações normativas procedidas nos institutos sobreditos representam avanço ou retrocesso no ideal de acesso à justiça. Conclui-se que a conciliação e a mediação constituem instrumentos que podem proporcionar a participação direta dos cidadãos na administração da justiça e que a reformulação implementada pelo NCPC nesses procedimentos

* Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichritus). Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. E-mail: dgutierrez@uol.com.br.

** Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichritus). Professor Auxiliar 3 do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Doutor em Direito Constitucional pela Unifor. E-mail: janiopcunha@ig.com.br.

judiciais aproxima o sistema processual civil pátrio dos conceitos contemporâneos de jurisdição democrática e acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Conciliação. Mediação. Democracia.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há uma crise no sistema brasileiro de Justiça. A cada dia cresce a insatisfação com o desempenho das instituições jurídicas¹, principalmente após promulgada a Constituição de 1988, quando nela foi positivado um extenso rol de garantias e direitos fundamentais que potencializou a demanda histórica reprimida por serviços judiciais com vistas à concretização dos princípios e valores protetivos da pessoa humana.

Na verdade, o problema da prestação jurisdicional decorre de inúmeras causas. A doutrina especializada indica como sendo as principais o elevado número de processos (inflação processual)², o custo e a morosidade na tramitação dos feitos, a burocratização dos procedimentos, o complicado tecnicismo, a carência e a baixa qualidade de recursos humanos, a dificuldade de acesso dos hipossuficientes e a efetividade relativa das decisões, entre outros fatores de ordem institucional, normativa, econômica e cultural.³

É certo também que a crise de administração da Justiça não é exclusiva do Brasil. Trata-se, apesar das peculiaridades de cada experiência estatal, de um fenômeno de amplitude mundial⁴, inclusive com problemas comuns, como a ineficiência e a inadequação dos instrumentos processuais tradicionais para lidar satisfatoriamente com o número, a diversidade e a complexidade dos conflitos em sociedades hipercomplexas como as atuais.⁵

Desenvolvem-se, no Brasil, em razão desse complicado e grave estado de coisas, acompanhando, diga-se de passagem, a tendência global, formas alternativas de resolução de conflitos de interesses, objetivando racionalizar a administração da Justiça, de tal sorte a efetivar, em grande medida, o fim ideal e último da jurisdição: a pacificação social. Entre os meios alternativos à jurisdição tradicional⁶, dois serão o objeto deste artigo: a conciliação e a mediação.⁷

A escolha aqui desses expedientes opcionais não ocorreu de modo aleatório, mas em razão de serem esses os dois principais meios de composição consensual de choque de interesses, bem como em virtude das recentes inovações normativas pelas quais transitaram tais procedimentos no ordenamento jurídico brasileiro.

Feitas tais considerações iniciais, advirta-se do fato de que o objetivo deste estudo não é inovar a literatura especializada sobre a temática das soluções não propriamente jurisdicionais dos conflitos, mas, no primeiro momento, traçar a conceituação, as características, os princípios informativos e a finalidade geral e específica dos institutos da conciliação e da mediação. Em segundo lugar, impende discorrer sobre os fundamentos democráticos e constitucionais de tais

meios alternativos de composição de lides, destacando a ideia de que ambos constituem técnicas fundamentais para se estruturar uma jurisdição processual democrática e participativa.

Considerando-se o fato de que, em março de 2016, entrará em vigor o Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC), a terceira parte deste trabalho analisará as principais alterações na sistemática do processo civil, no concernente à introdução da audiência de conciliação ou de mediação pelo NCPC, notadamente em cotejo com o regime da audiência preliminar do CPC/73. Destaque-se que o estudo é tecido com base em problematizações, com o objetivo de auxiliar os operadores do direito na solução de questões práticas ou dúvidas do cotidiano forense, que já existem ou que venham a surgir com o advento da aguardada vigência do instituto.

Ademais, também é escopo deste estudo efetuar uma reflexão crítica sobre o que tais mudanças representam sob o ponto de vista do acesso à justiça e da efetividade dos procedimentos conciliadores e mediadores, na qualidade de meios equivalentes de resolução de conflitos, bem assim da aderência das referidas alterações à Constituição Federal. Especificamente, a última parte discutirá se as inovações legislativas, no pertinente à audiência de conciliação e de mediação do NCPC, significam avanço ou retrocesso no tocante a estruturar e aperfeiçoar uma jurisdição processual avançada, cujo fundamento reside no acesso real, pleno e efetivo à justiça por parte dos cidadãos, de tal sorte que a ideia e a prática atuais da “cultura da sentença” impositiva sejam substituídas ou, pelo menos, minoradas, pela “cultura da pacificação” por meio do consenso.⁸

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A doutrina favorável à institucionalização de mecanismos de resolução amigável dos litígios sustenta que, além de prevenir, reduzir ou encurtar o processo, a autocomposição possui uma “função pacificadora, muito superior à pacificação obtida pela sentença autoritativa do juiz”, já que esta “deixará sempre uma das partes – e frequentemente ambas – descontente com o resultado do processo”.⁹

No tocante aos institutos sob relação, é imperioso destacar o fato de que estes, a despeito de denotarem elementos comuns, ostentam diferenças bem significativas, inclusive sob o prisma da finalidade específica, do método e dos vínculos entre as partes litigantes.¹⁰

É verdade que ambos são procedimentos de autocomposição de conflitos, com o objetivo geral de pacificação social das relações conflituosas. Esclareça-se que os meios “não-adversariais”, espécies do gênero de resolução de conflitos, são técnicas exorbitantes do “modelo contencioso, caracterizado pela competição e pelo antagonismo”, que buscam “uma forma de resolver o conflito por um modelo coexistencial, de cunho colaborativo”.¹¹

Pode-se expressar, especificamente, que a conciliação é um método de composição consensual de controvérsias, realizado pelas próprias partes sob

litígio, por intermédio de um terceiro, imparcial e “neutro”, que participa do procedimento como agente incentivador, facilitador e auxiliar das partes com intuito de que elas alcancem um acordo.¹² Na conciliação, o agente imparcial deve expressar “opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo”¹³. Em outras palavras, a autoridade conciliadora “deve facilitar o diálogo entre as partes, ressaltando as vantagens da conciliação, incentivar as partes a proporem soluções e sugerir formas de solução para o conflito entre as partes”.¹⁴ Efetivamente, o conciliador detém uma condição de “parte ativa, emitindo opiniões, aconselhando as partes, indicando sua visão a respeito da futura decisão judicial”.¹⁵

Expresso por outro modo, o agente conciliador “pode apresentar sugestões apenas na exata medida da objetividade do conflito que está tratando, mas cumpre-lhe estimular as partes a elaborar soluções próprias e integrativas”. Não se confunda, porém, o ato de estimular com a coação psicológica, pois “o conciliador não está autorizado a forçar ou pressionar as partes para que realizem acordo algum, porque essas práticas comprometem a idoneidade do próprio meio”.¹⁶ E isso é assim pelo fato de que a participação do conciliador “não pode sobrepor-se à vontade das partes, o que não só comprometeria a idoneidade do método, mas também poderia provocar diversos malefícios ao sistema de Justiça”.¹⁷ Em suma, é certo pontuar que o agente conciliador detém condição mais ativa, tanto é que pode indicar um modelo de autocomposição, isto é, “sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente com elas a este respeito”.¹⁸ Pontue-se, ademais, que, em geral, essa atividade de autocomposição é “desenvolvida pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial.”¹⁹[sic]

No tocante à tipologia do conflito, diz-se que a conciliação é o meio consensual apropriado à composição da litigiosidade objetiva, dado que a sua natureza é de menor profundidade e complexidade fáticas relativamente à mediação.²⁰ Em outras palavras, a conciliação é mais afeita à finalidade de resolver conflitos, em que as partes, regra geral, não mantêm vínculos em relação subjetiva continuada, mas solucionar a lide nos estritos termos das questões objetivas e imediatas oferecidas pelos envolvidos.²¹ E é por isso que se afirma que o método da conciliação denota menor complexidade e exige um lapso menor para ser operacionalizado em relação a outros procedimentos consensuais de composição, pois, como já registrado, preponderam naquele os aspectos objetivos²², isto é, questões exclusivamente de direito material, consoante leciona Juan Carlos Vezulla.²³

Já no pertinente à mediação, é válido assinalar o fato de que também é meio de composição consensual de conflitos realizado pelas próprias partes, sob a coordenação do *tertius* imparcial. O mediador, entretanto, atua apenas como auxiliador ou facilitador da comunicação entre as partes, ajudando-as a compreender melhor a verdadeira controvérsia responsável pelo litígio.²⁴ E a razão disso é que “As pessoas que vivenciam a controvérsia são as responsáveis por sua administração e solução. O poder é das partes e não do mediador”.²⁵ Em

face disso – solução pelas próprias partes – é que se enquadra a mediação como espécie de resolução de conflitos de interesses pelo método autocompositivo.

A mediação efetiva-se, com efeito, por meio de relação dialógica entre as partes, que, de forma amigável e aberta, devem buscar o melhor caminho a ser seguido para compor a quizília. Amigável porque nenhuma das partes pode obrigar a outra ou ser obrigada por ela a dialogar. Afinal, mediação é diálogo. Juan Carlos Vezzulla consigna a mediação como instrumento de “resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e, com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham”.²⁶

Lília Maia de Moraes Sales, em sua tese de doutoramento, por sua vez, conceitua mediação, nos seguintes termos:

Mediação procede do latim *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. Estes termos expressam o entendimento do vocábulo mediação, que se revela um procedimento pacífico de solução de conflitos. A mediação apresenta-se como uma forma amigável e colaborativa de solução de controvérsias que buscam a melhor solução pelas partes. É um procedimento em que e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa, evitando antagonismo, porém sem prescrever a solução. As partes são as responsáveis pela decisão que atribuirá fim ao conflito.²⁷

A finalidade específica da mediação é solucionar com a maior abrangência e profundidade possíveis conflitos entre os litigantes, de tal forma que tanto conflito imediato, isto é, a questão jurídica propriamente dita, como a “lide sociológica”, na expressão de Francesco Carnelluti, sejam integralmente solucionadas, inclusive “com plena aceitação do resultado pelos envolvidos”, já que a decisão advém de mútuo, livre e voluntário acordo efetivado por eles.²⁸

Na verdade, considerando o fato de que o conflito público e ostensivo representa muitas vezes indicação rudimentar do problema, pois, regra geral, são litígios que soem acontecer entre pessoas que travam relações de natureza dilatada no tempo e no espaço, isto é, continuadas, a ideia da mediação é perscrutar todo o plexo de elementos da questão (sociológicos, psicológicos), a fim de que haja real e integral composição da lide entre os contendedores, com superação dos problemas e também com enorme expectativa de formulação de paz duradoura entre eles.²⁹ Numa frase, aos conflitos nos quais preponderam os aspectos pessoais, mas não necessariamente afetivos³⁰, deve ser aplicada a mediação, pois esse método privilegia a pacificação social em sentido amplo, e não somente a efetivação de um acordo formal, pontual e precário entre as partes litigantes.³¹ Nessa linha é a ponderação de Ricardo Santos, quando explica que o escopo da mediação é mais amplo do que o da conciliação, pois a finalidade é a “pacificação restauradora das relações conflituosas, e não das circunstâncias pontuais, motivadoras do conflito”.³²

Ainda a respeito da diferença de natureza das questões relacionadas às duas figuras jurídicas em estudo, releva evidenciar, a título de matérias e casos afeitos a cada um desses institutos, a ponderação de Adolfo Braga Neto, para quem o método da conciliação

[...] não envolve desdobramentos de longos anos de relacionamentos e sim um fato ocorrido que fez nascer uma breve ou momentânea inter-relação, como é o caso de um abaloamento de veículos, uma relação de consumo, onde as partes não convivem, mas somente necessitam de um terceiro que as ajude a refletir sobre qual seria a melhor solução para a controvérsia e se valeria a pena enfrentar a outra parte de forma litigiosa. Diferente da mediação, onde o que está em jogo constituem-se meses, anos ou décadas de relacionamento, que demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro para que se possa auxiliá-lo nas questões controversas, pois quanto menor sua interferência, partindo-se do pressuposto de que sua intervenção é modificadora da relação, exige mais tempo para se alcançar a resolução mesmo por que ele buscará levar as partes a pensar nos seus interesses, necessidades, e sobretudo no futuro e não fincá-las no conflito e com isso no passado.³³

Assim sendo, pode-se concluir que, enquanto a conciliação visa a reparar topicamente os danos ocasionados pela(s) parte(s), a mediação exprime três funções principais: repara os danos (passado), restaura o relacionamento (presente) e previne (futuro) a incidência de mais conflitos, sendo, por isso, um meio consensual mais completo para lidar com a litigiosidade de “relações qualificadas pela existência de múltiplos vínculos, que por serem continuadas, não devem ser interrompidas após a resolução de uma controvérsia”.³⁴

Ainda no tocante às considerações gerais sobre os institutos da conciliação e da mediação, importante também tocar, ainda que rapidamente, sobre três de seus princípios informativos, mas tão-somente na medida do estritamente necessário para a questão central deste artigo.

Não obstante os princípios informativos de ambos os institutos variarem de país para país, é possível relatar que os seguintes são comumente aceitos para estruturar tais meios de composição não “adversariais”: autonomia das partes; não competitividade; poder decisório das partes; mediador (terceiro imparcial); informalismo do procedimento; confidencialidade.³⁵ Neste trabalho, somente serão abordados os três primeiros.

No tocante à autonomia das partes, esta significa que os sujeitos participantes da conciliação/mediação devem estar livres e conscientes para optarem por uma solução consensual. Com efeito, a liberdade das partes têm duas faces: “a liberdade para optar pela mediação [inclua-se, também, pela conciliação] como meio de solução de conflitos e a liberdade para decidir e resolver o conflito no processo de mediação”.³⁶ Em suma, ninguém pode ser forçado a submeter o seu conflito a procedimentos de resolução consensual, sob pena de violação do princípio da autonomia e voluntariedade que orienta os métodos não-adversariais.³⁷

Já o princípio da não competitividade diz respeito à ausência de conflituosidade do procedimento de conciliação/mediação, na medida em que as partes não devem se orientar no sentido de impor uma derrota à outra, mas de molde que ambas sejam beneficiadas a um só tempo pelo acordo firmado por elas. E a razão disso é que, nos procedimentos de autocomposição, não existe a lógica do “tudo ou nada”, isto é, do “perde-se ou ganha-se”. O fundamento é, contrariamente, o da solução acordada amigavelmente, na qual somente existem ganhadores, nunca derrotados, pois as partes deixam de ser litigantes tradicionais – adversários – e passam a ostentar a condição de agentes mediados responsáveis pela formatação do acordo. Com efeito, aduz Boaventura de Sousa Santos, a “estrutura da mediação [inclua-se, também, conciliação] é topográfica de um espaço de mútua cedência e de ganho recíproco”.³⁸

Nesse sentido, do ponto de vista do devido processo legal, pondera Petronio Calmon, a “Ampla defesa nos mecanismos para obtenção da autocomposição é participação, muito mais do que apresentação de provas, argumentos e recursos”.³⁹ Afinal, de acordo com Ricardo Santos, em observação feita para mediação, mas legitimamente extensível a outros métodos consensuais, “as partes conflitantes [...], por meio de um trabalho conjunto e pautado no respeito mútuo, no diálogo e na realização de concessões parciais ou totais” podem descobrir, “dentre as soluções cabíveis para o conflito, aquela que melhor se adéqua ao caso concreto”.⁴⁰

Enfim, o princípio do poder de decisão expressa a ideia de que tão-somente as partes têm a faculdade de compor o litígio, por meio de um acordo no qual predominam a liberdade e a autonomia decisórias dos envolvidos, pois serão eles os diretamente afetados pela composição. Cabe transcrever, a respeito de tal princípio, a observação de Lília Maia Morais Sales, que, apesar de direcionada para a mediação, adequa-se também à técnica da conciliação. Confira-se:

Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução dos conflitos, mas não os decide.⁴¹

Passa-se, após essas considerações, à segunda parte do trabalho, na qual serão abordados os pontos referentes à conciliação e à mediação à luz de seus fundamentos democráticos e constitucionais.

2 JURISDIÇÃO PROCESSUAL DEMOCRÁTICA: FUNDAMENTOS

A democracia de há muito deixou de ser uma simples forma de governo e passou a se haver como um valor universal. Tal ideia foi expressamente recepcionada pela Constituição vigente, na medida em que elevou a democracia como um dos fundamentos do Estado de Direito brasileiro. O Texto constitucional, não

bastasse isso, ainda especificou que a soberania popular, núcleo duro da ideia de democracia, será exercida por meio de representantes eleitos ou diretamente pelos cidadãos. Como instrumentos de democracia direta, a Lei Suprema previu, entre outros, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Não é demais lembrar o fato de que a participação ativa dos cidadãos é peça tão elementar do sistema democrático que um dos mais importantes teóricos da democracia moderna, Jean-Jacques Rousseau, afirmou que a soberania popular é inalienável e indivisível.⁴²

No plano jurídico-processual, o Documento Constitucional trouxe duas formas de participação direta dos cidadãos na administração da Justiça. Uma delas na condição de jurado, no tribunal popular do júri⁴³, e a outra como juiz de paz.⁴⁴ Com efeito, tem-se aí uma deferência clara ao cidadão por parte do legislador ordinário, que, diferentemente de visões elitistas e preconceituosas, visualizou as pessoas comuns como capazes de participar ativamente da interpretação e aplicação das normas jurídicas e do direito. Na verdade, é possível extrair da Constituição a ideia de que o cidadão, além de titular exclusivo da soberania, pode atuar diretamente nas decisões fundamentais para a coletividade.⁴⁵

No tocante aos meios alternativos de composição de controvérsias, é lícito asseverar que o fundamento a reger a conciliação e a mediação é, igualmente, a democracia. Vale dizer, tais institutos nada mais são do que formas de concretizar a participação cidadã dos próprios litigantes na administração da Justiça.⁴⁶ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, a administração da Justiça configura, a um só tempo, “instrumento de garantia e instrumento de controle, configurando meio de intervenção popular direta pelos canais institucionalizados de conciliação e mediação”.⁴⁷ Na mesma ideiação e com verbalização diferente, referida autora expressa que “a intervenção de leigos na função conciliatória também se coloca no âmbito da participação popular na administração da justiça”.⁴⁸ Efetivamente, é uma maneira de descentralizar a jurisdição processual da esfera quase exclusiva dos juízes togados para os cidadãos, numa real distribuição de poder decisório processual para os litigantes, tornando o processo judicial um meio de participação democrática.⁴⁹

De fato, os meios alternativos à jurisdição clássica, especificamente a conciliação e a mediação, ao elevarem os litigantes a agentes principais da composição dos conflitos, representam uma inflexão na lógica tradicional de julgamentos impositivos por parte de um juiz togado, situando no âmbito judicial as partes na condição de operadores diretos do processo de resolução das controvérsias, aumentando-lhes, com efeito, a responsabilidade política e social como cidadãos. Realmente, os meios de resolução compositiva de conflitos traz a possibilidade de incluir os cidadãos como protagonistas judiciais, convertendo-os de agentes processuais meramente passivos em operadores processuais ativos, dado que as partes passam diretamente a decidir as quizílias nas quais se encontram envolvidas, bem como a controlar o exercício da atividade jurisdicional, já que detêm a faculdade de encerrar ou não a controvérsia, excluindo-a da esfera decisória de poder dos magistrados togados.

Outro aspecto da autocomposição de litígios que reforça a natureza democrática da conciliação e da mediação é o fato de tais procedimentos respeitarem a autonomia da vontade dos cidadãos, haja vista que as partes litigantes “nunca são obrigadas a celebrar qualquer tipo de acordo e não devem ser de qualquer forma constrangidas a celebrar acordo que não se coaduna com sua refletida vontade”.⁵⁰ Indubitavelmente, a autonomia é um dos elementos centrais da cidadania civil e política, na medida em que reconhece a pessoa como agente livre e consciente para decidir, do ponto de vista de seus valores, interesses e bens, o que melhor lhe aprouver.⁵¹

Advirta-se, ainda, para a ideia de que a autonomia é uma noção diametralmente oposta à de “menoridade”, que, na semântica kantiana, é a incapacidade do indivíduo de “se servir do entendimento sem a orientação de outrem”⁵². Ora, os métodos conciliadores e mediadores trazem intrinsecamente a possibilidade, no campo da idealidade, do exercício pleno da autonomia da vontade, na medida em que permitem às partes interessadas deliberar com ampla liberdade acerca do conteúdo, condições e termos da decisão final do litígio.⁵³ Tem-se, com efeito, no microsistema processual, uma das manifestações da autonomia da vontade, na medida em que as partes formulam as próprias regras para compor as desavenças por meio da cooperação e confiança recíprocas. Assim, as partes litigantes são, a um só tempo, os autores e os destinatários de suas leis, de tal sorte que o acordo firmado com base nelas cria direitos e obrigações para as respectivas partes, pois, *a priori*, foi realizado com respeito integral e efetivo ao princípio da autonomia da vontade.⁵⁴

E o exercício da autonomia das partes concretiza o “fundamento político da jurisdição por permitir a participação popular na administração da justiça”. Efetivamente, observa Érica Barbosa e Silva⁵⁵, a concretização dessa autonomia ocorre pelo “enaltecimento das responsabilidades pessoais sobre a geração do conflito e sobre sua respectiva resolução”, favorecendo, tal perspectiva, o “senso de colaboração entre as partes” e o “sentido pedagógico” da participação direta na resolução da questão, “pois as pessoas, com experiência, deverão aprender a lidar com o conflito e buscar, por si próprias, sua adequada superação, alternando possibilidades que seguem ao lado do paternalismo estatal na resolução de conflitos”.

É lícito fincar, portanto, a ideia segundo a qual os meios consensuais de resolução de controvérsias têm por base o princípio da autonomia da vontade⁵⁶, que é um dos elementos essenciais da democracia, num regime político no qual os cidadãos são tratados e reconhecidos como pessoas livres e iguais em direitos e obrigações pelo Estado.

É força convir, para finalizar, que os meios dialógicos de resolubilidade conflitiva possuem a prerrogativa de impregnar marcas profundas de participação cidadã na administração da justiça, de tal forma ser possível sustentar que o aperfeiçoamento e a criação de instrumentos de superação compositiva de controvérsias podem transformar a jurisdição processual tradicional, de natureza competitiva e impositiva, em uma genuína jurisdição processual democrática, isto é, de natureza participativa, colaborativa e consensual.⁵⁷

3 AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC): INOVAÇÕES E ACESSO À JUSTIÇA

Nos tópicos anteriores, abordaram-se os fundamentos teóricos relativos ao tema em estudo. Neste tópico, discutem-se os reflexos, de ordem prática ou procedimental, concernentes às inovações introduzidas no sistema processual, com o advento da audiência de conciliação e de mediação pelo NCPC. Também será objeto de análise a relação das referidas alterações legislativas com o conceito contemporâneo de jurisdição e de acesso à justiça.

3.1 Considerações gerais de cunho comparativo entre a audiência preliminar (art. 331, CPC/73) e a audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, NCPC)

A Lei 8952/94, ao modificar a redação do art. 331,⁵⁸ introduziu no Código de Processo Civil (CPC) brasileiro a audiência preliminar.

O texto vigente do art. 331 do CPC/73, conforme redação dada pela Lei 10.444/02,⁵⁹ prevê, em síntese, a tentativa de conciliação, e, não sendo esta obtida, estatui também a fixação dos pontos controvertidos, a decisão sobre as questões processuais pendentes e a determinação das provas a serem produzidas.

Efetivamente, portanto, a conciliação se constitui em uma das etapas ou fases do complexo ato processual intitulado audiência preliminar.

A audiência de conciliação e de mediação, de que trata o art. 334 do NCPC, difere bastante, em conteúdo e forma, da audiência prevista no citado art. 331 do CPC/73.⁶⁰

Com vistas a conferir uma visão panorâmica, somente para fins de introdução ao estudo que será mais à frente desenvolvido, indicam-se a seguir as principais alterações entre os referidos modelos. Os comentários serão desenvolvidos, tomando-se como base a audiência de conciliação e de mediação.

Quanto ao momento de realização, percebe-se que a audiência preliminar ocorre depois do exercício da defesa pelo réu, enquanto a audiência de conciliação ou de mediação a antecede.

No que diz respeito às atividades a serem realizadas, a primeira evidência a saltar aos olhos é que a audiência do Novo Código de Processo Civil (NCPC) ganha em especialidade, na medida em que é dedicada à tentativa de autocomposição, enquanto, na audiência preliminar, esta é uma importante função, porém não exclusiva.

E como decorrência dessa, por assim dizer, especialização funcional da audiência de conciliação e de mediação, surge uma gama de outras distinções ou peculiaridades.

Nesse sentido, é prevista, necessariamente, a participação de conciliadores ou mediadores (onde houver), o que não se verifica na audiência preliminar.

É possível a realização de mais de uma sessão, desde que em um intervalo máximo de dois meses a contar da primeira. Há de ser necessária a designação de sessões adicionais, sempre com vistas a obter a composição consensual.⁶¹

As partes podem, ainda, com a condição de o fazerem expressamente, manifestar desinteresse relativo à composição, evitando a realização da audiência. O NCPC é claro ao exigir a manifestação de ambas as partes nesse sentido.⁶²

Outras novidades consistem na fixação de um intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre cada audiência de conciliação e de mediação, bem como na possibilidade de sua realização por meio eletrônico.

O autor é intimado para a audiência na pessoa de seu advogado. O réu, por sua vez, é citado. A parte pode nomear representante para comparecer à audiência, por intermédio de procuração específica que contenha poderes para negociar e transigir.

É prevista uma multa de até 2% (dois por cento) do valor da causa ou da vantagem econômica almejada em caso de não comparecimento injustificado das partes à audiência. O valor da multa é destinado à União ou ao Estado-membro.

Em linhas gerais, essas são as principais modificações surgidas com o advento da audiência de conciliação e de mediação do NCPC, em comparação à audiência preliminar do CPC/73.

3.2 Dos requisitos básicos para a designação da audiência de conciliação e de mediação

A audiência será designada pelo juiz se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e se não for o caso de improcedência liminar do pedido. O NCPC prevê, entretanto, hipóteses em que a audiência não será realizada.⁶³

Como já visto, uma das situações ocorrerá quando ambas as partes, de forma expressa, aduzirem que não têm interesse na composição (§4º, I, 334).

O NCPC estabelece, inclusive, o *modus* pelo qual autor e réu devem manifestar seu desinteresse. O autor, já na petição inicial, e o réu, por petição com 10 (dez) dias de antecedência da data da audiência (§ 5º, 334).

Assim, quando ambas as partes declinarem da composição, resta claro que a audiência não deve mesmo se realizar.

Questão interessante de ordem prática pode surgir quando só uma das partes manifestar, nos devidos termos legais, desinteresse na tentativa de auto-composição, enquanto a outra manifestar seu interesse ou mesmo não expressar desinteresse, concordando, tacitamente, portanto, com a realização do ato.

Numa interpretação estritamente gramatical do referido § 4º, I, do art. 334, e se ocorrerem os demais requisitos legais, a audiência deveria ocorrer.

É possível argumentar que a obrigatoriedade de comparecimento também se alinha com a política legislativa e social em prol do incentivo à efetivação dos meios equivalentes de jurisdição.

Na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), há consequência processual para o não comparecimento do demandado à sessão de conciliação. De fato, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na peça inicial, salvo convicção em contrário do juiz, devendo ser proferida sentença de logo, tudo conforme os arts. 20 e 23 da referida Lei.

Evidentemente, há particularidades do sistema de tutela dos interesses e direitos relativos ao JECC, mas o fato é que o exemplo é válido para demonstrar que o ordenamento jurídico já contempla legislação que privilegia audiência com vistas a obter a autocomposição em juízo, estabelecendo consequências processuais pelo não comparecimento à mesma.

Além do mais, o interesse de uma das partes na autocomposição, mesmo que embrionário, somado ao cenário positivo concebido pelo NCPC quanto à estruturação e profissionalização do ato e dos auxiliares nele envolvidos, parecem justificar, em alguma medida, o investimento na realização da audiência, em face da razoável expectativa de um desfecho alinhado aos propósitos do ato processual em destaque.

De outra parte, não se pode olvidar que um dos princípios norteadores da conciliação e da mediação é o da autonomia da vontade das partes. Nesse sentido, não parece nada razoável compelir alguém a participar de conciliação ou mediação que não deseje.

Uma solução para tais casos, que se refiram especificamente à mediação, talvez seja a de se sustentar a realização da primeira audiência apenas nas hipóteses em que houver eleição contratual prévia do instituto (da mediação).

Essa alternativa estaria em consonância, inclusive, com o art. 2º, § 1º da recentíssima Lei 13.140/2015, ao determinar que, nos casos nos quais existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião.

Com relação, no entanto, aos casos de conciliação, e mesmo àqueles de mediação em que não foi prevista cláusula em contrato sobre sua observância, não há como obrigar a parte a uma audiência dessa natureza contra a sua vontade.

Vale ressaltar, ainda, e em reforço à ideia acima defendida, de que há de se necessariamente garantir e orientar a mediação (e a conciliação) pelo princípio da voluntariedade, pois o § 2º da citada Lei sobre a mediação prevê que “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação” (§§ 1º e 2º do art. 2º).

A audiência também não será realizada nas hipóteses em que o interesse ou o direito não admitir autocomposição (§4, II, 334, NCPC).

O § 3º do art. 331 do CPC/73 refere-se, quanto ao ponto, aos casos em que o direito em litígio não admite transação, para autorizar o juiz a sanear logo o processo e ordenar a produção da prova.

Comparativamente, o elastério conferido pelo texto do NCPC possibilita autocomposições que vão além dos direitos patrimoniais.

Eduardo Cambi explica com propriedade: “[...] o art. 334, § 4º, do NCPC utilizou expressão mais ampla que o art. 331, *caput*, do CPC-73 (‘e versar sobre direitos que admitam transação’). Com isso, ampliou o objeto de possíveis conciliações ou mediações, pois o art. 841 do Código Civil possui redação restritiva, *in verbis*: ‘Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação’). Assim, não apenas os direitos disponíveis podem ser objeto de autocomposição. Mesmo direitos indisponíveis podem ser resolvidos pela conciliação ou mediação (*v.g.*, os alimentos devidos por parentes são indisponíveis porque irrenunciáveis), mas o valor, a forma e o prazo podem ser objeto de transação; o réu de investigação de paternidade pode reconhecer juridicamente o pedido”.⁶⁴

3.3 Da atuação necessária do conciliador ou do mediador

O NCPC, pode-se dizer, investiu na busca de resolução consensual dos conflitos. Para tanto, definiu as atribuições de conciliadores e mediadores, estabeleceu a necessidade dos tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos, positivou os princípios informativos da conciliação e da mediação, além de tantas outras regulações em torno da matéria.⁶⁵

Previu, inclusive, que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (§ 3º, art. 3º, NCPC).

O Estatuto da Advocacia já dispunha o fato de que é dever do advogado estimular a conciliação entre os litigantes, buscando prevenir a instauração de litígios (art. 2º, § único da Lei 8.906/1994).

O referido texto do NCPC, portanto, não representa inovação, pelo contrário, consolida pertinentemente a matéria (assim como o Código faz com outros institutos e matérias), reforçando o ideal em prol da efetivação dos meios equivalentes de jurisdição.

Ressalte-se que o NCPC também estimula a autocomposição em atos processuais posteriores à audiência de conciliação ou mediação. Isso pode ocorrer nas hipóteses em que não se obteve acordo na própria audiência referida, ou mesmo quando a transação foi apenas parcial, por exemplo.

Com efeito, o juiz tentará a conciliação quando instalada a audiência de instrução e julgamento (art. 359, NCPC). É incumbência do relator do recurso homologar autocomposição das partes (art. 932, I, NCPC). E, aliás,

incumbe ao juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição (art. 139, V, NCPC).

Diante de todo esse contexto, compreende-se o sentido do texto de que trata este tópico, qual seja, “o conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária” (§ 1º, art. 334, NCPC).

Realmente, não faria sentido investir na estruturação de todo um modelo direcionado à efetivação dos meios equivalentes de jurisdição se não constasse a previsão, também, de que a participação dos conciliadores e mediadores seria necessária, pelo menos onde houvesse tais auxiliares.

Vale consignar a noção de que o NCPC, ao regular o procedimento atinente, no caso, à mediação e conciliação em juízo, não exclui outras formas extrajudiciais desses meios equivalentes de resolução de conflitos, vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por profissionais independentes, cuja regulação depende de lei própria (art. 175 do NCPC).

3.4 A previsão de prazos mínimos de antecedência para a designação de data para a audiência e para a citação do réu, bem como de intervalo mínimo entre as audiências

O legislador resolveu estabelecer prazos mínimos que devem ser observados para a prática de importantes atos relacionados à audiência de conciliação e de mediação.

Assim, previu que a audiência de conciliação ou de mediação deverá ser designada com antecedência de pelo menos 30 (trinta) dias, enquanto o réu deverá ser citado com antecedência mínima de 20 (vinte) dias, contados da data da audiência (*caput*, art. 334, NCPC).

Esses prazos justificam-se, respectivamente, tanto pela necessidade de ultimação dos atos atinentes à intimação e citação, quanto para propiciar ao réu um tempo mínimo entre a comunicação e a audiência, lembrando que o § 5º do art. 334 estabelece que o réu deve apresentar eventual desinteresse na autocomposição com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

A previsão de intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma audiência e o começo da seguinte visa a oportunizar sempre mais a negociação, o diálogo com vistas a obter a composição, buscando-se, em última análise, a efetividade dos meios equivalentes de jurisdição.

3.5 Da novidade da audiência por meio eletrônico e a sanção pelo não comparecimento à audiência

Na sistemática vigente, sob a égide do CPC/73, não é incomum as partes deixarem de comparecer à audiência preliminar.

Os operadores do direito, pelo contrário, tendem a comparecer. Como visto anteriormente neste trabalho, caso não seja obtida a conciliação, o juiz deve, em continuidade à audiência, fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas, o que, naturalmente, os atrai, dada a importância dos aludidos atos para o desfecho do processo.

O aspecto de ordem cultural influencia na adesão ou não das partes às audiências que visam à autocomposição, de que é exemplo expressivo a audiência preliminar.

O jurisdicionado e o próprio operador, no Brasil, ainda estão habituados e alimentam, em geral, uma visão litigiosa e judicial dos conflitos. Enquanto não houver uma mudança de mentalidade para prestigiar a cultura da pacificação, inclusive, levada a cabo por intermédio do fortalecimento dos meios equivalentes de jurisdição, essa dificuldade tende a persistir.

Esse movimento é gradual e depende de fatores diversos. Um deles, certamente, diz respeito ao agasalhamento dessa tendência de reforço da importância da conciliação, da mediação e da arbitragem no âmbito da legislação, o que de fato vem acontecendo, como no caso do NCPC.

Outro fator que desestimula a participação é a ausência de sanção pelo não comparecimento à convocação do juízo, pelo menos até que haja a sedimentação de uma nova cultura, tanto pelo jurisdicionado, quanto pelos operadores do direito.⁶⁶

O legislador do NCPC posicionou-se expressamente nesse tocante. O § 8 do art. 334 prevê que o não comparecimento injustificado à audiência configura ato atentatório à dignidade da justiça, além de incorrer o faltoso em multa de até dois por cento do valor da causa ou “da vantagem econômica pretendida”, a ser destinada à União ou ao Estado-membro, a depender se o processo tramita na Justiça Federal ou Estadual, respectivamente.

Veja-se que, evidentemente, não se pune o fato de não se transigir, mas o não comparecimento, sem justificativas – registre-se – à audiência.

O NCPC também previu a possibilidade de realização da audiência por meio eletrônico, nos termos da lei (§ 7º, art. 334). É outro elemento facilitador ou de incentivo à efetiva realização da audiência.

O meio eletrônico que melhor se coaduna com as características do ato é a videoconferência. Como se sabe, por essa tecnologia, são transmitidos som e imagem, com o que é minimizada a ausência física dos participantes, de modo a possibilitar razoável interação com vistas ao atingimento do objetivo central da audiência, que é a tentativa de composição consensual.

A vantagem de se permitir a realização da audiência por intermédio de meio eletrônico reside, sobretudo, na economia de tempo, em face da redução ou eliminação de deslocamentos por vezes onerosos para as partes.

Outro fator que contribui para a efetiva ultimação da audiência reside na possibilidade de a parte ser representada na audiência. A procuração deve ser específica e conter poderes para negociar e transigir. (§11º art. 334, NCPC).

As partes, ou quem as represente, devem comparecer acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (§ 9º, 334, NCPC). Embora o texto não faça menção, o advogado pode funcionar também como representante da parte, desde que munido dos poderes há pouco referidos.

3.6 Inovações legislativas relativas à audiência de conciliação e de mediação do NCPC: avanço ou retrocesso à luz do conceito contemporâneo de jurisdição e de acesso à justiça

A análise sugerida por esse subtítulo, passa, evidentemente, pela delimitação dos conceitos contemporâneos de jurisdição e de acesso à justiça.

Rodolfo de Camargo Mancuso, em profundo estudo sobre a temática do acesso à justiça e temas correlatos, assevera que “O conceito contemporâneo de jurisdição deve hoje se descolar da necessária agregação à Justiça oficial, para, antes e superiormente, no contexto de uma *democracia participativa*, consentir uma vera *jurisdição compartilhada* com outros agentes, órgãos e instâncias capazes de prevenir ou resolver conflitos com justiça, em tempo razoável e sob uma boa equação custo-benefício”.⁶⁷

Com relação ao conceito contemporâneo de acesso à justiça, referido autor pondera que este “não pode mais ser tomado em modo generalizado ou até banalizado (num desvirtuamento da ideia de *facilitação* desse acesso): essa visão *irrealista e ufanista* é hoje impraticável, e engendra importantes externalidades negativas, que vão desde o desserviço à vera cidadania (que consiste, no primeiro momento, na busca da solução suasória dos conflitos), passando pelo estímulo à contenciosidade social, e, enfim, inflacionando a demanda por Justiça”.⁶⁸

Cogitar em jurisdição contemporânea, portanto, é aproximar-se do ideal de “jurisdição participativa”. É garantir que a solução dos conflitos seja realizada também por meios equivalentes, e não exclusivamente pela Justiça Estatal ou Oficial. Mais do que isso, é possibilitar a prevenção e a solução das controvérsias com justiça, em prazo razoável, e com o menor dispêndio de tempo, energia e custo possível.

O acesso à justiça, numa visão contemporânea, por sua vez, não admite mais uma simplória e superficial ligação do tema com o “abrir as portas” ao Judiciário, no sentido de sempre facilitar o ingresso em juízo. Muito menos deve ser relacionado com o reforço à ideia de incentivar a litigiosidade. Pelo contrário, significa privilegiar os meios auto e heterocompositivos na solução dos conflitos.

As alterações ou inovações trazidas pelo NCPC, no que diz respeito à audiência de conciliação e de mediação, aproximaram o sistema processual civil, em geral, dos conceitos contemporâneos de jurisdição e acesso à justiça.

A propósito, percebe-se que o primeiro contato formal das partes no procedimento ordinário ocorre, atualmente, na audiência preliminar, após o exercício da defesa pelo réu. A audiência de conciliação e de mediação, ao contrário, e como já se disse, antecede a defesa. O ganho não está somente na abreviação do lapso para o primeiro contato com vistas à autocomposição. Como a defesa ainda não foi oferecida, as partes tendem a comparecer mais “desarmadas”, num estado de ânimo possivelmente mais propício à autocomposição, sem contar que a solução será buscada necessariamente por profissionais habilitados e que o desiderato da audiência é voltado especificamente para alcançar a autocomposição, diferentemente do que ocorre com a audiência preliminar, na qual a conciliação é apenas fase ou etapa do ato.

Some-se a isso tudo, ainda, o fato de a legislação estipular um prazo mínimo de intervalo das audiências de conciliação e de mediação. Embora o prazo não seja elástico, garante uma pauta de audiências minimamente organizada com o propósito de propiciar tempo dedicado à autocomposição. Quer dizer, as inovações legislativas citadas apontam para maior especialização do ato processual e, sobretudo, para um dispêndio bem menor de energia (no sentido de se esperar outra fase processual) para a possível obtenção da solução da controvérsia por intermédio da autocomposição.

Outra demonstração da aderência das alterações legislativas em questão aos conceitos contemporâneos de jurisdição e acesso à justiça reside na previsão, anteriormente abordada, da possibilidade de realização da audiência por meio eletrônico, especialmente por videoconferência. Por vezes, o deslocamento para o ato, que pode até ser interestadual, representa custo significativo para as partes, e, mais do que isso, pode ensejar a própria impossibilidade de comparecimento, de modo a frustrar a autocomposição já em seu nascedouro.

São exemplos, ainda, de inovações que podem acarretar a resolução dos conflitos em prazo razoável, em alinhamento, portanto, à ideia de jurisdição contemporânea: a) a intimação do autor para a audiência por intermédio de seu advogado e b) a explicitação da possibilidade das partes nomearem representantes para comparecerem ao ato.

Vista sob outra perspectiva, a alínea “a” pode ser considerada um risco em potencial para o autor. É que, como ele não será pessoalmente intimado da audiência, é possível que tenha de arcar com as consequências do não comparecimento, sem que sequer tenha tido ciência prévia do ato processual. Esse risco deve ser realçado, na medida em que não está em jogo apenas a perda da possibilidade da autocomposição. Com efeito, uma das inovações do NCPC consiste justamente na fixação de uma multa de até 2% (dois por cento) do valor da causa ou da vantagem econômica intencionada em caso de não comparecimento injustificado das partes à audiência.

Outro risco que pode ser citado relativamente à introdução da audiência de conciliação e mediação repousa na possibilidade de desequilíbrio da condição

econômica e/ou social dos litigantes interferirem na condução e no resultado da autocomposição. Ou seja, a multiplicação da possibilidade da obtenção da autocomposição por esses meios, como reflexo das inovações, pode eventualmente representar também uma multiplicação de pacificações “sem justiça”, desequilibradas, obtidas por vícios de consentimento, com o que haveria um retrocesso, pelo menos de acordo com os conceitos contemporâneos de jurisdição e acesso à justiça.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover aduz que existem juristas que são contrários à conciliação, inclua-se também à mediação, “aduzindo a desigualdade jurídica ou organizacional entre os participantes, e as pressões delas derivadas, que não conseguiriam ser superadas por um terceiro facilitador, que não fosse o juiz”.⁶⁹

Petrônio Calmon adverte, igualmente, para a ideia de que “é preciso cuidar para que os sujeitos da autocomposição não ajam com liberdade apenas aparente. Por vezes falta a indispensável espontaneidade, característica essencial para a validade de qualquer negócio jurídico”.⁷⁰ O autor explica que isso ocorre porque “A desigualdade cultural e econômica, dentre outros fatores, leva a que uma das partes ceda à vontade da outra sem perceber que não está obtendo a posição mais vantajosa possível”.⁷¹

Há de se ponderar, porém, para o fato de que, nos moldes das próprias inovações, a audiência será conduzida por auxiliares da justiça habilitados (onde houver), cuja especialização tende a contribuir para minimizar referidas situações de desequilíbrio.

Ademais, impende ressaltar ser esse um risco subjacente não só à efetivação dos meios equivalentes de jurisdição, mas também à realização da solução adjudicada pelo Estado.

Assim, o risco efetivamente existe e merece toda a atenção dos operadores do direito, especialmente por parte dos juizes, mediadores e conciliadores. Não deve significar, porém, o desencorajamento do emprego da conciliação e da mediação, como meios fundamentais de resolução de conflitos voltados para o alcance do efetivo acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não constitui novidade alguma a crise que acomete o Judiciário brasileiro. Uma crise de desconfiança nos serviços judiciais prestados à sociedade. Em grande medida, esta é produto da ineficiência da prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz, decorrente de uma máquina judicial cara, lenta, pesada, burocrática e tradicionalmente elitizada.

O problema crítico é ocasionado pela inacessibilidade da maioria da população aos serviços prestados pela Justiça, já que não dispõe de recursos financeiros para arcar com as custas judiciais, honorários advocatícios e de sucumbência. Em

face dessa crise, desenvolvem-se atualmente soluções alternativas ao modelo de administração da justiça clássica, tais como a mediação, conciliação, arbitragem e negociação. Este texto analisou, tão-somente, a conciliação e a mediação.

Infere-se do pesquisado que os institutos da mediação e da conciliação, do ponto de vista da ideia, têm o condão de auxiliar o acesso à justiça, por serem meios mais baratos, mais céleres e menos formais, bem como de proporcionar a participação popular na administração da justiça, pois são os próprios cidadãos litigantes os responsáveis diretos pela resolução definitiva do conflito.

Destaque-se, também, o fato de que os meios opcionais em estudo podem incentivar a formação de uma cultura da paz em substituição à cultura da competição, isto é, a óptica do outro como um adversário que deve ser derrotado a qualquer custo, pela perspectiva de estabelecer uma cultura dialógica, cooperativa e de respeito e tolerância.

É possível defender o ponto de vista de que a justiça consensual é um passo importantíssimo na estruturação e aperfeiçoamento de uma jurisdição processual democrática e participativa, na qual os cidadãos deixam de ser meros figurantes da relação processual e passam à condição de agentes responsáveis pela interpretação e aplicação direta da legislação e do direito na resolubilidade de conflitos.

Finalmente, as inovações legislativas respeitantes à audiência de conciliação e de mediação do NCPC, como se verificou, tendem, de uma forma geral, a compatibilizar o sistema processual civil brasileiro aos conceitos contemporâneos de jurisdição e acesso à justiça. Os riscos que surgem (ou são potencializados) com a maior utilização propiciada por tais inovações, embora mereçam toda a atenção (e tratamento adequado) dos operadores do direito, especialmente dos mediadores, conciliadores e juízes, não devem significar desencorajamento para que se efetivem a mediação e a conciliação na qualidade de meios para a realização do efetivo acesso à justiça e estruturação de uma jurisdição processual democrática.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMBI, Eduardo. Audiência de conciliação e de mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al.) (Coord.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DEMARCHI, Jualiana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008.

FABRETTI, Daniel. Conciliação e mediação em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Apresentação. In: CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2. ed., 2013.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o Iluminismo. In: KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Dayse Braga. A mediação no processo de democratização do Estado. In: SALES, Lilian Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre a mediação e arbitragem**. Rio - São Paulo - Fortaleza: ABC Editora, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Prefácio. In: SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: críticas e desafios. Ano Eleitoral: tempo para balanço. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, a. III, n. 3, set., 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação comunitária: instrumento de democratização da justiça. **Pensar - Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**, vol. 7, n. 7, fev., 2002.

_____. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 60-79 e 312-314;

SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 5. ed., Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

- 1 SADEK, Maria Tereza. **Poder Judiciário: críticas e desafios**. Ano Eleitoral: tempo para balanço. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, a. III, nº. 03, set., 2002, p. 131.
- 2 De acordo com Petrônio Calmon, a “inflação processual” é “a constatação de que a oferta [de serviços judiciais] não tem conseguido acompanhar a demanda” da população. CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 134.
- 3 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 03-06, 23, 37 a 40, 134, 136, 141 e 151-152. GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 01-05; SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 60-79 e 312-314; SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 12;
- 4 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Prefácio. In: SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. XVII; Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. XXI.
- 5 SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.127-128, 328 e 344.
- 6 No presente trabalho, as expressões “meios alternativos”, “meios consensuais”, “meios equivalentes” “expedientes opcionais”, dentre outras análogas, foram usadas como sinônimas, para significar modalidades de resolução de conflitos fora e além da solução adjudicada pelo Estado.
- 7 Evidente que é indefensável a ideia de que as fórmulas consensuais de resolução de conflitos sejam uma panaceia para os males do Judiciário, mas sim instrumentos que podem, em larga medida, minorar o déficit de uma prestação jurisdicional de qualidade, isto é, célere, efetiva, justa e democrática.
- 8 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 05 e 145; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Prefácio. In: SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. XVII; SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. XXII.
- 9 GRINOVER, Ada Pellegrini. Apresentação. In: CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. IX.
- 10 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 99, 103 a 106.
- 11 SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 169 e 177.
- 12 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 132, 133,
- 13 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 134.
- 14 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55.
- 15 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 140.
- 16 SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 173.
- 17 SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 173.
- 18 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 105.
- 19 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 144.
- 20 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54-55.
- 21 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 105.
- 22 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54-55.
- 23 Apud BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.
- 24 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59.

- 25 SALES, Lília Maia de Morais. A mediação comunitária: instrumento de democratização da justiça. *Pensar* – Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, vol. 7, n. 7, fev., 2002, p. 175.
- 26 VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Santa Catarina: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 5. ed., comentada e corrigida, 2001, p. 18.
- 27 SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23-24.
- 28 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 105 e 142.
- 29 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 145.
- 30 Ricardo Santos adverte que a utilização do método da mediação não se restringe às relações conflituosas de natureza afetiva, “muito embora estas as que, com maior propriedade, exemplificam a continuidade à qual fazemos referência”. SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 117.
- 31 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59.
- 32 SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 118.
- 33 BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p.66. No mesmo sentido, ver: SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.116-120, 156-158. Ver, para uma abordagem mais pormenorizada das matérias e situações para as quais o método da mediação se faz mais indicado, SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 156-158.
- 34 SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 117. Para aprofundamento das características e diferenças entre conciliação e mediação, ver SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, em especial, p. 133-149 e 169-193.
- 35 SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 44.
- 36 SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45.
- 37 SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 147-148.
- 38 *Apud* SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 48.
- 39 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 156.
- 40 SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 94.
- 41 SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 47.
- 42 ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social – princípios do direito político**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 33-34.
- 43 Constituição Federal de 1988: art. 5º, inciso XXXVIII.
- 44 Constituição Federal de 1988: art. 98, II.
- 45 MARTINS, Dayse Braga. **A mediação no processo de democratização do Estado**. In: SALES, Lilian Maia de Morais (Org.). *Estudos sobre a mediação e arbitragem*. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 58.
- 46 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 05.
- 47 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 05.
- 48 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 05.
- 49 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 05.
- 50 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 61.
- 51 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 148, 154 e 157; SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 330, 332, 334 e 336.

- 52 KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o Iluminismo. In: KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 9.
- 53 BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65; CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 30, 47, 73, 132 e 142.; DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60; FABRETTI, Daniel. Conciliação e mediação em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75.
- 54 SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 147-148 e 176.
- 55 SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 189.
- 56 BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTE, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68.
- 57 CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. 145; SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 174.
- 58 A redação do art. 331, revogada pela Lei 8952, dispunha: “Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I- decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II- designará audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que não se produzirem”.
- 59 O texto vigente do art. 331 é o seguinte: “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.
- 60 A ideia de concentrar maiores esforços no sentido de obter a resolução do conflito por meios autocompositivos, reservando uma audiência para tal fim, não representa alteração substancial no que diz respeito ao saneamento compartilhado. Isso porque o legislador previu no §3º do art. 357 do NCPC que “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato e de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.
- 61 A jurisprudência já se posicionou, na vigência do art. 331 do CPC/73, pela desnecessidade de designação de nova audiência de conciliação em face do não comparecimento anterior de parte ao ato: “EMENTA. LOCAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA ALEGAÇÃO DE QUITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO DA AUTORA. DESIGNAÇÃO DE NOVA AUDIÊNCIA. DESNECESSIDADE (...). O não comparecimento da autora à audiência de conciliação não acarreta a obrigatoriedade de designação de nova audiência, uma vez que é faculdade da parte a transação. A ausência da parte corresponde à falta de interesse na composição. Recurso não provido. AP 00029063420108260156, SP 0002906-34.2010.8.26.0156, Rel. José Malerbi, 35ª Câmara de Direito Privado, DJ 06/05/2013).
- 62 Em caso de litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes (§ 7º, art. 334, NCPC).
- 63 A regra, portanto, é que, havendo os requisitos legais, a audiência deve ocorrer. O STJ já decidiu, na vigência do atual art. 331 do CPC/73, que a não realização da audiência não importa em nulidade do processo quando as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a obtenção da conciliação. Nesse sentido, ver AgRg no AREsp 552564, SP 2014/0180441-4, Rel. Min. Moura Ribiero, 3ª T., DJe 12/05/2015.
- 64 CAMBLI, Eduardo. Audiência de conciliação e de mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al.) (Coord.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 884-885.
- 65 Confira., principalmente, a Seção V, “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, do Capítulo III, do Título IV do NCPC.
- 66 Athos Gusmão Carneiro, comentando o art. 331 do CPC/73, observa que as partes “(...) não estão obrigadas ao comparecimento, pois não está no CPC nenhuma *sanctio iuris* para os casos de inobservância da

- “determinação” contida nos arts. 331 (caso de audiência preliminar) e 447 (caso da audiência de instrução e julgamento”. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 53.
- 67 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 473.
- 68 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 473.
- 69 GRINOVER, Ada Pellegrini. Apresentação. In: CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2 ed., 2013, p. XIV.
- 70 SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 54.
- 71 SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 54.

PROCEDURAL RULE AND DEMOCRACY: THE ADVENT OF CONCILIATION AND MEDIATION HEARING, THE REALIZATION OF EQUIVALENT PROCEDURAL MEANS AND THE ACCESS TO THE JUDICIAL SYSTEM

ABSTRACT

Discuss the consensual means for resolution of conflicts, specifically the conciliation and the mediation. At first, it addresses the concerns whether these alternative means are compatible with democratic values, as they enable the litigants themselves as interpreters and law enforcers. Next, the Brazilian rules on conciliation and mediation, highlighting the main innovations introduced by the new Code of Civil Procedure (NCPC) are presented, especially in its concerns on hearing. Then, it is analyzed if these innovations mean an improvement in the access to the judicial system. Finally, it was reached the conclusion that the procedures of conciliation and mediation may provide direct participation of citizens in building justice and that the reform implemented by NCPC, regarding this matter, approaches the Brazilian civil procedural law to the contemporary concepts of democratic rule of law, and to the best practices on attaining solution for conflicts.

Keywords: Procedural law. Conciliation. Mediation. Democratic Procedure.

Submetido: 30 dez. 2015
Artigo convidado

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTE

Deborah Moretti*
Yvete Flavio da Costa**

Introdução. 1. Os direitos fundamentais dos contribuintes. 1.1 Princípio da legalidade. 1.2 Princípio da isonomia. 1.3 Princípio da irretroatividade tributária. 1.4 Princípio da capacidade contributiva. 1.5 Princípio da proibição ao confisco. 2. A natureza jurídica da relação tributária e a importância do processo coletivo na defesa dos contribuintes. 3. A (im)possibilidade da utilização da ação civil pública na defesa dos direitos fundamentais tributários. 4. A inconstitucionalidade da medida provisória 2180-35 de 2001. 5. A legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva, via ação civil pública, dos direitos fundamentais dos contribuintes; Conclusão; Referências.

RESUMO

Os direitos fundamentais tributários atuam como barreira de proteção ao arbítrio estatal, impondo limites à sua atuação tributante, e dignificando os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária. Tendo em vista o caráter fundamental desses direitos, e sua natureza individual homogênea, deveriam ser resguardados aos contribuintes meios de acesso coletivo ao Judiciário para a tutela desses direitos, o que traria maior efetividade à jurisdição. A ação civil pública, disciplinada pela Lei 7347/85 é uma das formas de defesa dos direitos difusos,

* Advogada. Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP. Bacharela em Direito pela UNESP. Possui pesquisa em andamento, na temática Direito tributário coletivo, além de participações em eventos. Endereço do currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9571577483589415>> email:deborahmoretti@gmail.com

** Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (1978), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e Pós-Doutoramento na Universidade de Coimbra - Portugal, sob supervisão do Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares; Atualmente é professora Assistente Doutora na Universidade Estadual Paulista - “Júlio de Mesquita Filho” UNESP - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Professora na Graduação e Pós-Graduação (mestrado) em regime de trabalho RDIDP, Líder do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil e Comparado, Coordenadora do Curso de Especialização Lato-Sensu em Direito Processual Contemporâneo 1ª Edição (2010-2011) e na 2ª Edição (2011-2012). Coordenadora do projeto de extensão universitária na FCHS -UNESP - Educação - Orientação nas Escolas contra a prática do Bullying, Coordenadora do projeto de Estágio na Justiça Federal - projeto convênio entre a Universidade Estadual Paulista - UNESP - campus de Franca e o Tribunal de justiça Federal de São Paulo”. Endereço do currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0704127794367962>> email: yvetecosta@gmail.com

coletivos e individuais homogêneos possibilitada aos lesados por ações ou omissões, públicas ou privadas, que ultrapassam a dimensão da esfera individual. Ou seja, esse instrumento processual permite a tutela daqueles atos que atentam contra o pleno exercício de direitos transindividuais. No entanto, a Medida Provisória 2180-35, de 2001, acrescentou o parágrafo único no artigo 1º da mencionada lei, aduzindo que não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Essa medida provisória é maculada por nítida inconstitucionalidade, e serve tão somente para limitar o acesso à justiça daqueles que se viram prejudicados pelo arbítrio estatal em sua ânsia arrecadatória. Com isso em mente, o presente artigo tem por escopo analisar a possibilidade do instituto da ação civil pública em matéria tributária como forma de acesso à justiça e de defesa dos direitos fundamentais dos contribuintes que são lesados coletivamente pelo Estado.

Palavras chave: Ação Civil Pública. Direitos fundamentais dos contribuintes. Acesso à justiça. Direito tributário.

INTRODUÇÃO

A problemática principal do presente trabalho se pauta na discussão acerca da possibilidade de existência de ação civil pública para a tutela dos direitos dos contribuintes, defendendo-se, especialmente, a legitimidade do Ministério Público para tanto, apesar de proibição legal e entendimento majoritário jurisprudencial nesse sentido. Serão expostos argumentos no sentido de demonstrar como essa proibição se mostra ilógica em relação ao sistema de proteção às demandas coletivas, já que tem por base norma inconstitucional, qual seja, a Medida Provisória 2180-35, de 2001, que aduz não ser cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

A importância de enfrentar esse paradigma, de tentar quebrá-lo, é decorrente do fato dele implicar na limitação do acesso à justiça que essa norma introduz a uma classe determinada de sujeitos, quais sejam, os contribuintes.

Os ganhos trazidos por essa discussão para a sociedade ou para a comunidade acadêmica são a exposição de um ponto de vista mais justo aos direitos daqueles que tem o acesso à justiça mitigado.

O objetivo central da presente pesquisa é o de demonstrar que uma eficaz via de acesso coletivo ao Judiciário tem sido limitada desarrazoada-

mente, já que calcada numa normatização de cunho inconstitucional. Ou seja, que a proteção judicial aos direitos fundamentais dos contribuintes, de forma coletiva, foi mitigada por uma Medida Provisória inconstitucional, e que apesar de atentatória e limitativa do acesso à justiça, é corroborada pelo entendimento jurisprudencial.

Os objetivos específicos são os de analisar, de forma pormenorizada sucinta, os direitos fundamentais dos contribuintes contidos na Constituição Federal; contextualizar a tutela desses direitos para a existência de uma tributação justa; debater acerca de como a violação a esses direitos ultrapassam a esfera meramente individual, face à natureza da obrigação tributária, que atinge todos aqueles que se encaixam na descrição normativa da hipótese de incidência; discutir sobre a possibilidade de existência de ação civil pública para defesa desses direitos, face à natureza deles, apesar de dispositivo legal e entendimento jurisprudencial contrários; expor o entendimento majoritário da doutrina que entende ser possível o uso da ação civil pública para a defesa desses valores fundamentais; analisar como essa limitação ao uso da ACP configura limitação do acesso à justiça para os contribuintes que sofreram violações em sua esfera de direitos; discutir a inconstitucionalidade da Medida Provisória 2180-35, de 2001, que inseriu o parágrafo único no artigo 1º da Lei 7347/85; discutir a importância do processo coletivo na efetivação do direito do acesso à justiça;

Justifica-se, assim, a escolha do tema, pela importância da efetivação e observância dos direitos dos contribuintes para uma tributação justa, devendo então a sistemática jurisdicional proporcionar todos os meios possíveis para a tutela desses direitos, garantindo o real acesso à justiça para os contribuintes.

A garantia da cientificidade da pesquisa está diretamente relacionada à determinação dos métodos de estudos, assim como dos materiais que serviram de marco teórico para a realização do trabalho de investigação. Neste ponto, serão expostos os principais métodos e materiais que irão ser utilizados no estudo teórico em voga, sem prejuízo outros que porventura venham a ser utilizados ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

Tendo em vista o caráter teórico da pesquisa a ser realizada, o material preponderantemente utilizado será o bibliográfico. Assim, ao longo do desenvolvimento da pesquisa, foram utilizados livros que enfoquem os aspectos teóricos do tema.

Por se tratar de pesquisa de assunto que não é pacífico, já que a doutrina majoritária entende pela possibilidade da ação civil pública ser utilizada para defender os direitos dos contribuintes, enquanto os tribunais refutam essa tese, foram utilizados livros que tratem do assunto, e que exponham os argumentos a favor, como os contrários, que foram expostos ao longo do trabalho. Teve também amplo espaço no trabalho a utilização de artigos científicos que também debatam o aqui em voga, face a interdisciplinariedade do tema em estudo.

Ademais, face a interdisciplinaridade do assunto, não foram somente utilizados materiais que tratem acerca do direito tributário tão somente, se pautando

a pesquisa no estudo do direito processual individual e coletivo, além do direito constitucional, nos temas atinentes ao aqui em análise.

De forma a possibilitar o aprofundamento temático do assunto, pretende-se empregar os métodos lógico-dedutivo, já que a pesquisa terá por base a comparação dos diferentes entendimentos sobre o tema, de forma a demonstrar qual seria o mais benéfico ao contribuinte.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTE

Os direitos fundamentais, em virtude de sua natureza atinente à condição humana, são valores universais, antecedendo até mesmo, todas as formas de organização política. Por conta disso, sua proteção não se esgota na ação do Estado. São universais e absolutos, pois são determinados pela razão, a partir de princípios como a liberdade e a dignidade de todo ser humano, ou seja, devem ter observância garantida a todos, sem quaisquer distinções.

Em virtude dessa premissa, os direitos fundamentais formam o cerne mais valioso dentre os direitos previstos, pois tutelam valores que, estando umbilicalmente ligados à proteção individual, se relacionam diretamente à vida, à liberdade, à igualdade, com todos os desdobramentos atinentes a essa proteção.

Bonavides acredita que os direitos fundamentais são os do ser humano que as Constituições positivaram, recebendo nível mais elevado de garantias ou segurança. Cada Estado, pois, tem seus direitos fundamentais específicos. O autor ainda acrescenta que os direitos fundamentais estão vinculados aos valores de liberdade e dignidade humana, levando-nos, assim, ao “significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”.¹

Dentre os direitos fundamentais, ou seja, aqueles inerentes à condição de pessoa humana, se encontram os direitos e garantias dos contribuintes. Esses direitos atuam como barreira de proteção ao arbítrio estatal, impondo limites à sua atuação tributante, e dignificando os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária.

Em virtude da existência dessas garantias institucionais, a Administração Tributária, assim como os legisladores, seja na esfera federal, estadual ou municipal, ao fazerem uso de suas competências tributárias, estão obrigados a respeitar os direitos e garantias individuais, de forma que o contribuinte tenha o direito de, ainda que tributado pela pessoa política competente, ter respeitado seus direitos públicos subjetivos, constitucionalmente garantidos.²

A interpretação e implementação dos direitos fundamentais estariam, em geral, a cargo dos sistemas políticos nacionais.³ Ou seja, a proteção e promoção dos direitos fundamentais no foro doméstico deveria se dar como resultado da atividade do Estado social e democrático de direito.

Ademais, a proteção dos direitos fundamentais pelo Estado seria decorrência do pacto constitucional, pois eles são a expressão daquelas condições essenciais para o funcionamento de um Estado democrático de direito. Seriam, assim, fundamentais, no sentido de que, a violação daquelas seria, por si mesma, sinal da ausência estatal⁴, já que os estados são os atores determinantes na efetivação ou não dos direitos humanos. Ou seja, a efetividade dos direitos humanos é dependente de vontade estatal nesse sentido, e da ausência de violação destes pelos detentores do poder.

À Ordem política é atribuída a responsabilidade de reconhecer/proteger/promover os direitos fundamentais. Percebe-se que essa proteção é decorrente de um procedimento contínuo, ou seja, não basta apenas reconhecer esses direitos, mas deve-se também proteger e promover a sua real efetivação, já que a ausência dela pode dar origem a graves violações.

Para tornar efetivos os direitos fundamentais, o Estado é sempre chamado a agir de alguma forma. Não existe uma suposição de que seja possível assegurar direitos humanos sem algum tipo de institucionalização que passe pelos mecanismos conhecidos do Estado.⁵

As previsões constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico e o direito processual assegura o exercício das funções estatais, conferindo efetividade às garantias constitucionais. O acesso à justiça, enquanto garantia constitucional, implica no atendimento processual dos cidadãos em juízo, e esse atendimento é fulcrado na proteção aos direitos fundamentais. Não há como afastar o seu entendimento da ideia de Constituição. A Constituição Federal Brasileira de 1988, entre todas, foi a que mais se preocupou com a defesa dos cidadãos em juízo, tanto individualmente como de forma coletiva, estabelecendo princípios fundamentais para um processo justo (considerado aqui como aquele que pretende assegurar o bem da vida a quem de direito, utilizando-se dos mecanismos mais adequados). Neste sentido, o acesso à justiça não deve ser, tão somente, quantitativo, mas qualitativo, não podendo afastar-se das regras constitucionais, cuja maior função é proteger as garantias dos cidadãos, coletiva e individualmente.⁶

O conjunto de direitos e garantias dos indivíduos diante da instituição, arrecadação e fiscalização de tributos é constitucionalmente estabelecido e forma o que a doutrina denomina de “estatuto do contribuinte”. O estatuto do contribuinte exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a ideia de Estado de Direito. Às várias possibilidades de atuação da Fazenda Pública há de corresponder a garantia dos direitos individuais fundamentais de cada contribuinte. Quanto mais gravosa a intervenção tributária, tanto mais cuidadosamente deverá ser protegida a esfera de interesses dos indivíduos.⁷

Os direitos fundamentais tributários vem positivados, na Constituição Federal, a partir do artigo 150, sem excluir aqueles previstos no artigo 5º. Eles estão previstos como limitações constitucionais ao poder de tributar.

No Brasil, o reconhecimento em caráter específico dos direitos dos contribuintes como fundamentais possui algumas peculiaridades. Primeiramente,

dada a previsão do princípio da legalidade e da anterioridade entre os direitos individuais na Constituição de 1967, com a Emenda de 1969 (art. 153, § 29) que, como norte de interpretação histórica, revela uma orientação do sistema positivo que, face ao nível ampliado de proteção da Constituição vigente, não tenderia a enfraquecer, mas sim em consolidar e ampliar o teor de segurança jurídica para as relações tributárias entre Estado e contribuintes. Em segundo lugar, pela força emanada de decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal que enquadrou o princípio da anterioridade dentro da categoria dos direitos fundamentais (ADI nº 939-7), justificando a inclusão no art. 5º, § 2º, com ofensa ao art. 60, § 4º, todos da Constituição Federal, o que importa na utilização do conceito de direitos fundamentais no sentido material, ou seja, de uma concepção que reconhece como fundamentais direitos constantes em outros pontos da Constituição, para além do rol do art. 5º.⁸

Como decorrência de um conceito material de direitos fundamentais, os direitos dos contribuintes constantes do lado de fora do catálogo (arts. 150 a 152, da CF), por força da cláusula de abertura contida no § 2º do art. 5º, que não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados, passam a integrar a categoria dos direitos fundamentais. Assim, defendemos uma classificação dos direitos fundamentais dos contribuintes embasada no art. 5º da Constituição Federal que ressalta como objeto de proteção o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade⁹. De forma a contextualizar-se o objeto de estudo aqui investigado, passa-se à análise sucinta de cada um dos direitos fundamentais tributários.

1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade na esfera tributária vem previsto no artigo 150, I da Norma Fundamental, e proíbe que seja exigido ou aumentado tributo sem lei que assim o estabeleça. Esse dogma fundamental também vem previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional¹⁰ e significa pressuposto de observância obrigatória, tanto pelo legislador positivo, como pelo ente que realiza a arrecadação e fiscalização do tributo. Decorrência direta desse princípio, é a existência do postulado da tipicidade cerrada. Em virtude dele, todos os aspectos de incidência tributária (regra matriz) devem estar descritas na lei de forma determinada ou determinável, de forma a conferir segurança jurídica na tributação.

A regra matriz de incidência é composta pelo aspecto material, aspecto espacial, aspecto temporal, aspecto pessoal e aspecto quantitativo. O aspecto material consiste na descrição legal do fato típico tributário, e é consubstanciada pela previsão, na lei do verbo e complemento que identifica a conduta a ser tributada. O aspecto espacial consiste no local de ocorrência do fato gerador, e é importante para a definição da competência tributária, da capacidade ativa tributária, e do domicílio tributário, quando este não é eleito pelo contribuinte. Já o aspecto temporal configura o momento da ocorrência do fato gerador. O aspecto pessoal define quem será colocado no polo passivo da relação jurídico

tributária, ou seja, quem sofrerá a constrição patrimonial decorrente da obrigação tributária. Por fim, o aspecto quantitativo determina o valor que será destinado aos cofres públicos, e consiste na alíquota e na base de cálculo.

Cabe ressaltar que os aspectos material, espacial e temporal são antecedentes normativos, ou seja, apesar de, necessariamente, deverem vir previstos em lei, sua existência não é dependente da configuração do fato gerador. Já os aspectos pessoal e quantitativo, dependem da ocorrência do fato gerador para sua determinação, consubstanciando o conseqüente normativo.

1.2 Princípio da isonomia

O princípio fundamental da isonomia vem previsto no artigo 150, II da Constituição Federal, e é corolário da igualdade prevista no artigo 5º do referido diploma, e impõe que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

1.3 Princípio da irretroatividade tributária

O princípio da irretroatividade tributária, previsto no artigo 150, III, a, da Constituição Federal comina que a lei a ser aplicada é aquela vigente a época do fato gerador. O parágrafo 1º do artigo 144 do Código Tributário. Assim, quando ocorre violação desse artigo que não se encontre configurada nas exceções previstas legalmente, restará configurada conduta arbitrária por parte do ente estatal competente para a instituição do tributo, ensejando a reparação jurídica ou administrativa.¹¹

1.4 Princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva, previsto no parágrafo 1º do artigo 145 da Constituição Federal aduz que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Assim, o critério da seletividade é uma das técnicas de tributação expressamente previstas na CF/88 para a concretização do princípio da capacidade contributiva. Outro instrumento para a consecução desse princípio é a progressividade tributária, por meio do qual, a partir do momento em que ocorre o aumento da base de cálculo de um determinado tributo, ocorre o aumento na alíquota deste.

1.5 Princípio da proibição ao confisco

Como outra garantia fundamental disposta ao contribuinte, encontra-se o princípio da proibição do confisco, previsto no artigo 150, IV da Constituição Federal. Por meio deste, ficam vedadas tributações excessivas que acarretem a

inviabilidade econômica do contribuinte. Assim, a tributação deverá observar parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade.

2 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA E A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO COLETIVO NA DEFESA DOS CONTRIBUÍNTES

O que se tentou provar a partir da análise desses institutos é que sempre que um desses princípios fundamentais não é observado na instituição de um tributo, ou mesmo em sua fiscalização ou arrecadação, não será tão somente um indivíduo quem sofrerá com a mitigação de seus direitos fundamentais, já que a obrigação tributária deve ser adimplida por todos aqueles que se encontram na situação descrita na hipótese de incidência.

Ocorre que, pela natureza da relação jurídico tributária, que atinge não tão somente um indivíduo, mas o conjunto daqueles que se encaixam na hipótese de incidência descrita no fato gerador, quando uma norma que imponha uma obrigação tributária nasça eivada de vício, que atente contra um direito fundamental do contribuinte, refletirá não somente na esfera jurídica tão somente de um indivíduo, mas de todos que se enquadram naquela situação. Dessa forma, para não se congestionar o já tão saturado Judiciário brasileiro, deveriam ser previstos mecanismos processuais que defendessem esses direitos fundamentais de forma coletiva.

Assim, na relação jurídico tributária, ocorre, notadamente, uma transmutação dos interesses que, num primeiro momento, tem cunho individual, para a esfera coletiva, face a natureza cogente e imperativa da obrigação tributária, que não atinge tão somente uma determinada pessoa. Por isso, devem ser previstas formas procedimentais que permitam um engajamento garantista coletivo na proteção desses direitos no âmbito do Judiciário.

Ao se cogitar acerca possibilidade de proteção coletiva em matéria tributária, deve-se levar em consideração, necessariamente, dois conceitos: o de obrigação tributária principal e o de direito individual de origem homogênea, cuja tutela pertence ao Ministério Público.¹²

A obrigação tributária constitui a própria relação jurídica, consubstanciada entre o Ente Político (credor, sujeito ativo) e o contribuinte (devedor, sujeito passivo). Ou seja:

[...] é a relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, não fazer ou tolerar algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e o Estado tem o direito de constituir contra o particular um crédito.¹³

Pode-se afirmar que a obrigação tributária é de natureza pública e calca da no princípio da legalidade tributária, ou seja, tem origem, necessariamente,

na lei. Nos dizeres de Marcio Cesar Costa, “a obrigação tributária consiste no vínculo jurídico estabelecido entre um sujeito passivo e um sujeito ativo - sendo que o primeiro ficará obrigado a realizar uma prestação ao segundo”¹⁴

No diploma tributário nacional em vigor (Lei 5.172/66), a obrigação tributária é disciplinada em seu artigo 113 §§ 1º a 3º¹⁵. Para se entender por completo tal instituto, deve ser apreciado também o elemento objetivo da relação obrigacional, qual seja, a prestação econômica, positiva ou negativa, que no Direito Tributário se divide em obrigação acessória e obrigação principal.

A obrigação principal se configura na obrigação jurídica de implemento da obrigação tributária trazida pelo tributo ou penalidade pecuniária, conforme disciplinado no §1º do art. 113.

Essa modalidade obrigacional se sucede a partir da ocorrência do fato tipificado pela lei em sentido estrito, a qual, ao conter todos os elementos necessários a sua regular constituição, tem o condão de fazer surgir o dever legal do pagamento do tributo por parte do contribuinte. É o que se entende da exegese literal do artigo 114 do Código Tributário Nacional (CTN), nos termos do qual, fato gerador da obrigação principal corresponde a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

A obrigação tributária é obrigação *ex lege*, ou seja, calcada em lei. Essa derivação direta da lei é importante dado inicial a ser levado em conta na análise sobre a possibilidade de ação civil pública em matéria tributária.¹⁶

Direito individual homogêneo, por sua vez, conforme será melhor explorado posteriormente, são aqueles decorrentes de origem comum, que advêm da própria lesão, ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não se mostra necessário, contudo, que esse fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais.¹⁷

Em outras palavras, os direitos individuais de origem homogênea traduzem direitos supraindividuais, mas essa supraindividualidade não é intrínseca a esses direitos, constituindo, então, direitos individuais e disponíveis. Embora disponíveis, são direitos tuteláveis mediante ação civil pública, dentre outros instrumentos de acesso coletivo à justiça.¹⁸

As leis que tutelam essa espécie de direitos recomendam a eles um tratamento de forma coletiva, por razões de segurança jurídica, quais sejam, previsibilidade das consequências de uma dada conduta e impedimento da proliferação de decisões conflitantes. Isso porque, se cada lesado for buscar a tutela de seu direito, que é exatamente igual à de outro indivíduo, atingido pela mesma situação fática, existirá uma imensa multiplicidade de ações idênticas, com grande probabilidade de proliferação de decisões diferentes.¹⁹

O tratamento coletivo a direitos individuais e disponíveis, desde que tenham origem homogênea, é questão de interesse público, denotado pelo

caráter eminentemente público da relação jurídico tributária, que tem como sujeito ativo um ente político. É por isso que esses direitos, não obstante individuais e disponíveis, são passíveis de tutela mediante ação civil pública e, portanto, o Ministério Público tem legitimidade para defendê-los.²⁰

Associadas as duas ideias preliminares – a de obrigação tributária *ex lege* e a do princípio da generalidade da tributação – e considerados os direitos individuais de origem comum, exsurge, com clareza, que relações obrigacionais tributárias vão gerar, com frequência, direitos individuais de origem homogênea. Se, por exemplo, há a exigência de tributo e se a impugnação que se faz é a de que a lei que o institui não observa princípios constitucionais, como tal relação reveste-se de natureza *ex lege* e como há o atributo da generalidade da tributação, o vício legal existente atingirá múltiplas relações jurídicas idênticas.²¹

Assim, o acesso à justiça possibilitado por meio do processo coletivo se mostra fundamental na defesa desses direitos, pois a esmagadora maioria dos contribuintes lesados não vão tentar, individualmente, procurar o ressarcimento daquilo que foi pago indevidamente, ou, igualmente, procurar algum meio (no Judiciário) de não pagar o valor que está sendo cobrado, e ele entende ser indevido, tanto por inconstitucionalidade, ou por apenas ilegalidade.²² Isso porque as tutelas coletivas foram criadas para que haja uma maior proteção da coletividade. Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito faz-se mister a existência e possibilidade de meios apropriados e adequados na defesa dos cidadãos.²³

Torna-se necessário, então, aparelhar a sociedade com instrumentos mais adequados para a tutela dos direitos individuais que, tendo uma mesma origem e semelhança, seriam mais bem tutelados se o fossem coletivamente, na busca da celeridade e economia processuais, sem perder de vista a segurança jurídica dos jurisdicionados.²⁴

3 A (IM)POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRIBUTÁRIOS

Um desses remédios que poderiam ser utilizados para a proteção coletiva dos direitos fundamentais individuais dos contribuintes é a ação civil pública, que constitui um instrumento constitucional que visa a tutelar direitos coletivos *lato sensu*, e tem por finalidade a tutela coletiva do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e que teve origem, no Brasil, com a promulgação da Lei 7.347/85. Trata-se, assim, de uma ação coletiva, que por meio do processo coletivo, tem por escopo a defesa dos direitos transindividuais em sentido amplo.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, esse instrumento processual ganhou maior projeção dentro do ordenamento jurídico brasileiro, já que seu art. 129, III dispõe que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para

a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A ação civil pública pode então ser entendida como um mecanismo processual que pode ser acionado pelas pessoas e entes expressamente elencados pela Lei n.º 7.347/85, visando à proteção de interesses grupais (ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos), seja porque a tutela jurisdicional individual seria (quase) impossível, seja porque ela seria antieconômica e menos eficaz.²⁵

Esse remédio processual tem por fim proteger o interesse transindividual da coletividade, aquele que não está restrito a esfera individual. No âmbito da proteção ao meio ambiente, ao consumidor, infância e juventude, urbanismo, pessoa portadora de deficiência, dentre muitos outros temas, a ação civil pública ganhou destaque como inovador e eficiente instrumento de tutela jurisdicional de direitos e interesses metaindividuais, sendo hoje largamente utilizada²⁶ para tutelar aqueles direitos que escapam à esfera individual.

Nesta seção do presente trabalho, cabe realizar a diferenciação entre os direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Nos dizeres de Didier e Zaneti Júnior:

Denominam-se *direitos coletivos lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses *essencialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos *acidentalmente* coletivos (individuais homogêneos).²⁷

Já os interesses ou direitos difusos são aqueles direitos que apresentam indivisibilidade, ou seja, é impossível satisfazer seus titulares de forma individual, pois estes são indeterminados. São aqueles direitos transindividuais, de que são titulares pessoas ligadas por circunstâncias de fato. Assim, o objeto desses direitos são indivisíveis, e seus titulares não podem ser determinados, estando vinculados por situações fáticas, e não jurídicas.

Justamente no aspecto origem é que reside a diferença básica entre os direitos ou interesses difusos e os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito. Nos direitos ou interesses difusos não existe prévia relação jurídica base, pois as pessoas estão ligadas por meras circunstâncias fáticas, ao passo que nos coletivos é fundamental a existência de prévia relação jurídica base entre os membros da categoria, classe ou grupo de pessoas ou entre essas pessoas e a parte contrária.²⁸

Esses direitos são indetermináveis, tendo em vista que não é possível mensurar quantas e quais pessoas efetivamente foram atingidas pela situação de fato que ensejou o dano sofrido.²⁹

Essa “indeterminação de sujeitos” deriva, em boa parte, do fato de que não há um vínculo jurídico coalizador dos sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam *ocasionalmente*, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza etc. [...] Quer dizer, se o *interesse* é sempre uma relação entre uma pessoa e um bem (*quod inter est*), no caso dos interesses difusos essa relação é *super* ou *metaindividual*, isto é, ela se estabelece entre uma certa coletividade, como sujeito, e um dado bem de vida “difuso”, como objeto.³⁰

Os direitos coletivos *lato sensu*, assim como os direitos ou interesses difusos, também tem natureza indivisível, mas tem como titulares uma categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, que envolve sujeitos determinados ou determináveis. Assim, essa categoria de direitos apresenta indivisibilidade de objeto, mas nele existe a possibilidade de determinação de seus sujeitos, que se encontram ligados por um vínculo jurídico. “O traço característico e distintivo dessa modalidade de interesses é a ‘organização’, uma vez que, se não organizados, não ocorre a coletivização e a aglutinação em torno de interesses comuns.”³¹

Nessa categoria de direitos:

[...] se a sentença não puder ser tal que beneficie um membro da classe e ao mesmo tempo não beneficie outro membro da mesma classe, indivisível será o direito. Por outras palavras, se algum membro da classe puder pleitear para si certo bem jurídico sem que o sucesso de seu pleito aproveite aos outros membros da classe, não haverá indivisibilidade [...]³²

Os direitos individuais homogêneos são os direitos de natureza individual e divisível, decorrentes de origem comum, e que tem como titulares pessoas determinadas ou determináveis.

Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre as integrantes do grupo). [...] nos interesses individuais homogêneos, há sim uma origem comum para a lesão, fundada tanto numa situação de fato compartilhada pelos integrantes do grupo, como numa mesma relação jurídica que a todos envolva, mas, o que lhes dá a nota característica e inconfundível é que o proveito pretendido pelos integrantes do grupo é perfeitamente divisível entre os lesados.³³

Referidos direitos, apesar de individuais, tem como situação originária o mesmo fato ou relação jurídica, o que justifica sua tutela coletiva, facilitando

o acesso à Justiça e dando uma maior relevância jurídica ao dano sofrido pelos indivíduos.³⁴ O que ocorre é uma diferença essencial quanto à forma de tutela, de maneira que, para aqueles direitos que antes eram defendidos apenas por instrumentos do processo civil tradicional, abre-se a possibilidade de defesa através de um processo coletivo, com vistas à facilitação do acesso à justiça. Fica evidente que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos não é uma imposição da natureza dos mesmos, mas uma forma de tutela mais adequada e eficaz.

A tutela coletiva do tema possibilita também uma melhor percepção da dimensão do dano provocado, o que não seria verificado caso os direitos fossem tutelados individualmente. É nesse rol que se encaixam os direitos dos contribuintes, pois, apesar de individuais, detêm origem homogênea, qual seja, a arbitrariedade do poder público que deu origem a violação de algum princípio constitucional.

Apesar disso, os direitos e garantias dos contribuintes, mesmo que incluídos na classe dos metaindividuais (individuais homogêneos) já que atingem a esfera jurídica de mais de uma pessoa, e tem origem comum, não recebem a necessária proteção por meio da ação civil pública, isto porque, com base no disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei da ACP, que aduz não ser cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, foi construído um entendimento jurisprudencial que não permite o alcance da tutela visada pela ACP a esses direitos.

No entanto, a doutrina especializada no tema prevê a possibilidade de utilização desse instituto para defender os direitos fundamentais dos contribuintes, naquelas relações em que os direitos escapam à esfera do individualismo, face à natureza coletiva da obrigação tributária, que atinge a todos que se encaixem na hipótese de incidência, já que essa majoritária posição jurisprudencial não encontra guarida na Constituição Federal, que contemplou a ação civil pública como meio de defesa de qualquer interesse difuso e coletivo (art. 129, inciso III), de forma que existe a necessidade de urgente revisão de tal posição, especialmente em nossos tribunais superiores.³⁵

E esse entendimento é fulcrado, notadamente, na inconstitucionalidade da Medida Provisória 2180-35 de 2001, que inseriu a proibição legal, assim como na legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos em juízo.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA 2180-35 DE 2001

Instrumento normativo que teve origem com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Medida Provisória assumiu função de extrema relevância no ordenamento jurídico do país ao longo dos últimos anos. A prodigalidade do Poder Executivo em editar Medidas Provisórias, que muitas vezes não observava

os requisitos constitucionais – e nisto contando com o beneplácito do Poder Judiciário - transmudou tal instrumento em veículo de comandos normativos os mais variados, editados pelo Chefe do Poder Executivo, em explícita usurpação de competência imanente ao Congresso Nacional. Essa prática se afigura ainda mais nefasta quando se utiliza a Medida Provisória para suprimir direitos e garantias dos cidadãos, ou para modificar matéria privativa de lei complementar. É a hipótese da Medida Provisória nº 1.984-18, que submetida a repetidas reedições, corresponde atualmente à Medida Provisória nº 2.180-35.³⁶

A Medida Provisória 2180-35 de 2001, que ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, serviu para restringir a utilidade desse instrumento é eivada de nítida inconstitucionalidade, e acaba por restringir o acesso à justiça por parte daqueles que tem sua esfera de direitos fundamentais lesada. Isso porque ela é contrária ao disposto no artigo 62 da Constituição Federal de 1988, que disciplina ser vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria direito penal, processual penal e processual civil. Tendo em vista que a Lei de Ação Civil Pública traz normas sobre o direito processual civil coletivo, esta medida provisória apresenta legítima afronta ao texto maior.

Assim, mostra-se de controvertida constitucionalidade a referida Medida Provisória, que cuida de suprimir dos cidadãos o direito de serem defendidos por órgãos e entidades dotados de estrutura adequada e especializada, que suprirão as deficiências econômicas e de instrução dos contribuintes lesados. A estes vale estender, por analogia, o predicado da hipossuficiência reconhecida aos consumidores, representando os contribuintes a “*parte mais fraca*” da relação jurídica estabelecida com o Poder Público, fazendo jus ao direito de serem assistidos e verem seus interesses tutelados pelo Ministério Público e associações, através de instrumentos processuais eficazes, como meio de reequilibrar o embate de forças com o sujeito ativo da relação tributária³⁷.

5 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA COLETIVA, VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTES

Assim, apesar da existência dessa Medida Provisória, que limitou o âmbito de incidência da proteção visada pela ação civil pública, muitas vezes o Ministério Público, ao se deparar com situações em que os direitos coletivos dos contribuintes são violados, utiliza esse remédio processual para a tutela de direitos de cunho notadamente coletivo, mas é rechaçado pelos tribunais, que, levando em consideração a previsão legal, afastam qualquer tentativa do *parquet* nesse sentido.

A legitimidade para a propositura da ação civil pública vem disciplinada no artigo 5º da Lei 7347/85³⁸, sendo também prevista no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor³⁹.

A legitimidade ativa é concorrente, já que sua propositura pode ser atribuída a diversos agentes previstos em lei, e disjuntiva, já que quaisquer dos

legitimados podem vir a atuar efetivamente em juízo. No que concerne à legitimidade passiva, podem ser réus da ação civil pública tanto pessoas e órgãos da Administração Pública, como pessoas físicas e jurídicas particulares. Para isso, basta que realizem ato nocivo ou potencialmente prejudicial a um interesse difuso ou coletivo tutelado pela ação civil pública.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública que vise defender os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Entretanto, o *parquet* somente terá representatividade adequada para propor a ACP se os direitos/interesses discutidos na ação estiverem relacionados com as suas atribuições constitucionais, que são previstas no art. 127 da CF que aduz que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em virtude disso, o entendimento majoritário jurisprudencial pátrio colaciona que, no caso dos direitos difusos e coletivos lato sensu, o MP sempre possui representatividade adequada, e sempre poderá propor ação civil pública em defesa dessas modalidades de direitos.

Ademais, deve-se levar em conta o disposto no artigo 5º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993⁴⁰, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União. Esse artigo cominou ao MPF o zelo pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte. Essa disposição legal serve então para a confirmar a premissa de que o MP deverá atuar como legitimado a resguardar a observância dos direitos fundamentais dos contribuintes, devendo ser previstos todos os meios processuais possíveis para que isso seja realizado, inclusive por meio da Ação Civil Pública.

No entanto, no caso dos direitos individuais homogêneos, o entendimento jurisprudencial atual defende que o Ministério Público somente terá legitimidade plena se esses direitos forem indisponíveis. Caso estes sejam disponíveis, o MP só terá legitimidade para ACP envolvendo direitos individuais homogêneos disponíveis se estes forem de interesse social (se houver relevância social), conforme se infere do julgado abaixo transcrito:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENE-
OS IDENTIFICÁVEIS E DIVISÍVEIS - AUSÊNCIA DE RELEVANTE
INTERESSE SOCIAL - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO
MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA - CARÊNCIA DECRE-
TADA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. O Minis-
tério Público não tem legitimidade para figurar no polo ativo de ação civil
pública na hipótese de direitos individuais homogêneos, identificáveis e
divisíveis, que devem ser postulados pelos seus próprios titulares. (TJ-SP
- APL: 9093966492009826 SP 909396649.2009.8.26.0000, Relator:
Renato Sartorelli, Data de Julgamento: 14/09/2011, 26ª Câmara de
Direito Privado, Data de Publicação: 19/09/2011)

E para os Tribunais pátrios, mesmo havendo interesse social relevante na defesa dos direitos fundamentais dos contribuintes por meio da ação civil pública, já que esses direitos são atinentes a condição de pessoa humana, previstos na Carta Magna, devendo ser resguardados de todas as formas cabíveis a disposição expressa legal contida na LACP, inserida por Medida Provisória inconstitucional, tem o condão de promover a ilegitimidade do *parquet* para defender esses interesses em juízo. Para comprovar essa assertiva, cabe fazer o uso de mais um julgado:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Ministério Público Federal. Matéria tributária. Ilegitimidade ativa. 1. Ampliação dos limites estabelecidos em lei para a dedução da base de cálculo do IRPF. Jurisprudência assente no sentido de que falece ao Ministério Público legitimidade processual para, em ação civil pública, deduzir pretensão relativa a matéria de natureza tributária. 2. Agravo regimental não provido. (STF - RE: 736365 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/10/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014)

Apesar dessas premissas acima aventadas, se defende a legitimidade do Ministério Público para atuar no polo ativo da ação civil pública para discutir matéria tributária quando esta abarca a coletividade, tendo em vista a natureza jurídica dos valores fundamentais envolvidos nessa discussão, com base, notadamente, no disposto no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, combinado com o artigo 129 da Constituição Federal.

Argumentos favoráveis à manutenção à limitação do alcance da ação civil pública à tutela dos direitos dos contribuintes:

Apesar da nítida inconstitucionalidade da MP 2180-35 de 2001, alguns doutrinadores sustentam que essa proibição encontra guarida na sistemática da lei da Ação Civil Pública.

No entendimento destes, o argumento da inadmissibilidade da propositura destas ações se assenta na absoluta ausência de previsão legislativa, na medida em que a Lei de Ação Civil Pública em momento algum autoriza uma interpretação ampliativa que legitime a propositura de ações civis coletivas de proteção de interesses disponíveis com origem comum. Também não há como se aceitar o argumento de que se trata de direito coletivo, uma vez que este tem uma natureza indivisível (CDC, art. 81, II).

Os direitos individuais homogêneos, ao contrário, podem ser individualmente reparados, de modo que são caracterizados pela divisibilidade. Não haveria, portanto, inconstitucionalidade, na medida em que o legislador apenas explicitou uma proibição que já fazia parte do próprio sistema, por razões de ordem prática.⁴¹

Este posicionamento mostra-se controvertido. Para boa parte da doutrina, o legislador, no Código de Defesa do Consumidor, não quis restringir a tutela coletiva acidental aos direitos consumeristas. Para discutir tal problemática é importante pontuar as razões de veto⁴² do artigo 89 do Projeto de Lei que deu origem

à Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, o reconhecido Código de Defesa do Consumidor, conforme exarado na Mensagem de Veto nº. 664, de mesma data.⁴³

O veto presidencial pontua que o CDC deve voltar-se às relações estritamente consumeristas, desprezando o microsistema da tutela coletiva e a vontade do legislador, que não quis fazer esta restrição, mas, em verdade, ampliar as situações fáticas que possam ser albergadas pela definição proposta no artigo 81, parágrafo único, III, conforme demonstrava o artigo 89, vetado. Conquanto tenha havido o referido veto presidencial, o espírito do legislador não pode ser esquecido. Ademais, essa justificativa se mostra incoerente, já que não havia limitação à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos antes de ter sido inserida na Lei 7.347/85 a disposição constante do seu artigo 1º, parágrafo único.⁴⁴

E não por coincidência, a alteração foi promovida no momento em que se multiplicavam valorosas iniciativas do Ministério Público e de associações civis representativas que, através de ações civis públicas, questionavam, com êxito junto ao Poder Judiciário, desmandos e arbitrariedades em matéria tributária. Ademais, o efeito *erga omnes* das decisões em ações civis públicas possibilitava a interrupção total e imediata do fluxo de recursos para os cofres públicos, oriundos de tributação ilegal impugnada nestas ações. Referidas intervenções, até então bem sucedidas, por óbvio, eram motivo de perturbação para um Poder Executivo habituado a promover exigências tributárias ilegais, combatidas por alguns poucos, sem reflexos significativos na arrecadação da exação.⁴⁵

A garantia de acesso à justiça por meio do processo coletivo, instrumentalizada pela ação civil pública, na esfera tributária, tem escopo fundamental, em virtude da ínfima parcela de jurisdicionados que recorre ao Poder Judiciário contra exigências desta natureza. Os altos custos do processo e sua morosidade, as despesas com advogado, aliados muitas vezes aos baixos valores despendidos individualmente pelos contribuintes a título daquele tributo, são todos fatores que concorrem para o desencorajamento do cidadão em submeter ao crivo do Poder Judiciário a lesão a seu direito,⁴⁶ que poderia ser tutelado na forma coletiva.

E isso denota como essa limitação do alcance da ação civil pública à tutela dos direitos dos contribuintes denota limitação do acesso à justiça por parte dos contribuintes, implicando em afronta ao direito fundamental previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, traduzindo exclusão da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito.

Infere-se, assim, que, apesar do entendimento majoritário da jurisprudência, que afasta o cabimento da ação civil pública na proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes, esse entendimento deve urgentemente ser revisto, no sentido de admitir a ação civil pública em matéria tributária, pois a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público a defesa dos interesses coletivos e sociais. Por isso, uma Medida Provisória não poderia restringir e conceituar o que vem a ser interesses coletivos, impedindo o acesso à justiça por parte dos contribuintes. Ademais, a Lei da ação civil pública e o Código de Defesa

do Consumidor constituem um microsistema que deve ser analisado e aplicado conjuntamente, e não isoladamente, tendo em vista o art. 21 da LACP e o art. 117 do CDC. Portanto, não há que se falar que não cabe ação civil pública na defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos que não sejam consumidores.⁴⁷

CONCLUSÃO

A par de todo o aqui analisado, conclui-se pela necessidade urgente da revisão do entendimento jurisprudencial que proíbe o acesso, com a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, já que originário de Medida Provisória claramente inconstitucional. Assim, a importância de enfrentar esse paradigma, é decorrente do fato de ele implicar na limitação do acesso à justiça que essa norma introduz a uma classe determinada de sujeitos, quais sejam, os contribuintes.

Da análise dos direitos fundamentais dos contribuintes, previstos a partir do artigo 150 da Constituição Federal, pode-se afirmar que os legisladores, seja na esfera federal, estadual ou municipal, ao fazer uso de suas competências tributárias, estão obrigados a respeitar os direitos e garantias individuais, de forma que o contribuinte tenha o direito de, ainda que tributado pela pessoa política competente, ter assegurados seus direitos públicos subjetivos, constitucionalmente garantidos.

O que se tentou provar a partir da análise dos direitos fundamentais realizada no trabalho é que sempre que um desses princípios fundamentais não é observado na instituição de um tributo, ou mesmo em sua fiscalização ou arrecadação, não será tão somente um indivíduo quem sofrerá com a mitigação de seus direitos fundamentais, já que a obrigação tributária deve ser adimplida por todos aqueles que se encontram na situação descrita na hipótese de incidência. Assim, devem ser proporcionados, na legislação brasileira, formas de defesa coletiva, de acesso coletivo ao Judiciário para proteção desses direitos.

A ação civil pública serviria perfeitamente para esse fim, se não fosse a proibição trazida pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei 7347/85, inserido pela Medida Provisória 2180-35 de 2001, que torna incabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Essa medida provisória se mostra eivada de nítida inconstitucionalidade, e acaba por restringir injustamente o acesso à justiça por parte daqueles que tem sua esfera de direitos fundamentais lesada. Isso porque ela é contrária ao disposto no artigo 62 da Constituição Federal de 1988, que disciplina ser vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria direito penal, processual penal e processual civil. Tendo em vista que a Lei de Ação Civil Pública traz normas sobre o direito processual civil coletivo, esta medida provisória apresenta legítima afronta ao texto maior.

Do todo até aqui exposto, percebe-se que o entendimento mais benéfico ao contribuinte é aquele que, pautado na origem individual homogênea dos direitos fundamentais tributários, que imprime ampla relevância social à defesa coletiva desses direitos, permite a utilização da ação civil pública para essa tutela, e entende como legitimado o Ministério Público. No entanto, para o revés do contribuinte, não é esse o entendimento dos tribunais pátrios, que, com base em uma disposição inconstitucional, preferem decidir com base na letra da lei, mesmo que esta represente nítida limitação do acesso à justiça para uma classe determinada de sujeitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

APPIO, Eduardo. **A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações Coletivas: A tutela dos Direitos Individuais Homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERALDO, Leonardo de Faria. A Ação Civil Pública em matéria tributária: legitimidade e aspectos polêmicos. **RKL Advocacia**. 15 jun. 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130420143546.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMPOS, Gabriel Gealh de. Violação dos direitos e garantias individuais do contribuinte na atividade fiscalizadora da administração tributária. **Revista de Direito Público**, Londrina, V. 4, n. 1, pp. 219-235, jan/abr. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. In: NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Camilo de Oliveira. **Acesso à justiça e tutela dos direitos individuais homogêneos: a inconstitucionalidade de parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública**. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional++UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional++UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf)>. Acesso em: 12 out. 2015.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça**: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público, Uma nova visão. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

COSTA, Marcio Cesar. **A responsabilidade Tributária de terceiros**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 136 f. Dissertação (mestrado em direito). Pontifícia Universidade Católica: 2012.

COSTA, Regina Helena da. Curso de **Direito Tributário**. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

DE LIMA, Manoel Cavalcante Neto. Direitos Fundamentais dos contribuintes como limitação ao poder de tributar. **Carta Forense**. São Paulo. 2014. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direitos-fundamentais-dos-contribuintes-como-limitacao-ao-poder-de-tributar/5650>>. Acesso em: 10 out. 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Editora Podivm, 2013, v. 4.

DINAMARCO, Pedro Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GEALH, Gabriel de Campos. Violação dos direitos e garantias individuais do contribuinte na atividade fiscalizadora da administração tributária. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 4, n. 1, p. 219-235, jan/abr. 2009, p. 48.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Das class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 352, p. 3-14, out/dez 2000.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KOERNER, Andrei. **Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos**. Lua Nova, São Paulo, n. 57, p. 87-111, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 26 jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452002000200005>>.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito tributário e financeiro**. São Paulo: Atlas, 2005.

MACIEL JÚNIOR, V. P. Teoria do direito coletivo : direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? In: **Revista trabalhista**: Direito e processo, v. 3, n. 9, p. 233-279, jan./mar. 2004, p. 250.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e Legitimação para Agir. 6.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINS, James. **Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário**. São Paulo: Dialética, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Inquérito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes; Wald, Arnaldo; Mendes, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: WALD, Arnaldo (Coord). **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade: Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. rev. atual. ampl. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 21.

NEVES, Raphael. Uma Comissão da Verdade no Brasil? Desafios e perspectivas para integrar direitos humanos e democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 86 p. 155-186, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452012000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 jun. 2015.

ROCHA, L. V. **Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, S. L. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Ação civil pública em matéria tributária, como instrumento de acesso à justiça. Conpedi. 15 de novembro de 2008. **Publicadireito.com.br** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f00ca20f88ef7d8e>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à Justiça e Responsabilidade Civil do Estado por sua denegação: Estudo Comparativo entre o Direito Brasileiro e o Direito Português. Tese de Pós-doutorado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2006.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Processo judicial tributário: medidas judiciais que o integram e a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública que tem por objeto o não-pagamento de um tributo. Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses Individuais Homogêneos e seus aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev.ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

- 1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514-518.
- 2 CAMPOS, Gabriel Gealh de. Violação dos direitos e garantias individuais do contribuinte na atividade fiscalizadora da administração tributária. **Revista de Direito Público**, Londrina, V. 4, n. 1, pp. 219-235, jan/abr. 2009.
- 3 KOERNER, Andrei. Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 87-111, 2002 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 26. jun. 2015.
- 4 Ibid.
- 5 NEVES, Raphael. Uma Comissão da Verdade no Brasil? Desafios e perspectivas para integrar direitos humanos e democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 86 p. 155-186, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452012000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- 6 CARVALHO, Camilo de Oliveira. **Acesso à justiça e tutela dos direitos individuais homogêneos: a inconstitucionalidade de paragrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública**. Disponível em <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf)>. Acesso em: 12 out. 2015.
- 7 GEALH, Gabriel de Campos. Violação dos direitos e garantias individuais do contribuinte na atividade fiscalizadora da administração tributária. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, n. 1, p. 219-235, jan/abr. 2009, p. 48.
- 8 DE LIMA, Manoel Cavalcante Neto. Direitos Fundamentais dos contribuintes como limitação ao poder de tributar. **Carta Forense**. São Paulo. 2014. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direitos-fundamentais-dos-contribuintes-como-limitacao-ao-poder-de-tributar/5650>>. Acesso em: 10 out. 2015.
- 9 Ibid.
- 10 Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I - a instituição de tributos, ou a sua extinção; II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.
- 11 Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.
- 12 COSTA, Regina Helena da. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.
- 13 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.
- 14 COSTA, Marcio Cesar. **A responsabilidade Tributária de terceiros**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 136 f. Dissertação (mestrado em direito). Pontifícia Universidade Católica: 2012. p. 16.
- 15 Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória. § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.
- 16 COSTA, Regina Helena da. op. cit., p. 402.
- 17 DIDIER JÚNIOR, F., ZANETI JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 81.
- 18 COSTA, Regina Helena da. op. cit., p. 403.
- 19 Ibid.

- 20 Ibid.
- 21 Ibid.
- 22 BERALDO, Leonardo de Faria. **A Ação Civil Pública em matéria tributária: legitimidade e aspectos polêmicos**. RKL Advocacia. 15 de junho de 2011. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130420143546.pdf> Acesso em 20 de outubro de 2015.
- 23 Ibid.
- 24 CARVALHO, Camilo de Oliveira. **Acesso à justiça e tutela dos direitos individuais homogêneos: a inconstitucionalidade de parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública**. Conpedi. 12 de junho de 2010. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf)>. Acesso em: 12 out. 2015.
- 25 DINAMARCO, Pedro Silva. **Ação Civil Pública**, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 16
- 26 SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **Ação civil pública em matéria tributária, como instrumento de acesso à justiça**. Conpedi. 15 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f00ca20f88ef7d8e>> Acesso em: 22 jun. 2014.
- 27 DIDIER JÚNIOR, F., ZANETI JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 73.
- 28 ALMEIDA, G. A. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva 2003, p. 488.
- 29 Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende regrear e proteger são indeterminados e indetermináveis. Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão-somente que se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarda porque atinge simultaneamente a todos. (NUNES, R. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. (coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 86).
- 30 MANCUSO, R. C. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: RT. 2004. p. 94-95
- 31 MACIEL JÚNIOR, V. P. Teoria do direito coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? In: **Revista trabalhista: direito e processo**, v. 3, n. 9, p. 233-279, jan./mar 2004, p. 250.
- 32 ROCHA, L. V. **Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.
- 33 MAZZILI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 54-55.
- 34 SILVA, S. L. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004, p. 48.
- 35 SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **Ação civil pública em matéria tributária, como instrumento de acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f00ca20f88ef7d8e>>. Acesso em: 22 jun. 2014.
- 36 BERALDO, Leonardo de Faria. op. cit.
- 37 Ibid.
- 38 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
- 39 Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.
- 40 Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do

poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte.

- 41 APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 75.
- 42 **EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL:** Tenho a honra de comunicar a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, resolvi vetar parcialmente o Projeto de Lei nº 97/89 (nº 3.683/89, na Câmara dos Deputados), que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Os dispositivos ora vetados, que considero contrários ao interesse público ou inconstitucionais, são os seguintes: [...] “Art. 89 - As normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente”. A extensão das normas específicas destinadas à proteção dos direitos do consumidor a outras situações excede dos objetivos propostos no código, alcançando outras relações jurídicas não identificadas precisamente e que reclamam regulação própria e adequada. Nos termos do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve o legislador limitar-se a elaborar Código de Defesa do Consumidor. [...]”
- 43 CARVALHO, Camilo de Oliveira. *Op cit.*.
- 44 BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. Cit.*
- 45 *Ibid.*
- 46 *Ibid.*
- 47 *Ibid.*

THE PUBLIC CIVIL SUIT IN FISCAL MATTERS AS AN INSTRUMENT OF ACCESS TO THE JUDICIAL SYSTEM AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF TAXPAYERS

ABSTRACT

The fundamental rights in fiscal matters work as a protective barrier against the state discretion. It imposes limits on taxing, and respect to the dignity of taxpayers. Given the nature of these rights, and their homogeneous character for individuals, taxpayers should have means of collective access to justice for the protection of these rights, which would turn the law more effective. The Public civil suit, disciplined by statute 7347/85, is one of the tools to defend the diffuse rights, hampered by public or private action or omission. However, the Provisional Measure 2180-35, 2001, added a single paragraph in Article 1 of that law, forbidding civil suits action on claims involving taxes, social security contributions, the Guarantee Fund for Employees or other institutional funds whose beneficiaries can be individually determined. This measure is clearly unconstitutional, because it serves to limit access to judicial system, of those who have been harmed by the eagerness of the state for increasing tax income. With that in mind, the scope of this article is to examine the possibility of the institution of civil action on tax

matters as a mean of access to judicial system to defend the fundamental rights of taxpayers who are collectively injured by the government.

Keywords: Civil Public Action. Fundamental Rights. Access to the judicial system. Fiscal limits.

Submetido: 24 nov. 2015
Aprovado: 19 jan. 2016

TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO COLETIVO: UM DIÁLOGO ENTRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO E A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA*

Elaine Harzheim Macedo**

1. Introdução: cidadania plural *versus* tempo no processo. 2. Conflito coletivo e processo coletivo: variações. 3. Mora processual e o esforço de sua superação. 4. Jurisdição definitiva e jurisdição provisória. 5. Momentos processuais das tutelas de urgência. 5.1. A antecipação incidental. 5.2 A antecipação em caráter antecedente. 5.3 A extinção do processo por opção do réu na tutela antecipada requerida em caráter antecedente: princípio da utilidade do processo. 5.4. A tutela cautelar antecedente e a tutela cautelar incidente. 6. Estabilização da tutela provisória antecedente. 7. Tutela de urgência e processo coletivo: diálogo das fontes. 8. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O processo coletivo é um espaço democrático de composição de conflitos que deve guardar aderência a tutelas distintas voltadas a uma cidadania plural ou coletiva, titular de interesses ou direitos difusos ou de direitos restritos a um determinado grupo. A exemplo do processo individual, também o tempo e a mora processual podem ser responsáveis pela inefetividade da prestação jurisdicional devida no processo coletivo, justificando que o regime da tutela provisória, contemplado no Código de Processo Civil de 2015, seja aplicado, no que couber, à demanda coletiva, dialogando com a Lei da Ação Civil Pública, atual matriz processual do processo coletivo brasileiro. Tanto a tutela antecipada incidental como a tutela cautelar, antecedente ou incidental, guardam aderência ao processo da Lei n. 7.347/85, porém isso não acontece com a figura da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, considerando os bens da vida tutelados na ação coletiva, que reclamam um pronunciamento definitivo. Também a previsão da responsabilidade objetiva no âmbito da tutela provisória, com a reparação dos prejuízos causados ao réu, é impertinente ao processo coletivo, devendo ser reservada sua incidência tão somente

* Revisão de português do presente artigo realizada pelo Departamento de Língua Portuguesa da UNICHRISTUS.

** Doutora e Mestre em Direito, Especialista em direito processual civil, Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à PUCRS. Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Presidente do IGADÉ - Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral. Advogada. E-mail: elaine@fhm.adv.br

nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, se reconhecida a má-fé no agir do ente coletivo.

Palavras-chave: Processo coletivo. Tutela provisória. Lei da Ação Civil Pública. Novo CPC.

1 INTRODUÇÃO: CIDADANIA PLURAL VERSUS TEMPO NO PROCESSO

O Direito está em crise. O próprio Estado de Direito está em crise. Os movimentos de reeleições, de reconstrução, de desvelamento de institutos atingem as nações e os ordenamentos jurídicos do planeta, praticamente podendo se afirmar que não há espaço que não esteja sendo objeto de debate, não só no âmbito jurídico, como na própria organização política e da sociedade como um todo.

O processo não está imune a essa crise. É nesse universo maior que se propõe a (re)discutir alguns institutos processuais, pois o processo, como produto cultural, está a exigir uma reordenação do pensamento jurídico.

Essa discussão pode tanto afetar o processo enquanto procedimento ou rito (estudo de suas fases); o processo enquanto agir de todos aqueles que nele intervêm (poderes, deveres e responsabilidades), como verdadeiros *agentes* – e não meros sujeitos, como a doutrina tradicional sempre tratou as partes, o juiz e quaisquer outros intervenientes da relação processual; o processo enquanto função da jurisdição e de seu produto maior, a prestação jurisdicional responsável pela composição do conflito (sentença e suas eficácias); e outros tantos vieses que o processo autoriza.

Neste trabalho, pretende-se abordar duas dessas importantes movimentações e o respectivo ponto de encontro: *a*) o processo coletivo, como espaço jurídico de construção do direito concreto ou, quiçá, como espaço capaz de tutelar a própria ordem jurídica, faceta que, tradicionalmente tem se reconhecido, insita o processo objetivo, mas que, em determinada dimensão, também, qualifica o processo coletivo, cuja principal marca se faz pela cidadania coletiva. A existência de sujeitos múltiplos nas variáveis fontes de coletivização de interesses ou direitos é determinante para a concepção do processo coletivo, o que inevitavelmente vai se refletir na prestação jurisdicional a que o Poder Judiciário está unido; *b*) ao falar em prestação jurisdicional, o problema se transmuda para outro foco de preocupação, o tempo no processo. Se já no processo subjetivo individual o tempo é uma batalha a ser vencida, por certo no processo que tutela os interesses ou direitos de uma cidadania coletiva, a batalha quase se torna a guerra. Vencer a mora processual encontra no Código de Processo Civil de 2015 uma (re)discussão dos paradigmas das tutelas de urgência e da tutela cautelar, ofertando-se como (parte da) solução a construção sistêmica de uma prestação jurisdicional provisória como alternativa a uma prestação jurisdicional definitiva.

Ainda que a (parcial) resposta legislativa ao problema da mora processual tenha sido construída para o processo subjetivo individual, sua transmudação

para o processo coletivo requer reflexão e crítica, tornando-se ponto de encontro a ser enfrentado neste trabalho.

2 CONFLITO COLETIVO E PROCESSO COLETIVO: VARIAÇÕES

Discussão da maior importância que se põe é o reconhecimento e a consequente distinção entre os diversos conflitos que envolvem a cidadania (individual ou coletiva), podendo-se classificar os conflitos, tendo por ângulo os sujeitos que integram tais conflitos e que carecem da intervenção do Poder Judiciário para ver tutelados os seus interesses, em três grandes grupos:

1. O **conflito individual subjetivo**, que já é do domínio – tanto quanto possível – da cultura jurídica, até porque as pessoas, desde sempre, relacionam-se entre si a partir dos mais diversos interesses, sobre eles controvertendo, a exigir a intervenção da ordem jurídica. Aqui, o Direito Processual goza de uma milenar tradição, irrelevante se o sistema jurídico adota orientação da *common law* ou da *civil law*.

2. O **conflito coletivo**, fenômeno que passou a afligir a sociedade a partir das novas ondas de direitos que a revolução industrial, a revolução do conhecimento, da ciência e da tecnologia passaram a produzir, levando os sistemas jurídicos à preocupação de incluir no rol de suas proteções e garantias os direitos coletivos, assim compreendidos como os direitos transindividuais e de natureza indivisível, podendo se caracterizar pela nota do **difuso** (pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato), estabelecendo uma relação metaindividual, ou pela característica de integrarem os respectivos titulares um **grupo**, ainda que indeterminado, ligados por circunstância de fato.

O conflito coletivo, nesse particular, aproxima as duas situações que subjetivamente se distinguem porque, no primeiro caso, a titularidade é absolutamente indeterminada, difusa, metaindividual, podendo estender-se inclusive no tempo, atingindo futuras gerações (caso do direito ambiental), enquanto que, no segundo, a titularidade define-se por um grupo determinado (classe, categoria, associação) havendo apenas uma relativa indeterminação quanto aos respectivos titulares.

3. O **conflito repetitivo**, muito afeito pela sociedade de consumo, que abrange fundamentalmente interesses ou direitos individuais homogêneos, assim os decorrentes de origem comum. Aqui, talvez, o maior dilema quando esse conflito é repassado para o processo. Primeiro, porque nem sempre o possível substituto processual a provocar a devida prestação jurisdicional é bem definido ou mesmo legitimado pelo ordenamento jurídico para atuar em juízo. No Brasil, por exemplo, discutiu-se muito se a Defensoria Pública, órgão público ligado ao Poder Executivo, estaria legitimada a promover ação civil pública em favor de um grupo de consumidores de determinado produto ou serviço, até que a legislação contemplou a hipótese. Por outro lado, tais tipos de conflitos ensejam, porque não há expressa vedação, a propositura de ações individuais, principal responsável pelo fenômeno da numerosidade do processo¹.

De um modo geral, possível concluir que há, na verdade, duas formas básicas de se enfrentar o processo enquanto um espaço democrático de construção do direito do caso concreto: a primeira, estudando os seus fundamentos, princípios, institutos, categorias e conceitos e aplicando essas doutrinas no direito material e nos conflitos de interesses; a segunda, invertendo-se os polos, partindo do estudo dos conflitos e da sua regulação no ordenamento de direito material, constitucional ou infraconstitucional, com efeito de buscar a solução mais adequada, efetiva, tempestiva para a sua composição. Por certo que da posição a ser adotada dependerá visceralmente o resultado a ser produzido².

Não é por outra razão que se toma mão da lição de um dos grandes pensadores da atualidade do processo civil brasileiro, traduzida na obra que veio a público poucos dias após sua morte, contrapondo os pensamentos de Jerome Frank e Dworkin

Para mim, que sempre fui advogado forense, é mais fácil aceitar o ponto de vista de um ilustre magistrado americano, um dos principais nomes do chamado *realismo*, quando ele assevera que a maioria dos pleitos são “pleitos sobre fatos”; e que, mesmo aqueles casos excepcionais, que compreendem também difíceis questões sobre a norma aplicável são também, em parte, “pleitos sobre fatos”; na incontável maioria dos pleitos, a predição das sentenças envolve, no todo ou em parte, uma profecia sobre as crenças dos juízes de primeira instância ou dos jurados, sobre os fatos.³

Nesse sentido, possível afirmar que os conflitos de interesses que justificam a existência do processo são conflitos que têm por fundamento os fatos da vida, do cotidiano, o que nem sempre é perceptível ou levado em consideração na concepção doutrinária que se dissemina no meio acadêmico, com evidentes reflexos na prática forense. Pela ótica vigente, os institutos processuais passam a ser estudados, dissecados, observados a partir de uma abstração conceitual, de sua natureza jurídica, sua classificação, efeitos, etc e, devidamente consolidados, passam então, tais elucubrações, a ser aplicadas aos fatos da vida, à relação de direito material, aos conflitos de interesses. É como se primeiro, nos laboratórios, inventassem-se os remédios, a partir de conhecimentos químicos e farmacológicos, para depois se buscar a que doença eles se destinam ou podem-se destinar.

Importante, nesse ponto, lembrar que o Direito – e disso o processo não se desgarra – é um produto da cultura, o que o torna fundamentalmente contingencial⁴, irrelevante, no ponto, se o conflito é individual, coletivo ou repetitivo, a exigir do operador e do jurista comprometimento com a consagração da ordem jurídica e a tutela dos direitos fundamentais, entre os quais, o acesso à justiça por meio do devido processo.

O Código de Processo Civil de 2015, Lei n. 13.105, embora substancialmente voltado para a composição do conflito subjetivo individual, traz uma forte contribuição para o enfrentamento dos conflitos repetitivos, introduzindo no sistema processual brasileiro o precedente com força vinculativa, o que, certamente, não é objeto deste trabalho, mas que não pode deixar de ser registrado pela importância

que a inovação poderá representar na construção de novos paradigmas.

3 MORA PROCESSUAL E O ESFORÇO DE SUA SUPERAÇÃO

A mora processual é inevitável. Seria utópico imaginar uma organização judiciária absolutamente isenta ao custo temporal que, por vezes, é inerente a outros valores tutelados no âmbito da jurisdição, como o acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa. Contudo, o sistema deve, tanto quanto possível, vacinar-se contra a mora processual, minimizando a seu – quase sempre – nefasto reflexo sobre a efetiva prestação jurisdicional.

Já no Código de 1973, o legislador pátrio esforçou-se para vencer a mora processual, construindo soluções processuais, como a contemplação do processo cautelar e os provimentos antecipatórios.

O Código de Processo Civil de 2015, Lei n. 13.105, inova também nesse particular, revisitando as tutelas de urgência e a tutela cautelar, a partir de uma nova concepção, que tem como foco a concretização da efetividade e a tempestividade da prestação jurisdicional, sob um vetor constitucional de processo democrático.

Um estatuto processual que se propõe a produzir um processo fortalecido pela efetividade e tempestividade da prestação jurisdicional, certamente, tem que dar uma atenção especial às tutelas que tenham em seu conteúdo um pronunciamento antecipado no tempo, seja de natureza satisfativa, seja de natureza cautelar, que, nas últimas décadas, a doutrina enfrentou como *tutelas de urgência* ou ainda *tutelas diferenciadas*, identificadas como tutelas antecipadas, tutelas inibitórias, tutelas cautelares, gerando inclusive reformas processuais no Código de 1973⁵, a ponto de partir-se, no passado, da absoluta distinção entre o que então se identificava como *liminares* e *cautelares*, para desaguar na aproximação das agora chamadas *tutelas antecipatórias* e *tutelas cautelares*, permitindo inclusive a adoção da fungibilidade entre as pretensões deduzidas o que foi consagrado pelo art. 273, § 7º, do CPC de 1973.

Nesse aspecto, talvez um dos maiores cortes produzidos na Lei n. 13.105/2015 tenha sido exatamente o tratamento dado a tais especiais formas de pronunciamentos judiciais, de modo a simplesmente revogar o Livro das Cautelares e instituir, no **Livro V da Parte Geral**, a **Tutela Provisória**, que passa a contar com a **Tutela de Urgência** e a **Tutela da Evidência**, como espécies e a **Tutela Antecipada** e a **Tutela Cautelar** como subespécies da Tutela de Urgência.

O texto em estudo logrou, de outra banda, contemplar uma tradição não só regulamentadora, mas doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, dada sua relevância, inovando, porém, no seu tratamento, o que, de certa forma, é o ideal de um novo Código, agregando passado, presente e futuro sob uma nova perspectiva. Já por aí, somam-se motivos para que o intérprete se debruce sobre

essa nova realidade, extraindo do texto sua máxima otimização, olhando o novo com olhos de novo.

Importante destacar, principalmente quando se está frente à renovação da legislação processual sobre o processo coletivo⁶, que tradicionalmente tem se utilizado ou da figura da antecipação de tutela ou da ação cautelar para atender casos de urgência em sede de ação civil pública (e por isso mesmo o presente debate), que o novo Código, ao revogar (ou não prever) o processo cautelar, não deixou de contemplar as respectivas pretensões, quando, em seu art. 301, cuidou de ajustá-las, senão todas, as que efetivamente guardam natureza acautelatória, à tutela provisória cautelar, nos seguintes termos:

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Por outro lado, no capítulo das provas, nos arts. 381/383, o Código introduz um incidente processual denominado **Da Produção Antecipada de Prova**, abrangendo não só a autêntica antecipação de prova, mas também a pretensão exhibitória, conforme inciso III: “o *prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*”.

E no capítulo **Dos deveres das Partes e seus Procuradores**, o art. 77, inciso VI, estabelece: “*não praticar inovação no estado de fato do bem ou direito litigioso*”, compondo, por outra via, hipótese típica da ação de atentado, até então regulada pelos arts. 879 a 881 do CPC de 1973.

Com tais providências, o estatuto, depurando o que considera *tutela provisória* em sentido estrito, culminou por concentrá-las em livro próprio, contrapondo-as à tutela definitiva, mas ambas enfrentando e decidindo o mérito (total ou parcial) do conflito, num espectro temporal distinto, com vistas à superação da mora processual.

4 JURISDIÇÃO DEFINITIVA E JURISDIÇÃO PROVISÓRIA

O paradigma do processo civil brasileiro sempre foi voltado à composição definitiva da lide, o que não sofreu alterações, em sua substância, no Código de 2015. São inúmeros os institutos processuais voltados a afirmar a segurança jurídica que deve conformar a atuação jurisdicional, tanto no sentido de limitá-la como de afirmá-la, cuja origem remonta às influências racionalistas⁷ que conduziram a modernidade. Instrumentos atrelados a essa ordem processual, o processo de conhecimento e o correspondente procedimento comum (ordinário, no CPC de 1973), a cumulação de ações, a modificação da competência por força da conexão ou da continência e consequente reunião de processos, o litisconsórcio facultativo, a amplitude probatória e, por certo, o que mais revela, o instituto da coisa julgada, que por sua importância no sistema constituído foi elevado à garantia constitucional.

Uma das críticas que se faz ao paradigma da ordinaryness – umbilicalmente vinculado à segurança jurídica e à definitividade das decisões – é o divorciamento entre o processo e o mundo dos fatos, pela superação do interesse público (no sentido de “dizer o direito”) sobre as contingências do conflito individual. Piero Calamandrei distinguia duas concepções de jurisdição, uma subjetiva e outra objetiva, reconhecendo a ambas uma certa parcela de razão, mas entendendo que o caráter político e histórico seria determinante para a manutenção de uma ou outra tendência, destacando, após definir a concepção subjetiva como um serviço posto a favor dos litigantes, a sobreposição da concepção objetiva:

Viceversa, cuando se parte de la concepción autoritaria, que ve en el derecho, ante todo, la voluntad del Estado y en la observancia del derecho, el respeto a la autoridad, resulta que también en la definición de la finalidad de la jurisdicción queda en la sombra del interés individual de la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo: no hay necesidad de explicar la razón de que, hoy, esta segunda concepción de la jurisdicción civil aparece históricamente más en armonía con el derecho positivo vigente⁸

Essa cultura processual foi recepcionada pela doutrina brasileira à exaustão, principalmente sob a ótica do Código de 1973. Porém, paralelamente, a radicalidade do processo de conhecimento e seu padrão procedimental provocaram uma reação: ao mesmo tempo em que se encastelou nas legislações processuais, até porque atende os interesses de determinados grupos econômicos e políticos, teve que ceder espaço, especialmente a partir da segunda metade do século XX quando a sociedade como um todo reformulou-se, as técnicas de sumarização, muito tendo contribuído para tanto o processo de constitucionalização dos Estados no período pós guerra, revigorando a legislação infraconstitucional pelos valores, princípios e garantias constitucionais.

Não é outra a lição de Jânia Maria Lopes Saldanha

Arremedos de sumarização, na tentativa de ocupar espaços adrede reservados ao procedimento ordinário, apareceram. Daí foi um passo para a busca da proteção de direitos pela via da cautelarização e da antecipação por meio de medidas antecipatórias de caráter provisório, que são as formas de tutela de urgência em vigor na maioria dos sistemas de tradição civil⁹.

Põem-se em polos distintos e opostos a definitividade e a provisoriedade, ambas abarcadas pelo processo, cumprindo a lei, até porque não abandonamos o princípio da legalidade, conforme art. 5º, inciso II, da CR, mas especialmente ao intérprete a escolha de Sofia¹⁰, para, obedecida a conformação possível e os limites do processo judicial democrático e participativo, a prestação jurisdicional ganhar aderência ao conflito de interesses que nasce da vida e de suas complexidades e do direito material, responsável pela regulação das relações e situações jurídicas.

Mas não há como escapar da encruzilhada: ou o conflito será tratado pela opção da *ordinariedade* (agregando, aqui, os institutos voltados a preservar a segurança jurídica e a definitividade da prestação jurisdicional) ou será submetido à jurisdição provisória, caracterizada fundamentalmente por técnicas que resguardam a mais ampla efetividade (pronunciamentos de carga executiva ou mandamental), corte de conhecimento (cognição sumária) e encurtamento procedimental (tempestividade da prestação jurisdicional).

A técnica da *sumariedade* tanto pode se dar numa fase inicial do processo instaurado, remetendo para outra subsequente a *ordinariedade*, ou ainda se se esgotar isoladamente num procedimento não exauriente. Tais procedimentos são dotados de forte carga decisional e significativa redução de julgamento.

De certa forma, tanto as tutelas definitivas como as tutelas provisórias estão comprometidas com a substancialização do processo, embora a prestação jurisdicional oriunda de processo de conhecimento plenário esteja muito mais sujeita aos riscos do divórcio do direito material e, mais precisamente, dos fatos que ensejaram o conflito, contaminando-se pela abstração e pela virtualização do pronunciamento judicial, tema, porém, que foge ao conteúdo em exame. Diferentemente, as tutelas provisórias só se sustentarão no sistema processual se permanecerem aderentes à tutela do direito material e aos fatos *subjudice*, pois, se abduzidas pela generalização do processo ordinário, deixam de ser interditais para se transformarem em julgamento e, o que é pior, no mais das vezes, nulo por ofensa a todos as regras insitas ao devido processo: contraditório, ampla defesa, coisa julgada.

O Código de 2015 comprometeu-se com a construção e solidificação da jurisdição provisória, dando-lhe corpo próprio, em livro incluído na parte geral. Essa técnica legislativa permite que a tutela provisória seja adotada em qualquer processo ou procedimento e, igualmente, a qualquer grau de jurisdição.

De registrar que o conceito de *provisoriedade* não cumpre à lei processual estabelecer. É da doutrina que se podem extrair as fontes de conhecimento para melhor compreender o seu conteúdo e, por derradeiro, pela intervenção judicial no enfrentamento dos conflitos, quando tais proposições serão postas à prática, com a construção da jurisprudência.

O art. 294 do Código de 2015 limita-se a dizer que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”, dispondo seu parágrafo único que “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Superando discussão infértil do passado em relação às distinções entre cautelares e provimentos antecipatórios, o Código conciliou as duas espécies (ou subespécies) como integrantes da espécie mais geral das *tutelas de urgência*. Isso porque o Código introduziu a tutela da evidência, compondo, essa, com as tutelas de urgência, o gênero tutelas provisórias.

Contudo, para aprofundar o conceito de provisoriedade, indispensável esclarecer o conceito de **decisão**. Ovídio A. Baptista da Silva, no ponto, sempre destacou, contrariando a doutrina até então prevalente, que o conceito de decisão tanto poderia estar atrelado ao julgamento (em princípio, aderente à definitividade) como aos pronunciamentos de natureza provisória, justificando a existência de sentenças liminares, a saber

Ao contrário dessa doutrina, entendemos que pode haver **decisões provisórias** sobre a lide, tomadas com base num juízo de **verossimilhança** sobre a existência do direito, as quais, sendo provisórias, não vinculam o juiz da sentença final, podendo ser por este revogadas livremente¹¹.

Este, talvez, seja o ponto mais importante para distinguir *provisoriidade* de *definitividade*: nas decisões provisórias o juiz, independentemente da intervenção de órgão jurisdicional recursal, pode, a qualquer tempo antes da sentença, modificar a sua decisão, pautada, até então, na sumariedade dos juízos fundados na verossimilhança.

Esse traço definidor se fazia presente tanto nas ações cautelares promovidas à luz do Livro III do Código de Processo Civil de 1973, como nas providências antecipatórias, como as previstas nos seus arts. 273, 461, § 3º, ou 461-A, § 3º, como nos casos dos procedimentos especiais, a exemplo da liminar em sede de ação possessória, art. 928 do referido estatuto processual. As decisões proferidas em caráter de urgência, compreendidas como antecipatórias ou acautelatórias, emanavam da concretude do conflito de direito material, produzindo um pronunciamento judicial imediato, mas sem força de julgamento, carregado de força ou energia decisória, capaz de modificar o mundo fenomênico, sem prejuízo de sua provisoriedade, atreladas que estavam a um julgamento definitivo, este, sim, de significativo conteúdo de acerto da relação ou situação jurídica conflituosa e por isso mesmo sujeito à definitividade, momento em que o juiz poderia concluir ou pela confirmação da decisão preliminar ou por sua desconstituição, por força da improcedência do pedido.

Para as hipóteses de medidas cautelares, o espaço jurídico para rever a decisão, pelo mesmo grau de jurisdição que concedeu a assegução, seria ou o próprio processo cautelar (liminar x sentença), ou, ainda, o processo principal quando do julgamento final e definitivo. Como resultado, a sentença que resolvia o processo cautelar não se resguardava da coisa julgada material.

Para os casos de provimentos antecipatórios, a sentença a ser prolatada ao final do processo seria o momento derradeiro para o juiz visitar a decisão provisória. O comando provisório, portanto, contava expressa previsão temporal de validade e o que mais revela de vigência. Mas, ainda assim, comando de concretização, de efetividade, de realização do direito submetido à apreciação judicial.

O Código de 2015 optou por destacar o caráter da provisoriedade para construir uma jurisdição diferenciada, divorciada da jurisdição afeita ao processo

de conhecimento, seja pelo rito do procedimento comum, seja pelos procedimentos especiais, e à definitividade das decisões judiciais. Com tal opção, desviou o foco das tutelas satisfativas e cautelares, que deu tanta margem à discussão no modelo de 1973 e nas reformas subsequentes, para as tutelas provisórias, distinguindo em seu âmbito aquelas que seriam de urgência e as que se qualificariam pela evidência.

A proposta, no mínimo, mostra-se conciliadora, tentando compor inúmeras teorias e correntes que se instauraram no processo civil brasileiro, nem sempre contribuindo para a eficiência da atuação do Poder Judiciário.

Ao fazer essa opção, por certo está o Código renunciando, por absoluta incoerência e incompatibilidade lógica, aos rigores do processo de conhecimento e da prestação jurisdicional definitiva quando da concessão da tutela provisória, com soluções próprias, como a do art. 297 e seu parágrafo único:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença no que couber.

Somando-se a essas disposições – de forte executividade da prestação jurisdicional provisória –, agrega-se o art. 139, que trata dos poderes do juiz na condução processual, mais precisamente em seu inciso IV:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Entre a jurisdição da provisoriedade e a jurisdição da definitividade (essa última objeto de sentença e sujeita ao instituto da coisa julgada), ambas indispensáveis à função do Poder Judiciário enquanto responsável pela administração da justiça do caso concreto, há um elo de intercomunicação que permite que o provisório se torne definitivo. Mas há, também, a hipótese de que o provisório se esgote em si mesmo, sem que perca os efeitos produzidos sobre a relação de direito material, senão em todos, pelos menos em alguns casos precisos, que precisam ser cirurgicamente tratados, sob pena de esvaziamento da proposta e, o que é mais grave, ofensa ao devido processo legal.

5 MOMENTOS PROCESSUAIS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O parágrafo único do art. 294 dispõe expressamente que *a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental*. Inova, no ponto, o Código de 2015 criando a figura da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que vem regulada nos arts. 303 e 304.

Em apertada síntese, pode afirmar-se que:

- a tutela antecipatória pode ser concedida antes do processo definitivo ou em seu curso;
- a tutela cautelar pode ser concedida antes do processo definitivo (ou principal) ou em seu curso.

Há, portanto, uma aproximação das duas tutelas (antecipatória satisfativa e cautelar) no que tange ao tempo no processo.

5.1 A antecipação incidental

Tradicionalmente, sob a égide do Código de 1973 e das leis extravagantes que cuidam de tutelas antecipatórias, como é o caso da Lei dos Alimentos e da Lei do Mandado de Segurança, a tutela antecipatória era prevista exclusivamente na forma incidental ao processo em curso, podendo ser requerida e concedida liminarmente ou ainda no curso do processo. A ação cautelar, por sua vez, responsável pela concessão de medida cautelar, podia ser promovida de forma antecedente ou incidental ao processo principal, mas dele sempre dependente, conforme arts. 796, 801, inciso III, e 806, todos do Código de 1973:

Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

(...)

III – a lide e seu fundamento.

Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Esse sistema de concessão de tutelas de urgência no tempo foi alterado pelo Código de 2015, relativamente às tutelas antecipatórias, que se definem pela natureza satisfativa da pretensão deduzida, permitindo, a exemplo do que ocorre e continuará ocorrendo com a tutela cautelar, que, em determinadas situações, a tutela antecipatória seja requerida e concedida em caráter antecedente, como adiante se verá.

Quanto à tutela antecipatória incidental, embora o novo estatuto dela não cuide em título específico – apenas regulando expressamente a tutela requerida e concedida em caráter antecedente –, não há qualquer dúvida sobre sua previsão, que decorre tanto do parágrafo único do art. 294 como das disposições gerais estabelecidas no art. 300, a saber:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Importante registrar que essa previsão – a exemplo da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e da tutela cautelar – se aplica a qualquer procedimento, comum ou especial, a qualquer processo ou qualquer grau de jurisdição, desde que a regra especial não conte com previsão expressa para prover as tutelas de urgência¹².

Nesse fio, se o processo foi instaurado como demanda contenciosa, estando a petição inicial preenchida com todos os requisitos, cumprirá ao juiz, ao recebê-la, apreciar o pedido de provimento antecipatório e decidir desde logo sobre seu (in)deferimento, citando-se o réu para audiência de conciliação ou mediação, se for o caso, aqui aplicando-se a regra do art. 334 do CPC/2015¹³

No caso de deferimento do provimento satisfativo antecipatório, o réu ao ser citado e tomar conhecimento da decisão provisória, ou se conforma ou interpõe o agravo de instrumento (art. 1.015, inciso I). Tendo sido a decisão do juiz desfavorável ao autor, cumprirá a este, se assim entender, interpor o recurso antes referido. Mas tais desdobramentos não impedem que o processo tenha o seu curso normal, seja com a realização de audiência de conciliação ou de mediação, quando cabível, seja com a abertura do prazo de contestação.

O mais relevante é ter presente que o processo instaurado está apto, em tese, para, ao final, concluir por uma sentença de mérito que se revestirá pela definitividade, podendo essa sentença confirmar ou reformar a decisão provisória proferida liminarmente ou ainda no curso do processo (art. 294, parágrafo único, combinado com art. 300). De sorte que provisória é a decisão que (in)deferir o pleito antecipatório, liberando o próprio juízo de alterá-la no todo ou em parte no curso do processo ou, especialmente, quando proferida a sentença definitiva. Nesse sentido, o disposto no art. 296: *a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.*

O que se revestirá, portanto, de estabilidade e imutabilidade, é a decisão de mérito proferida após o trâmite regular do processo, e não a decisão antecipatória.

A aplicação de tal procedimento e pretensão antecipatória no processo coletivo será objeto específico de enfrentamento em item próprio.

Mas o Código, como já registrado, inova, criando a figura da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

Trata-se, portanto, de decisão judicial provisória prevista para um momento anterior ao processo definitivo, ainda que dele não se afaste.

5.2 A antecipação em caráter antecedente

No ponto, o Código de 2015 inova, cria a figura de uma tutela de urgência satisfativa antecedente, ou seja, que antecede à própria instauração do processo definitivo, o que até então, segundo tradição processual (Código de 1973), apenas no processo cautelar era previsto, criando um vínculo de dependência daquela (medida cautelar concedida de forma antecedente) a este (processo principal), com repercussões processuais importantes, como competência, postulação, decisão judicial, recurso.

A tutela antecipada de que cuida este capítulo está regulada pelos arts. 303 e 304. No art. 303, estão previstos o seu cabimento e a sua conversão em processo definitivo. No art. 304, o Código trata de uma (nova) figura, qual seja a estabilidade da decisão provisória e o agir do réu. Adianta-se, estabilidade da decisão provisória não se confunde com a estabilidade e imutabilidade da decisão definitiva o que será adiante melhor explorado.

Indo por partes. A tutela (de caráter urgente e satisfativo) antecedente pode ser requerida sempre que a urgência for contemporânea à propositura da ação, mas ainda não está o autor suficientemente preparado para desencadear a demanda com todos os seus requisitos indispensáveis, pois lhe faltam elementos tanto postulatórios como probatórios para perfectibilizar uma petição inicial apta a exigir um custo temporal que não pode ser suportado pelo autor, daí porque o caráter de urgência. Uma espécie de *urgência urgentíssima*.

A urgência deve ser exposta e fundamentada e estar atrelada ao perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Cláusula em aberto, que só a concretude do caso poderá definir.

Para tais hipóteses, o Código autoriza que o autor, provocando o Judiciário, se limite a expor os fundamentos necessários para descrição do quadro geral, com indicação do pedido (leia-se, definitivo) e exposição da lide, requerendo, base na urgência, a tutela antecipada, esta sim, especificada até porque gerará, em caso de deferimento, na forma do art. 297, comandos compulsórios e adjudicatórios, execuções, ordens, com interferência direta no mundo fenomênico.

Concedida a antecipação, oportuniza-se ao autor a emenda da inicial, no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro prazo mais dilatado, se assim o juiz fixar, frente às peculiaridades do caso concreto, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (e consequente cassação da medida concedida).

Atendida adequadamente a emenda, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação que, se exitosa, ensejará a composição do conflito. Caso contrário, fluirá da audiência de conciliação ou mediação o prazo para contestar, conforme dispõe o art. 335 do CPC de 2015:

O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação,

quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição.

Entendendo o juiz que não há elementos para concessão da medida antecipatória, o autor deverá ser intimado para no prazo de 5 (cinco) dias emendar a petição inicial, pena de ser indeferida a tutela provisória e extinto o processo. Rigorosamente, o indeferimento da petição inicial, até porque se mostrará ele inepto para instaurar um processo pleno e definitivo. A diminuição do prazo de 15 (quinze) para 5 (cinco) dias representa um freio para o abuso do direito.

Observa-se, portanto, que a pretensão deduzida em caráter provisório tende e, mais, nasce com a vocação para transformar-se em um processo definitivo, voltado para a prolação de uma decisão também definitiva, que possa se qualificar pela coisa julgada material e estabilizar-se não apenas no seio do processo (endoprocessual) em que foi prolatada, mas estendendo-se para os possíveis futuros processos, vinculando não só as partes, mas especialmente os juizes, que não poderão decidir de forma contrária ao que ficou decidido no processo de origem.

O aditamento dar-se-á nos mesmos autos, dispensada a incidência de novas custas processuais, cumprindo ao autor desde logo, no pedido antecedente, indicar o valor da causa considerando já o pedido da tutela final, a demonstrar uma unidade procedimental entre o que se postula de forma antecedente e o que se pretende como decisão definitiva, ou seja, o pedido é formulado de forma antecedente, mas encontra sua sustentação na viabilidade de um processo definitivo.

Base no disposto no § 5º do art. 303 (o autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo), a doutrina vem defendendo que o art. 303 oferece dois caminhos distintos: *a)* o autor pede a tutela antecipada em caráter antecedente, totalmente descompromissado com pretensão definitiva, desde logo, afirmando que apenas quer o provimento antecipatório; ou *b)* o autor requer a tutela antecipada e indica qual a lide principal e a tutela final – a qual está vinculada a pretensão antecipatória – que pretende no prazo legal declinar¹⁴.

A tanto se afirma pela interpretação dada ao art. 304 e à necessidade de o réu recorrer da decisão antecipatória, sob pena de se configurar a estabilidade do provimento antecipatório.

Defendemos interpretação distinta. Não está o autor, ao fazer uso da tutela antecedente e do procedimento estabelecido pelo art. 303, dispensado de preencher os demais requisitos desse dispositivo, quais sejam: (a) indicar o pedido de tutela final, (b) expor a lide principal e (c) indicar o direito (leia-se, subjetivo) que busca realizar.

Dizendo de outra forma, o autor conta no sistema processual com duas opções: ou, desde logo, ele promove o processo principal (porque está apto a fazê-lo) e requer tutela provisória satisfativa incidentalmente (tradição no processo civil), tudo em uma única petição, o que o afasta da vinculação aos arts. 303 ou 304, ou desdobra os seus pedidos, requerendo em caráter antecedente, em um

primeiro momento, a tutela provisória satisfativa e, declinando os fundamentos do processo principal, se vale da dilação temporal para emendar a petição inicial na forma do § 1º, inciso I, do art. 303, em um segundo momento, quando deduz a pretensão definitiva. Trata-se de um processo com vocação para processo definitivo, mas permite que preambularmente se limite a pretensão e a tutela a ser concedida (provisória) a uma fase preparatória, antecedente, mas que está ou deve estar apta a prosseguir com a segunda fase, qual seja a definitiva. Tanto é assim que o não atendimento à emenda da inicial leva à extinção do processo, conforme o § 2º do predito dispositivo, sem qualquer exceção.

São inúmeros os dispositivos que sustentam essa orientação: a extinção do processo por falta de emenda (§ 2º); a extinção do processo quando o juiz entender que não há elementos para a concessão de tutela antecipada e a emenda da petição inicial não for apresentada (§ 6º); o aditamento que ocorre nos mesmos autos e não se submete a novas custas processuais (§ 3º); o valor da causa a ser indicado na primeira petição que deverá levar em conta o pedido de tutela final.

Isso porque, no direito brasileiro, não há órgãos distintos para atender demandas de urgência e demandas ordinárias e definitivas: o juiz que detém competência para apreciar a tutela antecedente (seja satisfativa, seja cautelar) é o mesmo que decidirá a pretensão definitiva, ressalvadas competências recursais, mas que, no caso, se limitarão ao reexame do decidido.

De sorte que o disposto no § 5º do art. 303 não tem a extensão pretendida, como se fosse dado ao autor promover, desde logo, um pedido de tutela provisória em caráter antecedente destinado a se esgotar nessa única pretensão e em um procedimento encurtado de suas fases cognitivas, embora nada impeça que essa consequência, eventualmente, seja alcançada.

Tem-se que o disposto no referido parágrafo agrega ao *caput*, e não cria uma segunda alternativa. Dizendo de outra forma, o autor poderá se valer, naquelas situações bem específicas em que a urgência é contemporânea com a proposição da ação, mas não dispõe ele de todos os elementos (postulatórios e probatórios) para, desde logo, implementar uma petição inicial com todos os requisitos que o processo definitivo exige, postular uma tutela provisória de natureza satisfativa antecedente, reservando-se a fundamentar o pedido definitivo no prazo que a lei ou o juiz lhe assinar. O que se quer com a explicitação do § 5º é que o autor defina, em nome inclusive do princípio da cooperação e do diálogo processual, se está promovendo a ação definitiva mediante cumulação de pedido antecipatório incidental, porque entende deter todos os elementos necessários para tanto, ou se está promovendo o pedido antecipatório de caráter antecedente, base na urgência e requerendo o benefício do tempo de aditamento. Trata-se do dever imposto ao autor, deixando claro, e sem sombras de dúvida, que sua demanda, com vocação para decisão definitiva, deve primeiro ser enfrentada pela via da provisoriedade. É o provisório com aptidão de tornar-se definitivo¹⁵.

Com outras palavras, não há, no capítulo dos arts. 303 e 304, duas postulações de urgência, (a) uma provisória voltada a ser definitiva e (b) outra apenas provisória, sem qualquer pretensão de definitividade. Ou o autor se vale do procedimento do art. 303, com todos os desdobramentos que os respectivos parágrafos dispõem, ou terá o seu pedido indeferido e o processo extinto: § 2º do art. 303 (*não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito*). O § 5º não tem, por si só, o poder de criar uma (outra) opção procedimental ao autor que não a do *caput*, agregado dos demais parágrafos. A pretensão inicial provisória, mas culmina por tornar-se definitiva.

Quanto ao agir do réu, aí sim, o Código prevê uma opção distinta, a saber.

5.3 A extinção do processo por opção do réu na tutela antecipada requerida em caráter antecedente: princípio da utilidade do processo

Em complementação ao procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, apto a transformar-se em processo definitivo, o Código traz em seu art. 304, § 1º, hipótese de extinção do processo provocada pelo réu, ao não oferecer resistência ao pedido do autor via interposição de recurso.

Retomando, em parte, o *iter* previsto no *caput* do art. 303, proposta a pretensão em caráter antecedente, uma vez concedida a antecipação de tutela, o réu dela tomará conhecimento, presumidamente desde logo, por ocasião de seu cumprimento (que se dará, de regra, por mandado judicial). Em tomando ciência, independentemente de ser regularmente citado (citação só ocorrerá depois de emendada a inicial pelo autor), abre-se prazo para que o réu ou sujeite-se ao comando antecipatório cumprindo-o integralmente e omitindo-se (quem cala consente), ou, mostrando oposição à pretensão do autor e instaurando, desde logo, a controvérsia, recorra via agravo de instrumento (art. 1.015, inciso I, CPC/2015).

Ao recorrer, já está se posicionando o réu: não concorda com o autor e pretende se valer do processo definitivo, no momento oportuno, quando citado, abrindo-se para uma possível autocomposição ou preparando-se para contestar a ação, controvertendo o direito subjetivo posto em causa.

E a forma de o réu manifestar-se é por meio do recurso de Agravo de Instrumento. Seja porque o dispositivo em comento assim determina ao se utilizar da expressão “respectivo recurso”, seja porque o art. 1.015, inciso I, explicita que contra as decisões proferidas em sede de tutela provisória o recurso cabível é o agravo de instrumento, aplicando-se aqui o princípio da taxatividade recursal.

Mas também pode acontecer de o réu se conformar desde logo, com a medida antecipatória, não pretendendo levar adiante a discussão judicial. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Fraga e Rafael Alexandria de Oliveira trazem interessante e apropriado exemplo que se adapta à hipótese arregimentada, mostrando a utilidade de sua previsão, representada pela ausência de interposição de recurso e conseqüente extinção do processo

Imagine um caso em que um estudante, que ainda não havia concluído o ensino médio, tenha sido aprovado no vestibular para um curso superior. A instituição de ensino, seguindo determinação do Ministério da Educação, não realizou a matrícula. O estudante vai a juízo e obtém uma tutela satisfativa liminar, ordenando a matrícula. Para a instituição de ensino, pode ser que não haja qualquer interesse em contestar a medida – ela somente não matricularia o aluno, porque o Ministério da Educação proíbia¹⁶.

O desinteresse da parte ré, em situações tais, libera o demandado a tão somente cumprir a ordem judicial ou a ela não objetar qualquer resistência, com o que o processo se extingue e não há qualquer outra consequência em relação às partes, inclusive de natureza sucumbencial, até porque não houve ainda a angularização da relação processual, já que o réu sequer foi citado. Sua ciência se dá exclusivamente ao comando judicial da tutela antecipada e à respectiva execução e/ou cumprimento. Por óbvio que nesses casos, com a extinção do processo, o procedimento previsto no art. 303 (prazo para o autor emendar a inicial e expedição de mandado de citação para audiência de conciliação ou mediação) fica prejudicado, assim como fica prejudicado tanto o processo como a medida antecipatória caso o autor não emende a petição nos termos do art. 303, § 2º, extinguindo-se o feito sem exame do mérito.

Em tese, pelo menos, e na abstração do texto legislativo, primeiro – em termos cronológicos – deverá ocorrer a tomada de posição pelo réu: concorda, anui e se esgota todo o litígio, ou recorre, assumindo sua condição de litigante e futuro contestante. Basta isso para que o processo seja extinto ou prossiga, e, em prosseguindo, o autor deve dar andamento ao processo definitivo, emendendo a petição inicial.

Outros exemplos, inclusive na seara de direito de família, poderiam ser deduzidos, mas o fato é que a extinção do processo sem maiores consequências passa a ser um estímulo para aquele que, não tendo interesse processual de controverter a relação jurídica ou mesmo sabedor de que não é portador de um bom direito, limite-se a cumprir a providência judicial não opondo nenhuma resistência. Nada mais célere e efetivo que o réu se render à pretensão do autor, em um processo que não lhe causa nenhum prejuízo, restando alcançado o fim último da prestação jurisdicional e da pacificação social nas relações jurídicas. É a realização máxima da utilidade do processo, princípio que rege a função da prestação judicial.

Diferentemente do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, em que cumpre ao autor, indistintamente promover o regular processamento do feito uma vez concedida a tutela cautelar antecedente (tenha ou não sido submetida a recurso pelo demandado), sob pena de sua cassação (art. 309, incisos I e II), na tutela satisfativa antecedente, independentemente das providências entregues ao autor, que dizem não com a antecipação, mas sim com o processo definitivo, o réu tem a opção de (a) seguir com o processo definitivo,

recorrendo da decisão antecipatória e aguardando o momento certo para deduzir todas as suas defesas ou, (b) reconhecendo o direito do autor, render-se à tutela antecipada, sem qualquer objeção, deixando de recorrer e, portanto, levando à extinção do processo.

5.4 A tutela cautelar antecedente e a tutela cautelar incidente

Adentra-se, agora, na tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente, que o processo brasileiro desde o Código de 1973 sempre contemplou e que o novo CPC prevê nos arts. 305 a 310.

O art. 305 estabelece que a petição inicial que visa à prestação cautelar em caráter antecedente – portanto, pressupondo instauração de um processo definitivo em momento oportuno – exige os mesmos requisitos para a cautela antecedente do Código de 1973, quais sejam, indicação da lide e de seus fundamentos, com a exposição sumária do direito (leia-se, direito subjetivo) que se pretende assegurar frente ao perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Pode-se afirmar, com Jaqueline Mielke Silva, que a opção do legislador foi, em uma concepção de processo constitucional, pela asseguaração de direitos subjetivos, abdicando de vez da ideia de que a tutela cautelar é *instrumento do instrumento*¹⁷. O que está em jogo são os direitos subjetivos dos litigantes, irrelevante se a tutela é satisfativa ou de natureza cautelar.

O procedimento, por sua vez, não apresenta grandes novidades, sendo a pretensão cautelar recebida pelo juiz, sem prejuízo da aplicação da fungibilidade (art. 305, parágrafo único), adequando a pretensão ao art. 303 se entender que se trate de pretensão antecipatória satisfativa, será o réu citado para em 5 (cinco) dias contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. No ponto, sequer a padronização dos prazos, marco do novo Código, foi recepcionada, mantendo-se para a pretensão cautelar a defesa no prazo reduzido de um quinquídio. Por óbvio, que nada impede a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que acolhe ou rejeita a tutela cautelar, na forma do art. 1.015, inciso I, do CPC/2015, porque igualmente se trata de decisão que versa sobre tutela provisória.

Em havendo revelia – com a assunção dos fatos articulados pelo autor como verdadeiros – ou contestando o réu a pretensão, segue-se, no primeiro caso, a prolação da sentença; no segundo, a adoção do procedimento comum, com investigação probatória e posterior sentença.

A inovação procedimental vem no art. 308, que reúne nos mesmos autos o pedido cautelar e o pedido principal, a ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, seguindo-se – o que também é um vetor do novo Código – a tentativa de autocomposição, via audiência de conciliação ou de mediação.

A principal distinção, sob o aspecto procedimental, entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, requeridas ambas em caráter antecedente, está que, no

primeiro caso, o protagonista maior do prosseguimento feito é o réu, recorrendo ou deixando de recorrer, enquanto que, na segunda hipótese, cumpre ao autor o agir para que a demanda não seja extinta com a consequente desconstituição da tutela provisória concedida.

No § 1º do art. 308 vem a possibilidade de a tutela cautelar ser requerida conjuntamente com o pedido principal, situação já defendida quanto à tutela satisfativa incidental no presente trabalho e que, mesmo sob a vigência do Código de 1973, já se acolhia.

O aditamento da causa de pedir no caso da tutela cautelar antecedente, a exemplo da tutela satisfativa antecedente, é permitido, ainda que, nesse caso, o prazo mínimo é de 15 (quinze) dias e, naquele, o prazo máximo é de 30 (trinta) dias, acontecendo quando da proposição do pedido principal e definitivo.

Em ambas as hipóteses, concedida a tutela provisória, o réu será citado para audiência de conciliação ou mediação, a partir da qual se abrirá o prazo, se for o caso, de contestação, na forma do art. 335 do CPC/2015.

De qualquer sorte, o Código prevê a propositura de tutela cautelar antecedente, mas não veda a conjugação de tutela cautelar e pretensão definitiva em uma única peça e em um único momento processual, limitando-se a estabelecer critérios específicos para que haja a conversão do pedido cautelar em pedido definitivo. Técnica procedimental que se aproxima da tutela antecipada satisfativa incidental, como allures visto.

6 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE

Em sede de tutela provisória e da jurisdição de urgência, é a estabilização da decisão que a concede o passo mais significativo a caminho de um novo paradigma de processo e de prestação jurisdicional.

Nítida a influência do direito francês e da figura do *référé*, a tutela provisória está intimamente comprometida com a urgência e a sumariedade, afirmando Jânia Maria Lopes Saldanha

A figura do *référé*, desde logo, envolve questão interessante: a justiça não teria por missão proferir decisões definitivas ao processo quando provocada? Mas não é um fato que os juízes ordenam medidas provisórias para evitar que o cidadão sofra os prejuízos da espera?

Em princípio, parece fácil afirmar que, ao conceder uma medida provisória, como nos provimentos antecipatórios da tutela, ou ao conceder uma medida temporária como ocorre nas ações cautelares, o juiz não analisa o mérito do litígio em oposição às decisões que “dizem o direito” e, por ter sua decisão efeito limitado no tempo, não produz coisa julgada.

E prossegue

Mas é justamente esta uma das principais características da *jurisdiction des référés*. Tal provisoriedade repousa menos em sua limitação no tempo do que na possibilidade de que a ordem *référé* seja revisada por uma decisão contrária de competência de outro órgão jurisdicional de composição colegiada que, teoricamente, não está ligado ao juízo anteriormente realizado. A experiência francesa mostra que essa segunda provocação pouco ocorre. Essa abstenção da parte interessada gerou uma *autoridade de fato do référé sobre o julgamento de mérito* e evidencia o apreço a esse tipo de jurisdição¹⁸.

O novo Código traz em seu artigo 304 uma proposta de estabilização da decisão provisória (não da lide), que encontra, como visto alhures, alguma afinidade com o *référé* francês, mas que também se aproxima da técnica de monitorização da demanda, sem embargo de guardar peculiaridades próprias, distinguindo-se daquelas.

Nos procedimentos monitórios¹⁹, parte-se de uma forte verossimilhança dos fatos alegados pelo autor (de regra, prova documental), dispensado o requisito de urgência, ao efeito de autorizar uma ordem de pagamento ou cumprimento (*monir*), que tanto pode, em tese, se estender à obrigação de pagar ou entregar coisa, como às obrigações de fazer ou não fazer, ficando as opções de prosseguimento a critério do réu: (a) cumprindo a ordem, extingue-se o processo; (b) ofertando oposição, ordinariza-se a demanda, estabelecendo-se a inversão do contraditório; ou (c) omitindo-se, a ordem emitida originalmente em caráter provisório torna-se definitiva.

Nos casos de antecipações satisfativas antecedentes, qualquer direito e não apenas o direito de crédito está por elas acobertado; exige-se um mínimo de verossimilhança quanto aos fatos alegados, que pode inclusive ser por meio de prova testemunhal em audiência preliminar (art. 300, § 2º); e a urgência é condição *sine qua non* para a concessão da tutela postulada.

De qualquer sorte, a estabilização da decisão provisória decorre, a exemplo dos procedimentos monitórios, da conduta do réu. Não é o autor, mas o réu que decide se vai ou não controverter a pretensão deduzida pelo autor. Assim, tomando ciência da tutela concedida, o réu pode recorrer, provocando junto à instância recursal o reexame da decisão interlocutória, sem prejuízo de sua defesa plena e ampla no processo que se instaurará na forma do art. 303, ganhando a controvérsia foro de ordinaryidade e de definitividade.

Mas pode também apenas render-se ao pedido do autor e ao comando judicial, o que implicará a extinção do processo e a estabilização da decisão provisória, o que não significa que ela se torne definitiva, enquanto julgamento do conflito.

Nesse fio, os parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 304, que permitem que qualquer das partes – autor ou réu – poderá demandar a parte adversa com o intuito de rever (inclusive para ampliar os seus efeitos, no interesse do autor), reformar (para

mais ou para menos, conforme interesse do autor ou do réu) ou para invalidar a decisão de mérito concedida em caráter sumário e provisório (no interesse do réu). Para tanto, os autos ficarão à disposição da parte que vir a demandar, sendo desarquivados com o fito de instruir a petição inicial. Nessa provocação ou segunda demanda, a jurisdição a ser exercida será plenária e definitiva.

Peculiar a natureza do prazo estabelecido no § 5º do art. 304: *O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1.*

Não há que se falar em coisa julgada material porque, decorrido o prazo binário estabelecido pela lei processual sem que as partes tenham provocado a ação do § 2º, decisão que se submete a indiscutibilidade e imutabilidade que definem a coisa julgada são as decisões definitivas, jamais as decisões provisórias. Estas não contam com os elementos necessários para a sua eternização.

Por outro lado, não há que se falar em decadência ou prescrição, porque institutos de natureza de direito material, regrados que são pelas leis de direito material.

Remanesce, porém, o comando impositivo da lei processual: a ação para discutir o direito subjetivo que foi atendido, em caráter sumário e por decisão provisória, se esgota no prazo de 2 (dois) anos.

Trata-se, no nosso sentir, de hipótese de preempção, o que exige, porém, aprofundamento que o presente texto não autoriza²⁰.

7 TUTELA DE URGÊNCIA E PROCESSO COLETIVO: DIÁLOGO DAS FONTES

Considerando que o texto legislativo matriz, no direito brasileiro, para reger o processo coletivo é a Ação Civil Pública regulada pela Lei n. 7.347, de 1985, importa aqui analisar a adequação desse estatuto e sua aderência, no que diz com as tutelas de urgência (antecipatórias e cautelares) com o novo Código de Processo Civil, que indiscutivelmente à ação civil pública deverá incidir subsidiariamente.

Nada impede, outrossim, que *de lege ferenda* algumas ponderações sejam deduzidas sobre eventual proposta de um Código de Processo Coletivo.

No particular, a Lei da Ação Civil Pública limita-se a tratar da tutela de urgência em seu art. 4º:

Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A redação do texto, cediço, remonta ao ano de 1985, muito antes de o Código de Processo Civil então vigente (1973) trabalhar, por força das sucessivas

reformas que os anos noventa e o primeiro decêndio de dois mil produziram, com as tutelas antecipatórias genéricas, só introduzidas no processo civil por força de reformas a partir de 1994. De qualquer sorte, o art. 12 da Lei da Ação Civil Pública dispõe expressamente: *Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.*

Seja por força das reformas no processo civil, seja pela evolução doutrinária e jurisprudencial em relação às tutelas de urgência, os provimentos antecipatórios satisfativos foram assimilados pela ação civil pública, independentemente da rigidez do conteúdo do art. 4º, que deve ser compreendido em harmonia com o art. 12 e no contexto jurídico das tutelas de urgência, que tanto podem ser de natureza cautelar como satisfativa.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, não há mais que se falar, no direito brasileiro, em ação cautelar. Trata-se de figura processual definitivamente revogada. Cumpre, pois, ao intérprete promover o diálogo das fontes, entre o Código de Processo, que regulamenta de forma sistêmica o instituto da tutela provisória, e a lei de regência do processo coletivo, no caso, a Lei da Ação Civil Pública.

De sorte que, em sede de ação civil pública, poderá o autor, devidamente legitimado a promovê-la, requerer, em caráter incidental, ou a antecipação de tutela de efeito(s) da sentença (natureza satisfativa), ou, ainda, conforme a pretensão deduzida, cumular tutela cautelar liminar, considerando os requisitos previstos no art. 300 do estatuto processual, sujeitando-se às exigências ali expostas: a) alegar e convencer o juízo dos requisitos da *probabilidade do direito* e do *perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*; b) submeter-se a eventual exigência de caução ou provocar sua dispensa, por força da qualificação do rol de legitimados do art. 5º, da Lei n. 7.347/85, legalmente dispensados de pagamento prévio de custas ou preparo; c) ofertar prova que autorize a concessão liminar da tutela provisória ou submeter-se à audiência de justificação prévia; d) não declinar em sede de urgência pretensões qualificadas pela irreversibilidade.

Poderá, ainda, antecipadamente, deduzir pretensão de natureza cautelar antecedente, observando as regras do art. 305 e seguintes, entre as quais se destaca a necessidade de, em tempo hábil, promover o processo principal, nos termos do art. 308 do CPC de 2015.

De difícil aderência, porém, será a promoção da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, conforme arts. 303 e 304 do novo Código, cuja previsão é incompatível com a ação civil pública e os bens da vida que objetiva tutelar. No mesmo caminho, a pretensão deduzida, que diz com os direitos ou interesses difusos, transindividuais, metaindividuais, não convive com a ideia de estabilidade proposta pela lei processual, carecendo da definitividade que só a sentença de mérito pode conferir, sentença essa apta a produzir a indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada material, que a estabilidade da tutela antecipada concedida em caráter antecedente não logra alcançar.

A tutela de urgência prevista no art. 303 e submetida às regras do art. 304 do Código de 2015 tem vocação para demandas outras que não se revestem do grau de complexidade que só o processo comum e a jurisdição definitiva estão aptos a solver. Em princípio, atendem situações concretas em que onde o conflito é tênue, superficial, pouco consistente e poderá, pela simples omissão do réu em recorrer da decisão que concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente resolver-se nesse único ato judicial. São situações, como dito alhures, que se resolvem em uma decisão, abdicando de um julgamento.

No processo coletivo, ao contrário, todo o conflito nele vertido ganha feição de extrema complexidade, envolvendo uma cidadania coletiva, com repercussão *erga omnes*, que não pode ser reduzido a uma decisão sumária e de natureza provisória, que só alcança a estabilidade pela omissão do réu em ofertar resistência.

Por outro lado, regra insita à tutela de urgência, é a indenização pelos danos ou pelos prejuízos que sua efetivação pode causar à parte adversa, prevendo o Código de 2015 uma responsabilidade objetiva nas seguintes hipóteses: a) sentença desfavorável ao autor; b) negligência do autor em fornecer os meios necessários para a citação do requerido quando obtida a tutela cautelar antecedente, no prazo de 5 (cinco) dias; c) cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; d) reconhecimento, pelo juiz, da decadência ou da prescrição da pretensão do autor.

Em sede de ação civil pública – o que pertine ao processo coletivo – o art. 18 da Lei n. 7.347/85 prevê que não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da parte autora a honorários advocatícios ou quaisquer outras despesas, salvo comprovada má-fé. Ora, a regra goza de fundamento principiológico: acesso à justiça o mais amplo e irrestrito possível pela via do processo coletivo, com vistas aos interesses e aos direitos da cidadania coletiva. Apenas a litigância de má-fé autoriza tais condenações, o que deve ser estendido à ideia de qualquer outra reparação.

Não se está defendendo a ausência de reparação por eventuais prejuízos, mas exigindo-se que esta só seja reconhecida e aplicada pela via da responsabilidade subjetiva, na medida em que se está frente a um processo coletivo. Trata-se de limitação da maior relevância sob pena de se intimidar a parte autora, representante da coletividade, a renunciar ao pedido de tutela de urgência, no mais das vezes faz necessária nos conflitos coletivos, frente aos riscos de uma improcedência, cuja probabilidade, em maior ou menor grau, sempre se faz presente.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil, desimportante se o conflito é individual, coletivo ou repetitivo, está em crise, e isso significa sua releitura, o desvelamento de suas instituições e estruturas, sob o manto da constitucionalidade e do rol de garantias fundamentais da pessoa humana.

Por outro lado, cada vez mais necessária a previsão de uma jurisdição de urgência, ainda que de caráter provisório.

As novidades introduzidas pelo Código de 2015, no particular, não estão imunes à crítica e a possíveis insuficiências frente às múltiplas e cada vez mais variadas exigibilidades fundadas no direito material e na significativa complexidade das relações jurídicas de uma sociedade plúrima, de alta rotatividade, em que o tempo não mais se mede pelo relógio tradicional.

Mas ignorar o problema – necessidade de o ordenamento jurídico contar com tutelas apropriadas no conteúdo e no tempo às pretensões deduzidas – não é a solução. A divergência e a convergência de ideias sobre o texto normativo é altamente produtivo, contribuindo para o aperfeiçoamento e a consolidação de propostas que contêm em si – e esta é a leitura que defendemos – a finalidade última de concretizar um processo civil democrático, efetivo e tempestivo, aí se enquadrando as tutelas provisórias como contraponto às tutelas definitivas, estas com vocação para a indiscutibilidade e imutabilidade do julgamento, privilegiando a paz social e a segurança jurídica, aquelas com vocação para resolver de pronto o caso concreto repondo as partes ao *statu quo* no mínimo razoável.

E se tais tutelas são importantes no processo individual, mais ainda quando se está a tratar do processo coletivo, em que os interesses e direitos tutelados integram a uma coletividade que está à mercê do Poder Judiciário para ver seus direitos fundamentais serem assegurados e concretizados, último espaço democrático de concretização da ordem jurídica. O diálogo das fontes – código de processo e lei do processo coletivo –, aproximando o que há de comum ou de aderência entre tais regulamentos próprios e repudiando o que não é compatível, é o caminho proposto.

REFERÊNCIAS

CALAMANDREI, Piero. Noción unitaria de jurisdicción, *in*: GREIF, Jaime. **El proceso: vision y desafios**, Fundacion de Cultura Universitaria: Montevideo, Uruguay, 1993.

DIDIER Jr., Fredie. *In*: DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandra (Orgs.). **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela**. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Do procedimento monitório**. 2ª tiragem, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. De Salomão à Escolha de Sofia: proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988, *in* MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coords.). **Constituição, Jurisdição e Processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, pp. 259-296.

_____; MACEDO, Fernanda dos Santos. **O Direito Processual Civil e a Pós-modernidade**. Trabalho apresentado e defendido junto ao XX Encontro Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2011, anais em vias de publicação. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/eventos/>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____; VIAFORE, Daniele. **A decisão monocrática e a numerosidade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente**: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção? No prelo.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITI-DIERO, Daniel (Orgs.). **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil**: a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao Projeto de Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

REALE, Miguel. Conceito de cultura: seus temas fundamentais. (In) **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, v. 3.

_____. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

-
- 1 Para aprofundamento do tema, remete-se o leitor para MACEDO, Elaine Harzheim; VIAFORE, Daniele. **A decisão monocrática e a numerosidade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
 - 2 Para uma melhor abordagem do tema da discussão sobre o processo civil na pós-modernidade, remete-se o leitor para MACEDO, Elaine Harzheim e MACEDO, Fernanda dos Santos. **O Direito Processual Civil e a Pós-modernidade**. Trabalho apresentado e defendido junto ao XX Encontro Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2011, anais em vias de publicação. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/eventos/>>. Acesso em: 5 jul. 2011.
 - 3 SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 19.
 - 4 REALE, Miguel. Conceito de cultura: seus temas fundamentais. (In) **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.
 - 5 Dentre tantos, Ovidio A. Baptista da Silva (**Processo e ideologia**: o paradigma racionalista, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004) e Luiz Guilherme Marinoni (**Técnica processual e tutela dos direitos**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013).

- 6 Tramitam no Congresso Nacional projetos de lei com vistas à introdução de um Código de Processo Coletivo e/ou reforma da Lei da Ação Civil Pública, sem embargo de outras propostas que estão sendo gestadas na comunidade jurídica. Nesse sentido, o PL 5.139/2009 que, segundo site da Câmara dos Deputados, teve sua última movimentação em 2010: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>, acesso em: 12 dez. 2015. Por outro lado, movimentos da comunidade jurídica trabalham paralelamente no tema, a exemplo do Núcleo de Estudos sobre Processos Coletivos da Escola da Ajuris, que construiu uma proposta de anteprojeto de lei de processo coletivo: <<http://www.escoladaajuris.org.br/esm/imagens/Processo%20Coletivo%20Minuta%203%20Anteprojeto.pdf>>. acesso em 12 dez. 2015.
- 7 Influências essas insistentemente denunciadas por Ovídio A. Baptista da Silva, ao longo de sua obra e reiteradas in Epistemologia das ciências culturais, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, destacando-se à p. 55 a seguinte lição: “O resultado inevitável para o controle de uma sociedade de indivíduos autônomos, capazes de construir seus próprios destinos, livres dos antigos vínculos comunitários medievais, foi a progressiva jurisdicção do mundo, como instrumento que se imaginou capaz de substituir os antigos vínculos comunitários.” Concluindo: “Era, ainda, a segurança a presidir os vínculos comunitários pela coerção jurídica”.
- 8 CALAMANDREI, Piero. Noción unitaria de jurisdicción, in: GREIF, Jaime. **El proceso: vision y desafios**, Fundacion de Cultura Universitaria: Montevideo, Uruguay, 1993, p. 35
- 9 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil** – a sumariade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao Projeto de Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 189.
- 10 MACEDO, Elaine Harzheim. De Salomão à Escolha de Sofia: proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988, in MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coords.). **Constituição, Jurisdição e Processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p. 259-296.
- 11 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, v. 3, p. 25.
- 12 Nas ações possessórias, conforme art. 562 (estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada), a antecipação de tutela reclama requisitos próprios.
- 13 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
- 14 Nesse sentido a doutrina de DIDIER Jr., Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela**. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 606 e de SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.
- 15 MACEDO, Elaine Harzheim. **Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente**: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? No prelo.
- 16 FREDIE JR. Didier *et al.*, ob. cit., p. 605.
- 17 SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.
- 18 SALDANHA, op. cit., p. 376-377.
- 19 Para aprofundamento do tema, remete-se o leitor para MACEDO, Elaine Harzheim. **Do procedimento monitorio**. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- 20 Remete-se o leitor para o artigo antes referido: “Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção?”, no prelo.

PROVISIONAL INJUNCTION IN COLLECTIVE SUIT: A DIALOGUE BETWEEN THE NEW CODE OF PROCEDURAL LAW AND THE STATUTE OF PUBLIC CIVIL SUIT

ABSTRACT

The class action is a democratic space of conflict composition that must connect with different injunctions, which aims a plural or collective citizenship, owner of collective rights. As happens in the individual procedure, the time the procedure takes and its default can be responsible for the ineffectiveness of the injunction in the class action. This situation justifies the application of the provisional injunction, issued in the Code of Procedural Law of 2015, when applicable to class actions, in a dialogue with the Class Action law. Both, the incidental provisional injunction and the pre-emptive injunction are related to the procedure issued by the law 7.347/85. The same situation is not true in the case of antecedent provisional injunction regarding the assets of life, because it demands a definitive decision. Also, the prevision of objective liability, within the provisional injunction, to repair the tort caused to the defendant are impertinent to the class action, and this situation must happen only when there is subjective responsibility because the complainant acts in bad faith .

Keywords: Class action. Provisional injunction. Pre-emptive injunction. New CPC.

Submetido: 21 dez. 2015

Aprovado: 15 jan. 2016

A PROPRIEDADE PRIVADA, O DIREITO DE USO E O PLANTIO DE SEMENTES TRANSGÊNICAS: UMA QUESTÃO SOCIOAMBIENTAL NA PROTEÇÃO DA SAÚDE E O CASO DO MILHO “LIBERTY LINK”

Fabiana Pacheco de Souza Silva*

Elcio Nacur Rezende**

1 Introdução. 2 O meio ambiente e a biotecnologia a serviço do homem. 3 A propriedade privada e o direito de uso pós-Constituição de 1988: “função” socioambiental na propriedade rural e a sociedade de risco. 4 A liberação do milho geneticamente modificado “liberty link” e o direito de uso das propriedades privadas no Norte e Nordeste brasileiro - proteção à saúde humana. 4.1 O caso “liberty link”. 4.2 Decisões, discussões e proteção constitucional à saúde. 5 O tratado TIRFAA e a lei de biossegurança como fundamentos para o direito à saúde. 5.1 TIRFAA e direito à saúde 5.2 A lei 11.105/05 como sustentação do direito fundamental à saúde e a aplicação na propriedade privada. 6 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente estudo vem, por meio de apontamentos sobre a evolução da biotecnologia e da necessária reserva do Estado quanto à atenção ao direito à saúde, tratar da propriedade privada e do direito de uso do proprietário face à proteção da saúde e à função social e ambiental da terra para pequenos agricultores do Norte e Nordeste do Brasil quanto à liberação de sementes transgênicas. Nesse sentido, o artigo aborda a questão do longo processo que trata da liberação do milho geneticamente modificado “Liberty Link” e do Parecer Técnico 987/2007 emitido pela CTNBio sobre a liberação do mesmo. Ainda, o estudo trata especificamente do inteiro teor da ação civil pública de autoria das entidades protetoras dos direitos dos agricultores e dos Embargos Infringentes na Ação Civil Pública 2007.70.00.015712-8. O estudo analisa o Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura

* Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Recursos Naturais - DIRNAT/ ESDHC. Especialista em Revisão de Textos pela AVM - Faculdades Integradas/DF. Professora de Direito Centro Universitário Newton. Advogada com ênfase em Direito Público. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva /BH. Graduada em Letras e Pós-Graduada em Literaturas de Língua Portuguesa - PUC/MG. E-mail: fabianapssfelipe@gmail.com.

** Mestre e Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

(TIRFAA) da FAO – Nações Unidas, ratificado pelo Brasil, em 2008, e que vige por meio do Decreto 6476/08, para sustentar a proteção dos direitos dos pequenos proprietários, bem como o direito à informação, imprescindíveis para o trabalho proposto. Para o estudo, foi usado o método hipotético-dedutivo e, por ele, foi usada a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Organismos geneticamente modificados. Propriedade privada. "Liberty Link". TIRFAA. Direito à saúde.

1 INTRODUÇÃO

A evolução da agricultura no mundo é hodiernamente verificada graças à tecnologia disposta ao seu desenvolvimento. A chamada biotecnologia ou tecnologia da biodiversidade ajuda a movimentar o capital agrícola e, por meio dele, auxilia o homem na produção e aplicação de seus conhecimentos científicos para a produção das sementes geneticamente modificadas resistentes às ervas daninhas e também resistentes positivamente aos herbicidas que estão, muitas vezes, em seu DNA.

Apesar de tal evolução biotecnológica, o plantio das sementes transgênicas continua sendo tratado com reservas e precaução pelo fato de não ser, ainda, comprovada cientificamente sua garantia de proteção à saúde alimentar do homem, dos animais e das próprias espécies vegetais.

Nessa perspectiva, o presente artigo trata da biotecnologia e do direito à saúde no tocante ao plantio de sementes transgênicas, sua liberação e sua garantia à saúde dos pequenos proprietários rurais, que necessitam do plantio como subsistência e manutenção da família, além de fonte econômica.

No primeiro primeiro tópico, o estudo apresentará o meio ambiente e a biotecnologia como mola propulsora da evolução agrícola no Brasil. Tratar-se-á da definição de biodiversidade e, por meio desta, a definição de biotecnologia, desde a descoberta do DNA recombinante, em 1962, que gerou o Prêmio Nobel de Medicina a James Watson e Francis Crick, até a mais recente Agenda 21.

O tópico seguinte tratará da propriedade privada, especificamente, de seu direito de uso pós-Constituição de 1988 e suas implicações nas propriedades rurais, levando em consideração a sociedade de risco definida por Ulrich Beck.

O tópico intitulado "A liberação do milho geneticamente modificado "Liberty Link" e o direito de uso das propriedades privadas no Norte e Nordeste brasileiro – proteção à saúde humana" trata especificamente do processo sobre a liberação do milho geneticamente modificado "Liberty Link" e os percalços enfrentados na Ação Civil Pública 2007.70.00.015712-8, em resposta ao Parecer Técnico 987/2007, emitido pela CTNBio, sobre a liberação do milho, quando foi provocada pelas empresas envolvidas na criação da semente OGM "Liberty Link".

No tópico “O Tratado TIRFAA e a Lei de Biossegurança como fundamentos para o direito à saúde” será possível entender a abordagem sobre o assunto na Lei de Biossegurança e no Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura (TIRFAA) da FAO – Nações Unidas, ratificado pelo Brasil, em 2008, e que vige por meio do Decreto 6476/08, para sustentar a proteção dos direitos dos pequenos proprietários, bem como o direito à informação e à tomada de decisões sobre o uso da propriedade que, afinal, pertence-lhes.

O TIRFAA e a Lei de Biossegurança possuem fundamentos para a proteção do direito à saúde e são capazes de, consistentemente, sustentarem ou reprimirem a cultura do milho geneticamente modificado “Liberty Link”?

Por fim, serão apresentadas as conclusões a que o trabalho chegou e sua pertinência na análise de um processo que, desde 2007, ainda não chegou ao fim. Iniciam-se, no Superior Tribunal de Justiça, novos embates jurídicos sobre o assunto.

2 O MEIO AMBIENTE E A BIOTECNOLOGIA A SERVIÇO DO HOMEM

Não é difícil entender que, no Século XXI, já aconteceram mudanças emblemáticas no tocante ao meio ambiente, assunto discutido mesmo antes da Convenção das Nações Unidas de 1972, em Estocolmo. Apesar de toda a discussão implementada desde então, o meio ambiente não deixou de ser foco de degradação e, ainda hoje, sofre com os desmandos no que tange à biossegurança.

Entre outros motivos, a discussão sobre biossegurança foi alicerçada em situações que tornaram o meio ambiente alvo de novas tecnologias relacionadas à biodiversidade. Nesse sentido, o presente tópico tratará da biotecnologia e do meio ambiente, além de suas implicações no tocante à biodiversidade a serviço do homem.

O conceito de biodiversidade ou diversidade biológica é relativamente novo. Foi cunhado em reunião realizada nos Estados Unidos da América, em meados de 1988. Em obra organizada por Edward O. Wilson, catedrático da Universidade de Harvard em Ecologia, está a definição de biodiversidade que é, segundo o autor:

Toda a variação baseada em hereditariedade em todos os níveis de organização dos genes existentes em uma simples população local ou espécies, as espécies que compõem toda ou parte de uma comunidade local, e finalmente, as próprias comunidades que compõem a parte viva dos multivariados ecossistemas existentes no mundo.¹

Além de Edward Wilson, importa salientar, significativamente, que o conceito de biodiversidade foi esculpido na Convenção de Diversidade Biológica – CDB – em seu artigo 2º, que assim preleciona:

Artigo 2º - Diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os

ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte, compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e ecossistemas.

Necessário se faz entender o conceito de biodiversidade para que, por meio dele, seja possível tratar do tema biotecnologia. A biodiversidade é o pressuposto da biotecnologia, uma vez que esta só foi possível a partir de estudos dos ecossistemas, das espécies e pela variabilidade de organismos.

A biotecnologia, essência da evolução tecnológica do meio ambiente, em um mundo de base capitalista, é o modelo do choque entre a evolução científica e a preservação do meio ambiente, uma vez que, através dessa tecnologia da biodiversidade, possível é ainda priorizar o lucro e a individualidade na utilização dos recursos naturais com matéria-prima em ritmo acelerado prejudicando a estabilidade de tais recursos e prejudicando também a saúde humana.

O conceito de biotecnologia está exposto no texto do Capítulo 16 da Agenda 21, denominado "Manejo Ambientalmente Saudável da Tecnologia". Assim dispõe o texto da Agenda 21:

A biotecnologia, um campo emergente, com grande concentração de conhecimento, é um conjunto de técnicas que possibilitam a realização, pelo homem, de mudanças específicas no ácido desoxirribonucleico (DNA), ou material genético, em plantas, animais e sistemas microbianos conducentes a produtos e tecnologias úteis.

Quando o texto da Agenda 21 trata de biotecnologia, refere-se à moderna ciência e do uso do DNA recombinante, que pode ser chamada de engenharia genética.

Por meio da engenharia genética, em 1953, o norte-americano James Watson e o britânico Francis Crick tornaram fática a estrutura da dupla hélice do DNA, no momento em que o decifraram. Estava aí a molécula aninhada na célula de cada ser vivo, assinada por ela por meio de seu código genético. Depois de ganharem o Prêmio Nobel de Medicina, em 1962, os geneticistas e bioquímicos James Watson e Francis Crick ajudaram a selar o nascimento da biologia molecular. O passado recente da biotecnologia teve, então, o seu berço.

Assim como houvera definido, em 1992, a biotecnologia, a Agenda 21, no mesmo Capítulo 16, entende que os países ricos em biodiversidade possuem vantagens especiais na exploração biotecnológica. Afirma o texto que a perspectiva de novas oportunidades de parcerias globais entre países ricos em recursos biológicos, mas carentes de capacitação e de investimentos necessários à sua aplicação, e países com capacidade biotecnológica, mas carentes de recursos, são reais. Assim, haveria contribuição para o desenvolvimento sustentável.

Tal texto vem corroborar o entendimento do artigo 1º da Convenção de Diversidade Biológica, de 1992, que preleciona:

Artigo 1 - Objetivos

Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

A biotecnologia é, com certeza, avanço no conhecimento da biodiversidade e da capacidade de, por meio do conhecimento, buscar formas de desenvolvimento sustentável, sem esgotar os recursos do planeta. É ferramenta do homem para o conhecimento do meio ambiente e aproveitamento potencial pelo saber científico.

3 A PROPRIEDADE PRIVADA E O DIREITO DE USO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988: “FUNÇÃO” SOCIOAMBIENTAL NA PROPRIEDADE RURAL E A SOCIEDADE DE RISCO

No Direito Constitucional, esculpido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está o direito de propriedade, no inciso XXII, *in verbis*: “é garantido o direito de propriedade”.

Para José Adércio Leite Sampaio e Afrânio Nardy:

O direito da propriedade como direito humano se prende à sua função de proteção pessoal de seu titular. Há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua personalidade, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que exerce sobre a coisa. (Grifo nosso)²

Assim como colocado na Constituição de 1988, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 17, também preleciona que toda pessoa tem direito à propriedade, fundamental em todos os sistemas nacionais reguladores dos diversos tipos de propriedade. Assim está disposto na declaração: “**Artigo 17:** 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

O Código Civil de 2002, na mesma esteira, traz, em seu artigo 1228, o conceito de propriedade e nele está consubstanciado: “Artigo 1228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O tratamento que será dado no presente tópico sobre o direito à propriedade está no âmbito da faculdade de uso da propriedade, seja pelo proprietário ou pelo possuidor de boa-fé e, até mesmo, do detentor – fâmulo da posse – quando do uso da terra comprometido com a função social e ambiental da propriedade.

Para Nelson Rosenvald, a faculdade de uso significa:

[...] a faculdade do proprietário de servir-se da coisa de acordo com a sua destinação econômica. O uso será direto ou indireto, conforme o proprietário conceda utilização pessoal do bem, ou em prol de terceiro, ou deixe-o em poder de alguém que esteja sob suas ordens – servidor da posse.³

Ainda continua Nelson Rosenvald, fazendo menção ao artigo 1412 do Código Civil de 2002, que aquele que usa a coisa perceberá os frutos do bem, *in verbis*: “O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos”.

Modificou-se a natureza do uso depois da vigência da Constituição Federal de 1988, pois não é dada ao proprietário a escolha do não uso, não é o proprietário absolutamente livre. Antes da atual Carta Magna, os direitos do proprietário sobre o bem, mesmo sem uso, mantinham-se intactos. Faz-se, assim, atualmente, do uso um poder-dever daquele que é titular do bem.

Não é possível tratar de propriedade, após a vigência da atual Constituição, mesmo que apenas no âmbito do direito de uso, sem tratar de sua função social. Também não é possível tratar-se de aplicação social da propriedade sem tratar da atual sociedade de risco. Nesse sentido é preciso citar o disposto na V Jornada de Direito Civil, no tocante ao Enunciado que trata especificamente da função social da propriedade, *in verbis*:

Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1º do artigo 1228 do Código Civil que, em consonância com o disposto no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho.

Naquilo que tange à sociedade de risco, é pertinente citar a definição dada por Ulrich Beck. Para o autor, a sociedade de risco pode ser assim definida:

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos. Essa passagem da lógica da distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia está ligada historicamente a (pelo menos) duas condições. **Ela consuma-se**, em primeiro lugar – como se pode reconhecer atualmente – **quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas**, assim como pelas garantias e regras jurídicas e do Estado Social, é objetivamente reduzida e socialmente isolada a autêntica carência de matéria. Em segundo lugar, essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, **a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são**

desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida. (Grifo nosso).⁴

A partir da definição de sociedade de risco de Ulrich Beck, poder-se-á salientar que a função social da propriedade em conjunção com a tecnologia da biodiversidade poderão dar um tratamento econômico sem precedentes à propriedade rural, na seara de plantio de sementes fortalecidas, mas, ao mesmo tempo, poderão desencadear riscos e potenciais de autoameaça, se não for verificado o princípio da precaução associado ao direito de uso da propriedade. Associado à sociedade de risco, o princípio da precaução é tratado de forma *sui generis* por Paulo Affonso Leme Machado, quando preleciona sobre a ignorância e o princípio supracitado. Segundo o autor:

Há os que afirmam que a ignorância é o domínio da não argumentação, o lugar onde todas as hipóteses se equivalem. Esta visão, na qual os confins do saber são assinalados pela ignorância e pelo medo, condicionou forte e negativamente o princípio da precaução, fazendo prevalecer uma versão de irracionalidade e obscurantismo.⁵

Nesse interim, não é bastante que haja função social de propriedade sem analisar a potencialização de uma sociedade de risco e a precaução. Negligência ao dar produtividade a uma propriedade rural sem atentar para estudos da pós-modernidade que tangenciam o direito de uso é, talvez, deixar de cumprir a função social mesmo que em uma propriedade produtiva. Pode ser, também, que o medo impeça uma propriedade produtiva de não afastar “a ocorrência do risco à saúde dos seres humanos, dos animais e da proteção vegetal”.⁶

Importante se faz a verificação da função social da propriedade no entendimento de Guilherme José Purvin de Figueiredo, quando afirma, citando Orlando Gomes: “A propriedade seria uma situação jurídica subjetiva com a natureza de um poder (*potestã*) que encerra deveres, obrigações e ônus. Nesse sentido, a propriedade é hoje uma função social quando exercida para certos fins”.⁷

4 A LIBERAÇÃO DO MILHO GENETICAMENTE MODIFICADO “LIBERTY LINK” E O DIREITO DE USO DAS PROPRIEDADES PRIVADAS NO NORTE E NORDESTE BRASILEIRO – PROTEÇÃO À SAÚDE HUMANA

4.1 O Caso “Liberty Link”

O milho transgênico “Liberty Link”, semente resistente ao herbicida glufosinato de amônio – GA – produto patentado pela empresa *Bayer Seeds Ltda.*, é alvo, desde 2007, de um longo processo judicial em prol de sua liberação no mercado agrícola brasileiro.

A celeuma teve início quando a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio – emitiu um parecer fundamentado na recente Lei 11.

105/05, Lei de Biossegurança e no Decreto 5.591/05, sobre o Processo n. 01200.005154/1998-36, enviado pela *Hoechst Shering AgrEuo do Brasil Ltda.*, hoje, *Bayer Seeds Ltda.*, requerendo parecer técnico conclusivo para as atividades relativas ao milho OGM "Liberty Link" em 2007.

No mesmo ano, foi proposta Ação Civil Pública - Processo físico 2007.70.00.015712-8, de autoria da Assessoria e Serviços a Projetos de Agricultura Alternativa - AS-PTA -, da Associação Nacional de Pequenos Agricultores, do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e da Organização Não - Governamental Terra de Direitos em face da Associação Brasileira de Produtores de Milho - ABRAMILHO -, *Bayer S.A*, *Monsanto do Brasil Ltda.*, *Syngenta Seeds Ltda.* e União Federal.

A Ação Civil Pública teve como pedido a anulação da liberação do organismo geneticamente modificado "Liberty Link" pelo fato de entender a parte autora que o estudo de impacto ambiental e de prejuízo à saúde do homem deu-se, apenas, nas regiões Sul e Sudeste do Brasil, desconsiderados os biomas do Norte e Nordeste brasileiros, quais sejam, a caatinga e a Amazônia, para que fosse considerada a liberação da semente transgênica.

Além da anulação da liberação do milho transgênico em comento, requereu-se que a União Federal fosse condenada à exigência da CTNBio para que esta elaborasse normas e critérios de avaliação de risco para as liberações comerciais de OGM. A sentença fora proferida em julho de 2010.

Foi a sentença parcialmente procedente para anular a autorização da liberação comercial do milho "Liberty Link", impedindo que fosse implementada nas regiões Norte e Nordeste do Brasil a semente OGM, enquanto a CTNBio não convalidasse o entendimento quanto à viabilidade de liberação nos biomas caatinga e Amazônia e que fossem previstas medidas de segurança e restrições de uso que atendessem às particularidades dos biomas descritos.

A decisão confirmou a medida liminar positiva quanto à anulação do parecer da CTNBio de 2007 e determinou à União que ditasse normas quanto ao pedido de sigilo de informações pelos proponentes da liberação do OGM.

Foram interpostas apelações pela União Federal e pelas partes autoras. A 3ª Turma do TRF-4 negou, por unanimidade, a apelação da parte autora e, por maioria de votos deu provimento à apelação da União Federal.

A Ementa do Acórdão ficou, então, redigida nos termos *in verbis*:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA - CTNBIO. VÍCIO NA LIBERAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO GENETICAMENTE MODIFICADO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. A autorização de liberação comercial do milho geneticamente modificado constitui ato administrativo, cuja observância da legalidade, princípio insculpido no art. 37 da CF/88, sujeita-se ao

crivo do Judiciário, na forma de inúmeros precedentes julgados por este Tribunal e pelo STJ. Proferida, pela CTNBio, a decisão técnica em questão no exercício da competência legalmente a ela atribuída, resta o procedimento administrativo em tela de acordo com as exigências legais. (TRF4, Relator: MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, Data de Julgamento: 06/03/2013, TERCEIRA TURMA)

Com fulcro nas decisões anteriores, os autores interpuseram embargos infringentes, pretendendo a prevalência do voto vencido na 3ª Turma do TRF4, com os seguintes fundamentos: o Parecer Técnico 987/07 da CTNBio e sua nulidade fundada nos artigos 5º, inciso XXXIV e artigo 225 da Constituição Federal, além dos artigos 3º, inciso III, e 48 da Lei 9784/99 (Processo Administrativo), artigo 15 da Lei 11105/05 (Lei de Biossegurança) e artigo 34 do Decreto 5591/05.

Ademais, sustentaram os autores a necessidade do princípio da precaução, violação dos artigos 225, § 1º, inciso V da Constituição Federal, do artigo 1º da Lei de Biossegurança e Declaração de Rio de 1992. Afirmaram que, segundo o artigo 40 do Decreto 5591/05, os estudos deveriam ter sido feitos, com obrigatoriedade, no Brasil.

Assim, destacando os elementos da ação descrita importa entender os requisitos de decisões tomadas, uma vez que, aqui, tais decisões serão analisadas sob a égide do direito constitucional à saúde e o direito de uso da propriedade privada, levando em consideração a presença atual da discussão do tema em uma sociedade de risco.

4.2 Decisões, Discussões e Proteção Constitucional à Saúde

Um dos pontos apresentados pelo Relator dos Embargos Infringentes apresentados na Ação Civil Pública em comento merece destaque. Trata da necessidade de apropriação da natureza pelo homem. Assim, o Relator Cândido Alfredo Silva Leal Junior afirma

A necessidade de se apropriar da natureza para sobreviver coloca aos homens um difícil dilema: conciliar o medo e a ousadia. O medo é fruto da responsabilidade, reconhecendo nossos limites e a possibilidade de errar a que nossa liberdade nos remete. Já a ousadia é fruto da inquietude do homem moderno, que precisa avançar em busca de alimentos e da superação de seus limites, sob pena de perecer. A disputa sobre o milho geneticamente modificado envolve um pouco da disputa entre medo e ousadia. Não podemos ter confiança cega na técnica e na ciência, aceitando sem questionamentos os critérios técnicos aprovados por uma maioria científica. Mas também não podemos ter medo excessivo, desproporcional e paralisante, indo cegamente contra organismos geneticamente modificados apenas porque são organismos geneticamente modificados. (Embargos Infringentes Nº 5000629-66.2012.404.7000/PR, Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR)

O direito à saúde, esculpido na Constituição Federal brasileira, está disposto no artigo 6º da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além de ser um direito elencado como direito social no artigo supracitado, o direito à saúde ainda é especificado no artigo 196 da mesma Constituição, especificamente tratado como direito de todos e dever do Estado que, para tanto, é obrigado à implementação de políticas públicas visando à redução do risco de doenças.

Entende Adriana Zawada Melo que é: “[...] a saúde como direito subjetivo público, exigível do Estado, o qual deve atuar tanto de forma preventiva, como reparativa ou curativa, sendo que a atuação preventiva foi privilegiada.”⁸

Nesse diapasão, importa afirmar que no caso do milho “Liberty Link” a proteção constitucional à saúde humana foi considerada na decisão dos Embargos Infringentes da Ação Civil Pública. Afirma, em tal decisão, o Desembargador Cândido Alfredo Silva Leal Junior, que a disputa sobre o milho geneticamente modificado envolve medo e ousadia e não é possível ter confiança cega na ciência e nas habilidades técnicas, mesmo que haja aprovação de uma maioria científica. Ainda assim, entende a necessidade do diálogo para que não haja medo excessivo e, segundo o próprio Relator, paralisante, que impeça o avanço da biotecnologia ajustado aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porém, não podem ser aplicados no tocante à biotecnologia se não forem analisados, também, à luz do princípio da precaução. Princípio este tratado de forma especial por Paulo Affonso Leme Machado no tratamento do princípio do risco instaurado pela Constituição Federal do Brasil.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado:

O texto constitucional não definiu o que é risco e nem estabeleceu os tipos de risco a serem controlados pelo Poder Público. Os tipos de inciso V do § 1º do artigo 225 aponta cinco atividades que deverão ser controladas: a produção, a comercialização, o emprego de técnicas, a utilização de métodos e o emprego de substâncias que comportem risco simples, médio ou grave para a vida, a qualidade de vida e para o meio ambiente.⁹

Atento à necessidade de tutelar o direito à saúde, o Acórdão ainda busca a discussão sobre as medidas tomadas pela Comissão Técnica de Biossegurança - CTNBio - uma vez que a Comissão deveria, segundo afirmado, ter considerado todas as regiões e biomas do Brasil para emitir um parecer técnico sobre a produção do milho transgênico, o que não ocorreu.

A Associação Nacional de Pequenos Agricultores e a Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, como partes do polo ativo da Ação Civil Pública que discute a liberação do milho produzido pela *Syngenta Seeds Ltda.*, *Bayer S.A.* e *Monsanto do Brasil Ltda.* têm preocupação com a cultura do milho nas pequenas propriedades agrícolas das regiões Norte e Nordeste do Brasil. Segundo as autoras supracitadas, a necessidade de informação sobre o cultivo de organismos geneticamente modificados é imprescindível para a liberação do cultivo nas lavouras dos pequenos produtores que dependem unicamente da confiança no cultivo para prosperar a família pela propriedade.

A Declaração do Rio, 1992, em seu Princípio 19, é clara no tocante à necessidade de informação; *in verbis*: “a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as atividades públicas...”.¹⁰

Foi nesse sentido que se deu, através da Ação Civil Pública, a tutela, pelas instituições interessadas, da saúde humana e da propriedade dos pequenos agricultores.

É sabido que a função social da propriedade é um dos critérios para o seu uso. Baseada na falta de informações aos agricultores, sujeitos diretamente interessados, a associação AS-PTA-Agricultura Familiar e Agroecologia, uma das autoras da Ação Civil Pública sobre Liberação do Milho Transgênico “Liberty Link”, que atua para o fortalecimento da agricultura familiar e na produção do desenvolvimento rural sustentável no Brasil, demonstra preocupação urgente na anulação definitiva da liberação do organismo geneticamente modificado que, ainda, em 2015, carece de julgamento desde 2007. No dia 29 de setembro de 2015, o Recurso Especial – REsp 1543211 – foi distribuído no Superior Tribunal de Justiça e ainda aguarda solução.

5 O TRATADO TIRFAA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO FUNDAMENTOS PARA O DIREITO À SAÚDE

O Congresso Nacional, no mês de março de 2005, aprovou a Lei n. 11.105, Nova Lei de Biossegurança, com o fulcro de regulamentar os incisos II, IV e V do § 1º do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal lei foi substituída pela Lei 8.974/95, que cuidava do assunto até então.

O Tratado Internacional Sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura – TIRFAA – no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO)¹¹, desde o início da década de 1980, girava em torno dos recursos genéticos com objetivo de sustentar a discussão para a aplicação de tais recursos na alimentação e na agricultura.

Ao abordar a Lei de Biossegurança e o TIRFAA, objetiva-se tratar de documentos na seara ambiental nacional e internacional que, ajustados à agri-

cultura, sejam satisfatórios para a discussão do plantio de sementes transgênicas e a proteção do direito constitucional à saúde.

5.1 TIRFAA e direito à saúde

O Brasil, no ano de 2006, assinou o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos; porém ele foi ratificado apenas no ano de 2008, quando foi publicado, por meio do Decreto 6476/08.

Já em seu Artigo 1º, que trata dos objetivos do TIRFAA, é possível notar a preocupação com o uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e agricultura, além de cuidar da segurança alimentar. É o texto do Artigo 1º do TIRFAA:

Artigo 1º - Objetivos

1.1 Os objetivos deste Tratado são a conservação e o uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização, em harmonia com a Convenção sobre Diversidade Biológica, para uma agricultura sustentável e a segurança alimentar.

1.2 Esses objetivos serão alcançados por meio de estreita ligação deste Tratado com a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura e com a Convenção sobre Diversidade Biológica.

O texto do Artigo 2º tratou de definir termos imprescindíveis para que a aplicação do Tratado se desse em congruência com os objetivos traçados, principalmente, no que tange ao uso sustentável para a alimentação e agricultura. Para o TIRFAA, "material genético se entende por qualquer material de origem vegetal, inclusive material reprodutivo e de propagação vegetativa, que contenha unidades funcionais de hereditariedade".

No caso em comento do milho "Liberty Link", o parecer técnico, fundamento para a liberação comercial do OGM, emitido pela CTNBio, afirma que é possível haver o plantio sem reduzir a diversidade biológica e sem prejuízo para a saúde humana. Segundo o parecer:

[...] a proteína PAT pertence a uma classe de enzimas frequentemente encontrada na natureza, presente em micro-organismos, plantas e animais, tem sido bem estudada em seus aspectos químicos e cinéticos, indicando que não se trata de uma toxina e não se reconhece nenhuma propriedade tóxica dessa proteína. (CTNBio, 2007. Parecer 01200.005154/1998-36)

Apesar disso, informações da parte autora que requer a anulação de liberação do plantio do milho transgênico sustentam que não é possível afirmar a inexistência de riscos quanto à semente "Liberty Link" se não houver estudo do plantio em todos os biomas nacionais que sejam capazes de sustentar a reação do

OGM, inclusive, a caatinga e a Amazônia brasileira. Além disso, tal feito feriria o direito dos agricultores, disposto no Artigo 9º do TIRFAA, pois segundo o texto:

PARTE III - DIREITOS DOS AGRICULTORES

Artigo 9º- Direitos dos Agricultores

9.1 As Partes Contratantes reconhecem a enorme contribuição que as comunidades locais e indígenas e os agricultores de todas as regiões do mundo, particularmente dos centros de origem e de diversidade de cultivos, têm realizado e continuarão a realizar para a conservação e para o desenvolvimento dos recursos fitogenéticos que constituem a base da produção alimentar e agrícola em todo o mundo.

9.2 As Partes Contratantes concordam que a responsabilidade de implementar os Direitos dos Agricultores em relação aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura é dos governos nacionais. De acordo com suas necessidades e prioridades, cada Parte Contratante deverá, conforme o caso e sujeito a sua legislação nacional, adotar medidas para proteger e promover os Direitos dos Agricultores, inclusive:

(a) proteção do conhecimento tradicional relevante aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura;

(b) o direito de participar de forma equitativa na repartição dos benefícios derivados da utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura; e

(c) o direito de participar na tomada de decisões, em nível nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura.

9.3 Nada no presente Artigo será interpretado no sentido de limitar qualquer direito que os agricultores tenham de conservar, usar, trocar e vender sementes ou material de propagação conservado nas propriedades, conforme o caso e sujeito às leis nacionais.

Em contrapartida, na apresentação das Contrarrazões pela Bayer S/A e pela discussão sobre a não participação das comunidades de agricultores locais e o medo do plantio de outras sementes já plantadas, com frequência, pelos pequenos proprietários, serem afetados pela disseminação do suposto plantio de “Liberty Link”, afirma a empresa:

[...] a fecundação cruzada temida e apontada pelas Embargantes como terrível e destruidora já poderia ter ocorrido entre as variedades crioulas e as convencionais e que, todavia, **o homem do campo sabe muito bem como afastar este risco**. A solução é singela, mas eficiente: basta manter distância entre as culturas para evitar a polinização e isto já tem sido feito há muitos anos. (Embargos Infringentes Nº 5000629-66.2012.404.7000/PR - Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR) (Grifo nosso)

Ao firmar e, de certa forma, responsabilizar o conhecimento adquirido pelo homem campesino ao lidar com a agricultura, é possível verificar a tentativa do afastamento da responsabilidade dos governos locais que é tratada no TIRFAA.

Segundo Larissa Ambrosiano Packer, na obra "Biodiversidade como Bem Comum", o tratado define bem como "o rol de direitos dos agricultores e estabelece que é de competência dos governos nacionais a responsabilidade de concretizar os direitos dos agricultores(as), com medidas para proteger e promover tais direitos."(PACKER, p.20)

Assim, não cabe o "saber bem" do agricultor se não houver a tutela do Estado-parte, ratificador do TIRFAA, mesmo que seja por meio da CTNBio, com parecer conclusivo, o que não ocorreu.

5.2 A Lei 11.105/05 como Sustentação do Direito Fundamental à Saúde e a Aplicação na Propriedade Privada

Com objetivo claro de estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre temas urgentes como a regulamentação dos incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, a sanção da Lei 11.105/05, veio substituir a Lei 8.974/95. Já em seu artigo 1º, a Lei de Biossegurança aborda a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação e exportação, armazenamento e pesquisa, mas também trata da comercialização, liberação no meio ambiente e descarte de OGMs e seus derivados.

Importa salientar que, no próprio *caput* do artigo 1º, a Lei 11.105/05 já afirma suas diretrizes e, entre elas, a proteção à vida e à saúde humana. Pode-se observar o artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como **diretrizes** o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a **proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal**, e a **observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente**.(Grifo nosso)

Sobre a necessidade de proteção à saúde, no caso analisado no presente trabalho, qual seja, a liberação do milho "Liberty Link", a CTNBio, ao emitir parecer sobre o assunto, informou em sua análise que:

A Bayer S.A. solicitou à CTNBio Parecer Técnico para o livre registro, uso, ensaios, testes, semeadura, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, importação, liberação e descarte de milho tolerante ao herbicida glufosinato de amônio – Milho Liberty Link – evento T25. Foi inserido na planta o gene *pat*, res-

ponsável pela síntese da enzima fosfinotricina-N- acetiltransferase (PAT), que catalisa a conversão de L-fosfinotricina (glufosinato de amônio) a produtos não tóxicos, inativando o ingrediente ativo e, deste modo, conferindo à planta a característica de tolerância ao herbicida. (PARECER TÉCNICO Nº 987/2007, CTNBio)

Além das informações a respeito do glufosinato de amônio, herbicida que fazia parte do complexo da semente do milho, a CTNBio ainda informa que estava presente na semente um novo gene, o PAT, que conferiria à planta a característica de tolerância ao herbicida; informações técnicas de pouca valia aos interessados no plantio da nova semente. Mas, a CTNBio continua, em sua análise técnica requerida pela empresa:

No Brasil, várias liberações planejadas no meio ambiente, em caráter experimental, do milho T25, foram conduzidas após aprovação da CTNBio em regiões representativas da cultura do milho, compreendendo os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraná, Goiás, Rio Grande do Sul e Bahia. (PARECER TÉCNICO Nº 987/2007, CTNBio)

Desta feita, importa salientar que as liberações planejadas do milho transgênico foram feitas em estados brasileiros, excluindo-se da análise estados das regiões Norte e Nordeste do Brasil. Regiões com biomas específicos como a caatinga e a Amazônia e que, por isso, não poderiam ficar fora do estudo sob pena de desobediência à Lei de Biossegurança em seu artigo 14, inciso IV, que preleciona ser competência da CTNBio: “ IV – proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados”.

No momento em que dois importantes biomas brasileiros foram excluídos do estudo técnico, entendeu a parte autora da Ação Civil Pública que o Parecer Técnico 987/2007 estava eivado de vício, não podendo, portanto, ser o único documento a ser considerado para a liberação do OGM [...], em todo o território brasileiro, uma vez que a Lei 11.105/05 entende ser competência da entidade CTNBio a análise de caso a caso, no tocante à avaliação de risco para proteção da saúde humana.

Para o entendimento de Paulo Roney Ávila Fagúndez, o conceito de saúde deve estar ajustado ao bem estar físico, mental e social, parafraseando a Organização Mundial de Saúde. Segundo o autor, não é possível que se afirme ser a saúde apenas a inexistência de doença, pois se não há saúde absoluta e os processos biológicos são dinâmicos, constitui-se a saúde em um equilíbrio de mesma monta.

Ainda no mesmo sentido, o autor afirma:

A lei de biossegurança pode gerar insegurança. Como fica o princípio da precaução? Se não há estudos conclusivos a respeito de danos causados à saúde por parte dos alimentos transgênicos, isso não significa que eles não podem ser proibidos? Muitos anos depois

estamos sofrendo os efeitos devastadores do emprego de defensivos agrícolas para o controle das "pragas". [...] A pequena propriedade é que produz o alimento consumido pela população brasileira. A indústria de alimentos empregou a química e o resultado está aí. As doenças iatrogênicas proliferam. Jogamos os nutrientes para os porcos para, posteriormente, abatê-los para o consumo humano.

No caso estudado no presente trabalho, esta apresentadas, nos Embargos Infringentes, as contrarrazões pela União Federal, informa a necessidade de o Parecer Técnico 987/2007 ser mantido, isto por entender que

o milho é considerado uma planta exótica no país, não existindo parente silvestre desta espécie e que o milho tem uma história de mais de oito mil anos nas Américas e é atualmente a espécie cultivada que atingiu o mais elevado grau de domesticação e só sobrevive na natureza quando cultivado pelo homem. (Embargos Infringentes Nº 5000629-66.2012.404.7000/PR - Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR)

Entende, ainda, a União Federal, que estudos realizados a campo envolvendo o milho "Liberty Link" em regiões representativas como os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Paraná, Goiás, Rio Grande do Sul e Bahia foram suficientes para demonstrar a biossegurança do OGM para todo o país e não apenas para as regiões onde foram efetuadas as pesquisas.

Apesar de afirmar a desnecessidade de estudo de áreas como o cerrado da região Norte do Brasil, a autora Cirlene Luiza Zimmermann, em artigo sobre a transgenia aponta que "[...] o bioma do cerrado possui um solo não muito fértil para a agricultura, o que intensifica o uso dessa tecnologia para atingir a alta produtividade que vem sendo obtida nessas áreas de solo mais pobre."¹²

Nesse sentido esta pesquisa entende existir a necessidade de estudos importantes dos biomas esquecidos no estudo da CTNBio, pois trata-se de biomas impulsionadores de mercado em território brasileiro e a informação sobre a potencialidade do solo poderia dar a expectativa de novas culturas aos pequenos proprietários.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois do estudo realizado durante todo o artigo, chegou-se ao entendimento de que ainda não existe aproveitamento das potencialidades dos documentos internacionais ratificados pelo Brasil, como é o caso do TIRFAA, que é um documento rico em informações para o Estado brasileiro no que tange ao conhecimento científico e fitogenético das espécies, o que vem a desconsiderar pontos importantes nas análises de casuística, como o Caso "Liberty Link". Estudos afirmam que nenhum país é soberano em recursos fitogenéticos, daí a importância de ter em seu corpo legal um tratado como é o TIRFAA.

Sobre a Lei de Biossegurança, é possível verificar que seus estudos estão em âmbito comercial na maioria das aplicações fáticas. No caso em comento,

apenas um parecer técnico não é suficiente para que empresas possam exercer suas atividades na área da biotecnologia.

A Lei 11.105/05 tem, em seu texto, informações técnicas que pouco são úteis ao cotidiano daqueles pequenos proprietários que se interessam por um plantio biotecnológico e saudável. A competência da CTNBIO engloba apenas a área de manejo dos OGMs, não sendo suficiente para dar segurança ao agricultor.

A biossegurança deveria ser a segurança da vida, mas existe a necessidade de que haja consciência política dos cidadãos para que exijam fiscalização quanto ao estudo de sementes transgênicas.

Esta é a intenção da Ação Civil Pública estudada no trabalho, com o objetivo de que o medo não se sobreponha à ousadia e a evolução agrícola seja alcançada por aqueles que necessitam de alimento saudável.

REFERÊNCIAS

AMOY, R. de A. **O princípio da precaução e a liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente:** uma análise do ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição da República de 1988. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos-RJ.

BECK, Ulrich. In: NASCIMENTO, Sebastião (Trad.). **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil Volume 3.** Salvador: JusPodivm, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental.** São Paulo: RT, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila.(Orgs.). **Aspectos Destacados da Lei de Biossegurança na Sociedade de Risco.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coords.). **Constituição Federal Interpretada:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri:Manole, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 23. ed. São Paulo:Malheiros, 2015.

PACKER, Larissa Ambrosiano. **Diversidade como bem comum.** [s.l.] : [s.ed.], [s.d.].

RAMMÊ, Rogério Santos. **Federalismo Ambiental Cooperativo e o Mínimo Existencial Socioambiental:** a multidimensionalidade do bem-estar como fio condutor. In: *Veredas do Direito*, v.10, n.20. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara. jul./dez. 2013, pp. 145-161.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite; NARDY, Afrânio. **Direito Fundamental de Propriedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

-
- 1 WILSON, 1997, p. 1.
 - 2 SAMPAIO, José Adércio Leite; NARDY, Afrânio. **Direito Fundamental de Propriedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
 - 3 ROSENVALD, Nelson, 2015, p. 243.
 - 4 BECK, Ulrich. In: NASCIMENTO, Sebastião (Trad.). **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011., p. 23.
 - 5 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. São Paulo:Malheiros, 2015, p. 105.
 - 6 Ibid., p. 105.
 - 7 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental**. São Paulo: RT, 2014, p. 93.
 - 8 MELO, Adriana Zawada. 2011. p. 1083.
 - 9 MACHADO, op. cit., p. 99
 - 10 Declaração do Rio, 1992.
 - 11 FAO – Food and Agriculture Organizations of The United Nations.
 - 12 ZIMMERMANN, 2009. p. 84

PRIVATE PROPERTY, RIGHT OF USE AND TRANSGENIC SEED PLANTING: AN ENVIRONMENTAL QUESTION ON HEALTH PROTECTION AND THE CASE OF “LINK LIBERTY” CORN

ABSTRACT

This study, regarding the developments in biotechnology and the necessary reserve of the state in terms of attention to the right to health, broaches the tension between private property and the owner’s right to use it, in one hand, and the health protection and social and environmental function of land for small farmers in the north and northeast of Brazil, in the other hand, in face of the release of transgenic seeds. The long process that deals with the release of the genetically modified organism “Liberty Link” and the technical opinion 987/2007 issued by CTNBio, which released it for planting is analysed. Still, the study deals specifically with the entire content of the public civil action authorship of protective entities

of the rights of farmers and infringing embargoes on civil class action 2007.70.00.015712-8. The study analyzes the international treaty plant genetic resources for food and agriculture - FAO - United Nations, ratified by Brazil in 2008, to sustain the protection of the rights of smallholders and the right to information, both essential for this work. The hypothetical-deductive method and proper literature was used to develop this paper.

Keywords: Genetically modified organisms. Private property. “Liberty Link”. ITPGREFA. Right to health.

Submetido: 27 nov. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

PAIDEIA DOS DEGREDADOS: RAÍZES DOS CONDICIONAMENTOS INIBIDORES DA UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL *

*Gerardo Clésio Maia Arruda***
*Flávio José Moreira Gonçalves****

Introdução. 1 O sentido da colonização e alguns caracteres do colonizador português. 2 Relações de produção e formação da força de trabalho. 3. Poder e educação. Conclusão. Referências.

RESUMO

Neste artigo, faz-se um esforço para identificar as causas originárias das interposições que se construíram historicamente e que ainda obstaculizam a universalização do direito à educação na sociedade brasileira. Para tanto, as análises remetem ao período colonial e imperial com o intento de se apreender o sentido da colonização, os meandros da dominação e a estrutura hierárquica aí construídos e, posteriormente, consolidados. Portanto, averiguam-se as consequências desses processos para o delineamento da dinâmica das relações sociais e de poder. Assim, faz-se uma incursão nas relações econômicas buscando trazer à tona os elementos concretos que definem os interesses das classes dominantes, compreendidos como fundantes da organização política, portanto, que se encontram na base da regulação das relações sociais. Examinam-se ainda as relações de produção com o objetivo de verificar a necessidade de formação da força de trabalho, percebida como essencial ao entendimento da trajetória da normatização e das políticas públicas direcionadas ao campo da educação. Conclui-se, referenciando-se nessas questões, que a Constituição de 1824 dá início a uma normatização do direito à educação que inaugura um hiato abissal entre o que se propõe

* Revisão de Português do presente artigo realizada por Francisco Gomes Martins.

** Doutor e mestre em Sociologia, especialista em Geografia e graduado em Economia. Professor da Universidade de Fortaleza (Unifor) e do Centro Universitários Christus (Unichristus). Pesquisador da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Funcap). E-mail: clesioarruda@yahoo.com.br

*** Doutor em Educação, mestre em Filosofia, mestre e graduado em Direito. Professor da Universidade Federal do Ceará (UFC), do Centro Universitário Christus (Unichristus) e da Universidade de Fortaleza (Unifor). Assessor Pedagógico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmeac) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Hans Jonas, cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: professorflavio@ymail.com

como garantia constitucional e a realidade sociopolítica a qual está dirige.

Palavras-chave: Direito à Educação. Universalização. Constituição de 1824. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

No transcurso da primeira metade do século XX, consolidou-se nos países subdesenvolvidos a percepção de que a ciência e a tecnologia seriam os instrumentos capazes de operar transformações nas normas orientadoras dos pensamentos e ações coletivas. Legitimou-se a crença segundo a qual, somente pelo intermédio do conhecimento, seria possível a superação do atraso econômico e do fosso abissal que extrema, social e culturalmente, seus segmentos populacionais.

É razoável afirmar que a partir do entendimento de que é inerente à ciência a formação de uma força transformadora, gerou-se na sociedade brasileira um consenso que enxerga neste fator um mecanismo instituidor de padrões reguladores de comportamentos coletivos propiciadores de melhorias nas dinâmicas de funcionamento das subestruturas econômicas, sociais e políticas. Numa palavra, plasmou-se por todo o tecido social a ideia de que por meio da ciência seria possível viabilizar a maximização dos recursos e geração de uma produção abundante, capaz de promover dignidade, dar condições de sobrevivência para todos e retirar da miséria, e da pobreza, segmentos populacionais que nelas se encontram imersos; bem como inaugurar um *modus operandi* na política que assegure os princípios democráticos. Como diz Florestan Fernandes: “todos anseiam por anular a distância histórico-cultural que os separa dos países adiantados, e por realizar, de modo equânime e completo, os ideais da vida humana consagrados pela moderna civilização ocidental”¹.

Com efeito, a comparação de dados dos censos demográficos brasileiros de 1940 e 2010 indica a existência de mudanças significativas na distribuição da população por áreas geográficas e por setores econômicos. A população total, que em 1940 era de 41,2 milhões de habitantes, foi aumentada para 190,7 milhões; já a população urbana, que era constituída de 12,9 milhões de pessoas, saltou para um total de 160,9 milhões. O comportamento destas variáveis provocou uma mudança do índice de urbanização de 31,23%, em 1940, para 84,36%, em 2010. No concernente à distribuição dos trabalhadores nos setores de atividades econômicas, detectou-se em 1940 o percentual de 4,8% de pessoas ocupadas na indústria de transformação e, em 2010, essa taxa era de 11,8%. Assistiu-se, neste período, à transformação da sociedade brasileira de rural e agropecuária para urbana e industrial e de serviços. Entretanto, no Censo Demográfico de 2000, observava-se que o país possuía, entre as pessoas com 10 anos ou mais de idade, o equivalente a 4,4% com nível superior completo; somente nas duas últimas décadas é que se verificou a adoção de políticas públicas mais consistentes que elevaram esse índice, em 2010, para 7,9%, o que representou um crescimento²

de 109,83%. Apesar disto, ainda é baixo o percentual da população brasileira com nível superior, mesmo quando comparado com países da América do Sul.

O Brasil modernizou-se economicamente, tornou-se urbano e industrializado. Mas esta transformação seguiu uma trajetória que comportou 22 anos de um regime totalitário, e com base num sistema de livre mercado, produtor de mercadoria intensivo de mão de obra, com baixo nível de inovação tecnológica que não demandava qualificação elevada nem mesmo em larga escala. A sociedade brasileira é particularmente complexa, pois apresenta, em 2013, o 7º maior Produto Interno Bruto mas que ocupa a 84ª posição no ranking mundial do Índice de Desenvolvimento Humano³; e comporta setores econômicos oligopolizados atuantes no mercado global intensivo em capital e um elevado contingente de trabalhadores inseridos em atividades informais, destituídos de proteção jurídica e com salário e jornada incerta, que engendrou uma Constituição reconhecida pela exaltação aos princípios da dignidade humana (art. 1º, III), da liberdade e da igualdade, mas que possui uma parcela de sua população que se coloca radicalmente contrária à efetivação de políticas compensatórias e de distribuição de renda.

É inegável a presença da mentalidade industrial no corpo político brasileiro, o que pode ser observado nos padrões reproduzidos nas diversas subestruturas, como em alguns setores do sistema educacional, por exemplo; por outro lado, subsistem normas concernentes ao patrimonialismo característico da sociedade rural, como se vê nos partidos políticos, em muitos dos quais ainda prepondera o personalismo com traços de *neocoronelismo*. Desta forma, pressupõe-se aqui que apesar da modernização econômica ocorrida após 1930, ainda não se superaram padrões característicos de uma sociedade agroexportadora erguida num modelo de exploração da terra assentada na monocultura e no trabalho escravo. Nestes mais de 80 anos de esforços permanentes de progresso econômico, via modernização da produção de bens e serviços, ainda não se implantou plenamente uma mentalidade industrial apesar de já se imiscuírem em nosso cotidiano padrões da sociedade informatizada.

Encontram-se aí as barreiras que dificultam a universalização do acesso à educação em todos os níveis, equânime em sua capacidade de dotar todos os indivíduos de iguais condições de disputa. Por isto, é preciso trazer para a compreensão da dinâmica da estrutura econômica elementos culturais, portanto, também políticos, no intuito de identificar os obstáculos interpostos à consolidação dos marcos regulatórios da sociedade capitalista industrial democrática, que se assenta na igualdade de oportunidades e de competitividade a partir de uma educação extensiva a todos na mesma medida e qualidade. Como destacam Burbules e Torres, estas exigências de universalização ampliam-se consideravelmente na contemporaneidade: “dessa forma, as implicações políticas da educação superam as condições de um indivíduo a ser educado e constituem um conjunto estratégico de decisões que afetam a sociedade maior, de onde vem a importância da educação como política pública e o papel do Estado⁴.”

Assim, buscar-se-á neste artigo trazer luzes para a compreensão dos fatores determinantes do sistema educacional brasileiro a partir de uma análise que contempla a dinâmica da estrutura econômica e a constituição das estruturas de poder, enfatizando a etapa em que é hegemônica a produção agroexportadora do período colonial.

1 O SENTIDO DA COLONIZAÇÃO E ALGUNS CARACTERES DO COLONIZADOR PORTUGUÊS

O delineamento de alguns traços marcantes e definidores do processo de colonização auxilia no entendimento da lógica das ações no exercício da exploração da terra e na dominação da força de trabalho, o que também possibilita a compreensão dos meandros da produção e das relações de produção originários do Brasil colonial, bem como da formação e da adequação da força de trabalho para o funcionamento das estruturas produtivas.

Para alcançar este intento, fez-se aqui a opção de se trilhar o caminho percorrido por Bosi⁵ que toma como ponto de partida, em sua reflexão, o entendimento conotativo das palavras *cultura*, *culto* e *colonização*. Esclarece inicialmente, este autor, que as expressões “eu moro”, “eu ocupo a terra”, e, por decorrência, “eu trabalho”, “eu cultivo o campo” são derivadas do termo latim *colo*. Encontra-se aí a origem da palavra que exprime aquele que tem o direito por herança à terra, o *incola*, o seu habitante natural, e o que ocupa a terra que não lhe pertence, o *inquilinus*. Em *colo* se encontra a denotação de algo que é transitivo, percebido na ação de um agente em relação a uma coisa, a pessoa que ali está morando e cultivando a terra. É desta perspectiva que Bosi⁶ explica o significado de *colônia*, que deriva da raiz *colo*, “espaço que se está ocupando, terra ou povo que se pode trabalhar e sujeitar.”

Assim compreendido, *colo* se distingue do termo *colonus*, referindo-se àquele que cultiva a terra para um outro; portanto, não é o dono, mas sim alguém a quem se concedeu o direito de explorar a terra. Trata-se de um administrador de bens alheios. Este entendimento, segundo Bosi⁷, é que vai gerar a classificação da colonização dividida entre o tipo que objetiva o povoamento e o tipo que tenciona a exploração da terra. Esclarece o autor que *colo* abrange os dois tipos, pois este termo encerra os sentidos de “eu moro” e “eu cultivo”. Daí, então, Bosi⁸ nos coloca diante do seguinte dilema: o que precisamente diferencia os termos habitar e o cultivar do colonizar?

O *incola*, como já explicitado, é aquele que nasce em um espaço e que tem direito a ele por herança, ao se deslocar para outro espaço, passa à situação de *colonus*, uma vez que nesta condição está explorando uma terra que é de outro e não sua por direito natural. Porém, a colonização é bem mais do que uma migração em busca de trabalho, o ato de colonizar está para além da geração de riqueza na terra de outro, trata-se de transladar um modo de vida. É, em última instância, uma ação que tem como objetivo operar, impor e consolidar

uma forma de produzir e, por conseguinte, instituir as relações sociais que a ela se encontram associadas. A partir destas relações sociais impostas, criam-se os mecanismos capazes de tornar costumes, hábitos e as morais aí instituídas como os novos parâmetros ordenadores das interações sociais travadas no espaço colonizado. Este processo não se resume a uma mera transposição do modo de vida original, pois o seu desenvolvimento arregimenta forças coercitivas que o tornam irresistível em suas ações transformadoras. Nas palavras de Bosi: “há um *plus* estrutural de domínio, há um acréscimo de forças que se investem no desígnio do conquistador emprestando-lhe às vezes um tónus épico de risco e aventura.”⁹

É no cerne deste processo de imposição de um modo de vida, de um modo de produção e das relações sociais inerentes, que se forja o tipo de dominação praticada, pois o ato de ocupar a terra para explorar pressupõe o mandar fazer, que implica desabilitar as técnicas de produção existentes e sobrepor uma maneira de fazer diferente; então, é preciso inculcar formas de agir e pensar concernentes à produção objetivada. O poder exacerbado característico da colonização e do colonizador quinhentista foi forjado nas estruturas elementares do feudalismo; remonta mesmo ao seu início, pois regulava as relações entre romanos e bárbaros. Como explica Miceli¹⁰, “bárbaros também possuíam suas leis, mas não podemos tentar compreender aquela sociedade sem entendermos que suas relações estavam baseadas no poder sobre os homens e sobre a terra ao mesmo tempo.”

A dominação é particular a toda colonização, está contida nas colonizações de todos os tempos, portanto, possui um caráter de universalidade concernente ao processo civilizatório. A ação de colonizar aparece nas sociedades, seja como forma de resolução de tensões internas, seja objetivando equacionar problemas demográficos ou econômicos. Com relação às motivações para Portugal colonizar, foi central a necessidade de expansão do comércio como alternativa de ascensão da burguesia. Vê-se, assim, que em Portugal, como em outras formações sociais de outros tempos, a iniciativa de colonizar é sempre ocasionada por uma busca “de resolução de carências e conflitos da matriz e uma tentativa de retomar, sob novas condições, o domínio sobre a natureza e o semelhante.”¹¹

Por outro lado, a dominação aparece como sustentáculo para a colonização porque é o que garante a perpetuação dos colonizadores à frente da exploração da terra e dos índios. A ação colonizadora é uma ação de conquista, mas que traz em si o desejo da manutenção do que foi conquistado. Assim sendo, é um processo que não se finda na geração dos conquistadores. A colonização busca perpetuar-se por meio da transferência de suas ideias às gerações seguintes; para tanto, formam-se os herdeiros da colonização no domínio das técnicas de dominação e subjugam-se os índios por intermédio de um processo de inculcação de regulações próprias do modo de vida trasladado e reelaborado. Ou seja, da transmissão de valores culturais, entendido como um complexo constituído por um “conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos, e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado e coexistência social. A educação é o momento institucional marcado do processo.”¹²

Vê-se que os colonizadores compartilham motivações, dado que têm em comum a procura fora de seu território de alternativas de soluções para os problemas engendrados na dinâmica de suas formações sociais, além do que estendem alhures o exercício da dominação sobre a natureza e as pessoas. Mas é interessante aos propósitos aqui delineados que se faça um esforço para explicitar a mentalidade dos colonizadores da Terra do Pau-brasil. Para tanto, vale iniciar com o pensamento de Sérgio Buarque de Holanda¹³ que, ao referenciar a propensão para a fantasia e o mistério presentes nos relatos dos viajantes europeus na era dos grandes descobrimentos, esclarece que a literatura portuguesa quinhentista não acompanhava esta tendência e se apresentava de maneira mais realista, o que denotava um certo desassombro diante do exotismo do Novo Mundo.

Contudo, deve-se apreender o realismo dos escritos lusitanos não como uma forma que expressava um espírito moderno, uma vez que tal comportamento se estribava no cerceamento decorrente da limitação humana e territorial. Holanda¹⁴ ainda levanta a hipótese de que os relatos meticulosos, que apreendiam o real, que não transcendiam o sensitivo, não corresponderiam a uma mentalidade que rompia com o tradicionalismo medieval; embora pudessem levar ao entendimento de que se tratava de uma superação do arcaísmo, na verdade, o realismo português denotava um atraso em relação ao pensamento dos humanistas e aos ideais do Renascimento.

Lembra Holanda¹⁵, que na primavera da Idade Moderna assistiu-se a um recrudescimento de algumas estruturas determinantes da Idade Média, de tal maneira que se tornou a valorizar os conhecimentos produzidos pela alquimia e a astrologia, e até mesmo a magia floresceu e voltou a influir de forma vigorosa na visão de mundo da época. Também no pensamento, emergiu uma defesa tenaz do aristotelismo e da retórica, que eram entendidos como mais capazes de expressar o real e como instrumento eficiente de persuasão; mais precisamente, entre os ibéricos forjaram-se ardorosos defensores da escolástica, assim como, ocuparam significativo espaço pensadores que faziam resistência à lógica e à dialética, que se opunham às elaborações de cunho abstrato e especulativo.

É preciso pontuar que esta resistência do arcaísmo, que ressurge como barreira impeditiva às estruturas fundantes da modernidade, é mais salientada entre os ibéricos; e como chama a atenção Holanda¹⁶, entre os portugueses, a escolástica e a retórica tomam corpo dentro e fora da academia. Para uma compreensão do quão contraditório se mostra o fazer simultaneamente a defesa do pensamento escolástico e ser protagonista das grandes descobertas, vale lembrar que os escolásticos fizeram um esforço de localizar na filosofia grega fundamentação para a doutrina cristã, de sorte que legitimavam os conceitos embasados na razão desde que não obnubilassem a verdade das escrituras. Isto aparece na explicação de Senna sobre o pensamento econômico da Idade Média:

De maneira geral, os motivos econômicos eram tratados como suspeitos. Em particular, o comércio tinha a sua importância, mas era visto como algo perigoso para a alma. Na comparação com o

artesão, o comerciante estava sempre em desvantagem. Enquanto o primeiro trabalhava para o seu sustento, entendia-se que o segundo perseguia o *turpe lucrum*. O comerciante, aquele que compra com o objetivo de vender mais caro, enxerga apenas o lado pecuniário, estando totalmente desprovido de qualquer senso de espírito público, ou de caridade¹⁷.

Entre os séculos XV e XVIII, um período aproximado de 300 anos, constituíram-se os pontos dogmáticos que se denominaram, na política econômica, de mercantilismo. Em sua base está a emergência do Estado-nação na Europa, que passou a demandar recursos em volumes bem mais significativos do que os necessários à organização social assentada nos feudos. Isto deu robustez ao setor financeiro, substanciado na ideia de fomento do comércio, fonte de arrecadação de recursos do Estado por via da tributação; além do que, o papel do financiamento foi incrementado tanto pela necessidade do permanente crescimento da atividade comercial, como pela insuficiência dos recursos arrecadados pelo Estado para fazer face às suas despesas, considerando a ineficiência dos sistemas de arrecadação existentes e o descontrole dos gastos estatais, em razão dos ainda primários meios de controle e a frágil produção de conhecimentos acerca da importância dos marcos regulatórios das ações do setor público¹⁸. Com isto, a ideia do lucro foi-se sobrepondo à da usura, de tal maneira que a busca de ganhos e da acumulação de riqueza com a atividade comercial e financeira aderiu aos espíritos da época e criou as condições para a inauguração das instituições caracteristicamente modernas.

Nos anos 1500, deu-se a passagem da desorganização da Idade Média para o surgimento de uma nova ordem, assentada na lógica comercial. Como destaca Manacorda,

De fato, é agora que começa a se propor novamente o problema do como e quanto instruir, quem é destinado não tanto ao domínio, mas à produção. Na verdade, a instrução ainda não era difundida universalmente, embora os dados fornecidos por Villani, referentes à Florença do século XIV, nos façam pensar nalgumas ilhas excepcionais. Na realidade, poder-se-ia repetir com Juvenal: *rara in tenui facundia panno* (a instrução não é frequente em quem veste pobres panos). E Alciato, espírito nobre e erudito, repetirá com elegância no seu livro sobre os *Emblemi* (na edição de Lion, de 1551) sob o título: *Paupertatem summis ingeniis obesse, ne provehantur* (a pobreza impede aos máximos talentos progredir) [...] nessa época já se começa a falar de uma instrução útil, e não somente de uma aculturação imposta, também para as classes subalternas e para os produtores.¹⁹

A condenação da busca do lucro cede espaço para uma racionalização em que o ganho é buscado de forma permanente e não como algo que acontece ao acaso. Inaugura-se entre os homens de negócios uma forma de agir em que o cálculo do uso dos meios adequados para se alcançar um fim visado é o pressuposto básico. Os portugueses se situaram nos dois polos desta tensão,

uma vez que produziam uma literatura e um pensamento contrários à lógica e à racionalidade balizadora da produtividade moderna ao mesmo tempo em que se lançavam na aventura de construir as rotas marítimas que, em última instância, deram sustentação às ideias mercantilistas.

Entre os colonizadores portugueses, esta condição em que as ideias não correspondem às ações vão-se reproduzindo noutros contextos, como o essencial que vai se perpetuando nas mudanças que se dão num processo contínuo e permanente. Isto também pode se depreender do encontro da cultura europeia com os gentios e a terra brasileira. Daí, pode-se deduzir o seguinte fato: ao desencanto quase imediato que acomete os donos do novo mundo com o achado que os levou ao êxtase, logo que se perceberam diante de algo que demandaria enorme esforço para torná-lo em empreendimento gerador de ganhos, sobreveio a invenção de uma racionalidade ímpar que mobilizou trabalho e terra, recursos já existentes, e permitiu a extração de dividendos com um mínimo de contrapartida. Uma combinação de meios que, primeiro, adotou a força de trabalho dos gentios, quando da riqueza obtida exclusivamente com a coleta dos recursos naturais; posteriormente, quando vislumbraram a participação no comércio mundial de maneira mais alargada, articularam um sistema de produção que envolvia a participação de três continentes: em Portugal, procedia-se o gerenciamento do empreendimento; na África, o aprisionamento da força de trabalho, explorada no regime de escravidão; e, no Brasil, a produção de uma mercadoria – o açúcar – fortemente demandada pelos grandes centros consumidores.

Uma nação pobre diante de uma riqueza natural abundante, um Estado de extensão territorial diminuta em face de um continente a ser explorado, estas foram as condições que se impuseram aos colonizadores da Terra do Pau-brasil. Os portugueses reproduzem de maneira ampliada a característica contraditória do período iluminista; como se refere Roberto DaMatta,²⁰ trata-se de uma época em que havia “motivações que objetivavam manter desigualdades, tanto quanto impulsos libertadores, nascidos dos ideais igualitários que, paradoxal e dialeticamente, surgem nesta mesma Europa aristocrática e hierarquizada”. Aos portugueses, católicos, inseridos na lógica do comércio mundial, produtores de literatura, estavam dada a possibilidade de atrair colonos, desde o primeiro momento, mas teriam que contar com a contribuição de outras nacionalidades, dada sua população exigua. Mas, talvez porque tenham avaliado que o risco de perder a posse das terras era muito elevado, optaram pela exploração do trabalho de uma etnia transladada de seu espaço e distribuída desordenadamente em outro, submetida a um controle despótico que os relegavam a uma expectativa de vida de aproximadamente dez anos.

Esta organização deixava os dominadores confortáveis quanto a ameaças internas, pois revoltas eram possíveis e aconteciam, mas sem capacidade para articular uma alternativa de poder. O domínio assim exercido garantiu que um pequeno número de pessoas controlasse muitos, uma vez que aliada a força física somava-se a imposição de condições de sobrevivência precária e, sobretudo,

operava-se nas relações sociais uma tentativa permanente de negação da cultura dos povos subjugados. As manifestações culturais dos nativos e dos africanos eram fortemente cerceadas; atos religiosos, por exemplo, eram taxados de rituais demoníacos; enquanto os encontros para entoar cânticos e praticar jogos de roda e danças eram denominados de arruaças. Enfim, ajuntamento de pessoas e reuniões das classes subalternas, fosse para o exercício de atividades de lazer ou religiosas, foram sempre vistas como ameaça à ordem e aos bons costumes. Uma prática que se manteve muitos anos depois do início da colonização da *terrae brasilis*, embora a Constituição do Império (1824) tenha assim expressado em seu art. 5º, dando “liberdade” de reunião religiosa: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior de Templo”²¹.

Schwartz²² procura deslindar a lógica do comportamento do colonizador do Brasil com base na dissociação entre as ideias correntes e a forma como se dava a organização dos interesses coletivos. Assim, aponta a inserção nacional no comércio mundial como exemplar no exercício de uma prática que se mostra irreconciliável às ideias que lhe dão sustentação, pois a coleta de recursos naturais e a produção de mercadorias no Brasil se concretizaram como ações que se respaldam, portanto, que têm as forças originárias que lhes dão partida e as objetivam, numa estrutura de pensamento cujos princípios são a liberdade para contratar, o trabalho livre, o direito de ir e vir assegurado, elementos essenciais ao livre cambismo; entretanto, a riqueza que se produzia no país e entrava na circulação mundial de mercadorias se assentava no trabalho escravo.

No despertar da modernidade engendrou-se um sistema econômico em que o comércio ascendeu à condição de atividade principal em detrimento do artesanato; a moeda incorporou a função primeira de mediação de troca a de especulação objetivando o lucro, assim desmoronando as barreiras impostas pela ideia da usura, assentada na Teoria do Justo Preço, defendida pela Igreja; o Estado assumiu o papel de regulador das forças necessárias para a realização do lucro e da acumulação de capital. Aos pressupostos desta política econômica, articulavam-se pensamentos que confrontaram crenças arraigadas do *ancien regime*, como “a autonomia da pessoa, a universalidade da lei, a cultura desinteressada, a remuneração objetiva, a ética do trabalho etc.”²³. Interessa-nos ver, agora, como se deu, no Brasil, a transposição deste modo de vida pelo colonizador português, ou seja, como surgimos para a economia mundial, quais as características da produção e as técnicas aqui desenvolvidas, que pensamentos deram sustentação à política econômica nacional, e daí buscar compreender o papel da educação na formação cultural edificada nas relações sociais de produção.

2 RELAÇÕES DE PRODUÇÃO E FORMAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO

Referir-se a produção de mercadoria no Brasil é *a priori* afastar a hipótese já levantada de que se reproduziram no período colonial instituições próprias

do feudalismo. Ora, tanto o que fora objeto de coleta como o que aqui se produziu é resultado da expansão comercial e estava destinada a entrar na esfera mundial de intercâmbio. Portanto, o Brasil deste período é parte da dinâmica do capitalismo comercial e, na verdade, trata-se de um espaço que aparece por decorrência de um empreendimento racional, com todos os condicionantes da racionalidade burocrática moderna, pois como diz Furtado²⁴ “durante três quartos de século os portugueses investiram em conhecimentos teóricos e práticos para se capacitarem a explorar terras longínquas com base em meios econômicos escassos.”

No que concerne ao funcionamento desta estrutura produtiva é preciso salientar que o controle é realizado de fora para dentro, onde a regulação é pensada na Metrópole e a supervisão ocorre para atender interesses aí originados. Este funcionamento acarretou implicações culturais e políticas, uma vez que, de um lado, o grupo que detinha o controle da produção não foi apartado dos conhecimentos produzidos na Europa, o que recrudescia a capacidade de controle a partir da apropriação e adoção de novas técnicas, situação contrária a das outras etnias que foram apartadas de seu modo de produção, de suas instituições, até mesmo de seus idiomas. Por outro lado, o gerenciamento do sistema realizado em Portugal inibiu a emergência de uma burguesia local, cônica de seus interesses e com capacidade de influir no seu destino, não floresceu uma classe comercial com protagonismo político. Assim se refere Furtado acerca da imbricação do sistema econômico de produção e o cultural sob a égide da Metrópole portuguesa:

A persistência dos traços dominantes da matriz cultural original explica-se pela estabilidade do sistema de dominação social latifundiário-burocrático. Na ausência de uma classe mercantil poderosa tudo dependia da Coroa e da Igreja. O processo de criação cultural é balizado por essas duas instituições²⁵.

A influência da Coroa e da Igreja na determinação da forma e conteúdo do sistema econômico e da ordem cultural construíram uma sociedade assentada na dicotomia elite-povo. Como destaca Saviani²⁶, “há uma estreita simbiose entre educação e catequese no Brasil. Em verdade, a emergência da educação como fenômeno de aculturação tinha na catequese a sua ideia-força”. Os meandros do funcionamento do sistema econômico colonial brasileiro nos permitem visualizar os fundamentos que contribuíram para a edificação de uma cultura que secundariza as classes populares ao ponto de negar-lhes ao máximo as benesses do excedente produtivo, legando-as a um consumo marginal.

Dowbor²⁷, ao descrever a formação do capitalismo dependente no Brasil, salienta o momento que vai da descoberta até a proclamação da independência (1500 a 1822) e o que se estende do final deste período até os anos 1930; sendo que o primeiro corresponde à fase portuguesa de dependência colonial, enquanto o segundo se caracteriza como a fase inglesa de dependência neocolonial. O autor é taxativo na defesa de que nos três séculos do período colonial foram lançadas

as bases do Brasil contemporâneo. E no intento de compreender a constituição de seu capitalismo dependente parte do pressuposto de que à medida que as conquistas ultramarinas sucediam-se, simultaneamente, reconfiguravam-se a divisão internacional do trabalho e as relações mundiais de produção. Portanto, a determinação do que e como se produzia no Brasil era imposta de fora para dentro, ou seja, a necessidade da produção de mercadorias na Europa definia a dinâmica da produção colonial.

Em outras palavras, a economia na periferia se organizava em função do capitalismo europeu. Todavia, é preciso considerar que primeiro a produção do centro se realizava com base nos insumos e matérias primas locais e só quando necessário recorria-se a outros espaços de fornecimento. Tem-se, então, que a procura no centro é que determina a produção capitalista na periferia, de tal maneira que a dinâmica secundária do centro é o que fomenta exclusivamente a dinâmica principal da periferia. Nas relações de produção assim constituídas é que se consolidarão as classes dominantes e, por conseguinte, sua função na produção mundial.

É indiscutível que esta ligação prematura com o capitalismo europeu reforçou as classes dirigentes locais e cristalizou relações de produção existentes, ao mesmo tempo que mudava sua orientação. Vendo no monopólio do contato entre o capitalismo europeu e as estruturas locais de produção o melhor meio de fortalecer-se, as classes dominantes locais tornaram-se intermediárias deste intercâmbio. Participavam do excedente produzido sob diversas formas, mas submetiam-se de maneira crescente à dinâmica do capitalismo do centro²⁸.

Nas circunstâncias até aqui descritas, onde a economia na periferia se constituiu, para além de dependente, submissa às necessidades da economia europeia, tem-se que, na origem, se estruturou uma divisão do trabalho onde a acumulação de capital se realizou mais fortemente no centro, enquanto a produção colonial deu partida a uma especialização de sua produção marcadamente subsidiária; assim, detendo uma acumulação de capital sempre inferior, efetivada com base na produção de mercadorias demandantes de extensas faixas geográficas e de baixa remuneração. Tomando-se como referência o Brasil Colônia, vê-se que o jogo de forças instituidoras da divisão internacional do trabalho o transformou numa grande *plantation* especializada principalmente na cana-de-açúcar, algodão e café.

É na submissão da economia local à produção de fora que se elaboram as condições para a organização de uma economia pré-capitalista. Isto porque a acumulação aqui realizada estava atrelada a uma dinâmica externa, de sorte que escapava à lógica da busca permanente pela produtividade, via aperfeiçoamento dos processos produtivos. Uma vez que o motor impulsionador do desenvolvimento tecnológico não se dava a partir da dinâmica interna, da busca pela inovação motivada pela conquista de novos mercados, a qualidade e variedade da produção eram determinadas pela produção do centro, o que levou a obrigatoriedade

de aqui se produzir matérias primas de baixo custo e com poucos investimentos de capital, ou seja, com elevada concentração de trabalho de baixo conteúdo tecnológico, baseado no dispêndio de energia muscular e não requerente de habilidades cognitivas.

É preciso acrescentar que na economia do centro a força de trabalho exerce uma função primordial na economia, ou seja, funciona como objeto de realização da produção, dado que além de produtor da mercadoria é também consumidor. Quando se reflete acerca da economia na periferia se detecta que a produção está destinada para fora, sendo que a força de trabalho local só marginalmente se coloca como contrapartida de consumo, seja do açúcar, do café ou do tabaco. Ademais, o consumo dos dominantes coloniais para atender suas necessidades não atendidas pela produção local, por exemplo, roupas, mobiliários etc., se realizava por intermédio da importação. O lucro da Colônia se transferia para a Metrópole por intermédio do consumo dos dominantes. Em suma, como defende Dowbor²⁹, além da distância de acumulação de capital que favorecia exponencialmente um lado da relação internacional do trabalho, a relação de produção entre nações do centro e da periferia gerava as condições para as relações de produção pré-capitalista no Brasil, dado que na dinâmica da economia colonial a força de trabalho só participava da produção e não de sua realização, via consumo, assim, pode-se manter integrado à lógica do capitalismo mesmo com a prática do trabalho escravo, servil ou assalariado de muito baixa produtividade, qualidade e remuneração.

A colonização brasileira apresenta características que a especifica e a diferencia das demais colonizações. Na América espanhola predominou a exploração da mineração, o que direcionou a produção agrícola para o abastecimento interno; na América do Norte, verificou-se um rompimento com o capitalismo dependente resultante da Guerra da Independência e da Guerra da Secessão, quando a partir daí a produção passou a se orientar por interesses do mercado local. O Brasil, por sua vez, manteve-se preso a expansão do capital europeu mesmo após a independência, e estendeu o modo de produção pré-capitalista apoiado no trabalho escravo e dependente da demanda de produção da Europa e, posteriormente, dos Estados Unidos³⁰. Esse modo de produção tem a sua forma acabada na empresa agroexportadora monopolista, que garantia a exclusividade no intercâmbio com o mercado externo, negando a possibilidade do aparecimento de outros fornecedores locais – familiares e empreendimentos de pequeno e médio porte; como também, garantia a manutenção do poder local, e através do uso da força não deixava margem para sobrevivência que não fosse via trabalho nas grandes plantações, seja no trabalho escravo ou no servil.

Na perspectiva portuguesa, como sugere Gilberto Freyre, na obra *Casa Grande & Senzala*³¹, uma tese controversa e assaz combatida, a empresa agroexportadora surgiu como uma necessidade imposta pelas circunstâncias, pois as primeiras explorações em busca do ouro e da prata foram frustradas e as incursões dos franceses, principalmente, na costa brasileira demonstravam que era real o

interesse de estrangeiros pela colônia, e devido a sua escassez populacional, que não permitia a transferência de famílias, restaram-lhes a alternativa da produção monocultural-escravocrata. Por outro lado, refletindo-se sobre a emergência da empresa agroexportadora centrado nas questões econômicas, é preciso considerar que se verificou a perda de importância, ao final do terceiro decênio dos Quinhentos, da atividade da extração de madeira, que era menos atrativa para a indústria têxtil do que as madeiras asiáticas comercializadas pelos italianos, que se prestavam à tinturaria mais eficientemente³². Assim, o desenvolvimento da atividade produtora do açúcar restou como alternativa possível para a ocupação e, por conseguinte, a manutenção da posse do Brasil. Alternativa que se tornou factível em função do aumento do preço desta mercadoria no mercado mundial. A produção exclusivamente destinada ao mercado externo gerava as condições para a submissão dos dirigentes da colônia aos aristocratas da Metrópole. O produto localmente concebido se realizava numa circulação que se concretizava no mercado europeu, somente alcançável através da intermediação dos comerciantes sediados em Portugal, o que garantia o atendimento da necessidade de expansão de sua burguesia.

A opção pela produção do açúcar direcionado para o mercado mundial marcou profundamente a constituição e consolidação da organização social que se seguiu no Brasil. A empreitada demandava substanciais recursos, para tanto deveria ser atrativo na perspectiva da geração de lucro. Com efeito, a Metrópole instituiu um sistema que já de partida concentrava a propriedade nas mãos de poucos:

A propriedade foi distribuída em regime de sesmarias, tendo-se conferido prioridade à concessão das terras situadas junto dos rios a quem dispusesse ou pudesse reunir capitais para instalar engenhos hidráulicos, ou seja, em primeira linha, aos nobres que muitas vezes se associavam a armadores ou mercadores “de grossos cabedais” como o exemplificam os casos de Martim Afonso de Souza ou de Pero de Góis³³.

A lavoura da cana-de-açúcar só se mostrava rentável se realizada em largas extensões de terra, o que demandava muitos braços, portanto, investimento em mão de obra escrava. Assim, os senhores de engenho, que transformavam a matéria prima em produto acabado, monopolizavam a compra dos plantadores do entorno de suas propriedades. Tem-se aí que as lavouras estavam a cargo dos senhores de engenho e de plantadores, sendo que os primeiros se apropriavam de parte mais substancial da produtividade, pois ao transformar a matéria prima fornecida pelos que só plantavam retinham também uma parte da mais valia produzida por estes. E ambos estavam embasados num custo de força de trabalho equivalente aos limites mínimos da sobrevivência. Forma-se, então uma estrutura social dividida em três segmentos, onde aparece mais bem delimitada uma minoria de grandes proprietários e produtores de açúcar no topo da pirâmide, um grupo de lavradores proprietários ou arrendatários e um expressivo contingente de escravos.

O complexo açucareiro era formado pela casa-grande, lugar da administração e atividades de direção, onde se controlavam as compras e vendas, o funcionamento das lavouras, moendas, oficinas, transportes e mão de obra; a senzala, onde se alojavam os escravos; e a capela, responsável pela cristianização dos escravos recém adquiridos e pela condução dos rituais religiosos. Este complexo comportava os trabalhadores livres que exerciam as seguintes funções especializadas: “mestre de açúcar, ajudante do mestre, purgador, caldeireiro, caixeiro, ferreiro, carpinteiro, agente escrivão e feitor”³⁴. A existência destes trabalhadores livres, assalariados empregados nas fazendas, bem como os artesãos e outros trabalhadores por conta própria, que prestavam serviços nas fazendas, não corrompia a estrutura social que se assentava numa minoria de muitas posses, outra de poucos recursos e uma maioria de trabalhadores escravos imersos em condições de sobrevivência indignas.

As outras atividades surgidas no período que compreende a fase portuguesa da dependência colonial não alteraram a estrutura fundada na produção açucareira, de sorte que, até meados do século XIX, forjou-se no Brasil uma organização política e social, que se erigiu por sobre as relações sociais de produção que deram sustentação a economia do açúcar. Com efeito, todas as atividades econômicas gravitavam em torno desta produção, pois funcionavam como atividade de abastecimento ou como geradora de recursos complementares.

Numa síntese, a partir da análise de Prado Júnior³⁵, e iniciando pela produção do tabaco, que em determinados períodos aproximou-se do açúcar em termos de lucratividade, tem-se que o seu desenvolvimento, ocorrido principalmente na Bahia e Sergipe, visava a comercialização na Europa; porém, parte significativa era utilizada no escambo para a aquisição de escravos africanos, assim como a aguardente, subproduto da indústria açucareira. Este historiador da economia brasileira distingue ainda na produção colonial a chamada *economia de subsistência*, completamente dependente e subsidiária aos produtos destinados à exportação.

A produção dos gêneros alimentícios foi por excelência parte substancial da *economia de subsistência*. O seu desenvolvimento se deu primeiramente com base na atividade desenvolvida nas proximidades das lavouras canavieiras, em lugares destinados a este fim, portanto, de produtividade inferior, pois as terras férteis destinavam-se a plantação da cana-de-açúcar. Os mesmos trabalhadores empregados na lavoura e engenho dos canaviais eram utilizados na produção de alimentos, nos dias de folga e feriados, de sorte que parte do custo de manutenção dos escravos era suprida por eles próprios. Os raros e pequenos núcleos urbanos eram abastecidos pelas sobras do que se plantavam nas lavouras canavieiras; porém, aos poucos, foi-se ampliando a demanda por alimentos, o que propiciou o surgimento de uma categoria de lavradores com características assemelhadas aos camponeses europeus.

Os índios foram os primeiros produtores de alimentos. Já praticavam uma agricultura nômade e de pequena monta, e se especializaram na plantação de mandioca, milho, arroz e feijão. Posteriormente, incorporados os hábitos

européus e predominado a mestiçagem, estes produtores constituíram-se numa classe intermediária entre os escravos e os grandes proprietários, mas inseridos num modo de vida limítrofe ao estado de sobrevivência precária.

Restrita aos pequenos latifúndios de baixa produtividade, esta economia nunca atendeu as necessidades alimentares da população local, que foram agravadas no século XVIII com a ampliação das populações urbanas. Para os grandes proprietários, a precariedade desta economia não era problema, pois o lucro elevado das exportações compensava o alto custo da alimentação. Eis aí o elemento fundante da apartação da sociedade brasileira em termos de condições materiais. Ou seja, na edificação de uma economia dividida entre o setor da grande lavoura e o da subsistência, como afirma Prado Júnior³⁶, é onde se encontra a explicação para a estrutura da sociedade brasileira, que, de um lado, é marcado pela “abastança, prosperidade e grande atividade econômica; doutro, pela falta de satisfação da mais elementar necessidade da grande massa da população: a fome.”

A pecuária, de início praticada essencialmente no semiárido nordestino, possuiu aí tão elevada expressão que o historiador Capistrano de Abreu³⁷ definiu-o como sendo o lugar da *civilização do couro*. Um trabalho baseado na mão de obra livre, mas não assalariada, pois o pagamento se dava por intermédio da “quarteação”; um sistema em que a cada quatro bezerros nascidos vivos, ao vaqueiro, se destinava um, e os demais, ao patrão. Para Darcy Ribeiro³⁸, a pecuária no Nordeste do Brasil, em função do sistema de remuneração, exerceu forte atração sobre os homens livres do período colonial que vislumbraram a possibilidade de exercer uma atividade autônoma, e mesmo de tornarem-se proprietários de fazendas de gado. Mas o criatório não requer mão de obra em abundância, as estimativas é a de que mesmo uma fazenda de grande porte precisava, no máximo, de vinte homens, pois a criação era extensiva e restava aos cuidados de um vaqueiro, homem de confiança e representante dos interesses do proprietário, com seus auxiliares. Ressalte-se que o dono do empreendimento vivia nas áreas urbanas, entreposto comercial de carne e de couro, e aparecia na fazenda quando da contagem e da separação dos animais.

A pecuária, assim como as demais atividades subsidiárias, não rompeu com a dinâmica de uma economia voltada para fora, sem mercado consumidor interno e de apartação de grupos populacionais com elevada concentração de riqueza e de miseráveis. A pecuária não realizava o sonho dos vaqueiros, pois as condições climáticas, onde imperam períodos que se alternam em anos de “bons invernos” com anos de seca, funcionava como mecanismo de apropriação de capital em favor dos fazendeiros. Porém, a representação exclusiva do sertão miserável, da seca, contribuiu para escamotear a produção de lucro aí realizada:

As reflexões acerca da economia do semiárido, que se assentam na existência de um baixo fluxo monetário, criaram a falsa impressão de que este era um *locus* não gerador de lucro, o que, obviamente, não se verifica na realidade. Esta perspectiva de análise, de fato, induz a se enxergar aí tão somente a pobreza. No sertão há, desde sua ocupação, produção de lucro. Sua apropriação é que se realiza

fora do espaço produtor. Pode-se até falar em *lucro fácil*, considerando que, após o investimento inicial que dá partida ao processo de produção, quase não se faz necessário adiantar novamente dinheiro na produção, por ser mínima a necessidade de reinversões e porque não há nem mesmo remuneração de trabalho. O lucro torna-se a se reproduzir sem necessidade de remuneração dos fatores de produção. Feito o investimento inicial, realiza-se a circulação do capital sem que se proceda a novos adiantamentos³⁹.

Em suma, tem-se que no período colonial de dependência portuguesa a dinâmica de uma economia agroexportadora, baseada em relações de trabalho escravistas e pré-capitalista, fundou os pilares de uma sociedade onde um grupo minoritário se consolidou como apropriador quase absoluto da produtividade, enquanto, de outro lado, condenou a uma reprodução social miserável uma grande massa populacional, que se manteve, até contemporaneamente, estagnada nesta condição de vida, e num nível intermediário, forjou-se um grupo de trabalhadores especializados e autônomos, que embora muito distantes, em termos materiais, dos detentores do grande capital, possuem condições de vida bem mais vantajosas em relação aos que se encontram ao rés da pirâmide.

3 PODER E EDUCAÇÃO

A discussão acerca da questão do poder no Brasil colonial deve considerar a existência de várias fontes e de diversos agentes. Isto porque não são tão precisos os limites que configuravam a esfera pública e a privada, e, principalmente, porque a autoridade estatal que se impunha a partir da Metrópole tinha a sua legitimidade esmaecida pelas barreiras impostas pela distância.

No concernente ao poder público, Wehling e Wehling⁴⁰ apontam duas teses que se contradizem quanto a sua presença e importância na organização político-jurídica. Uma defende que a presença do Estado no Brasil antecedeu o povo. Isto porque a divisão e distribuição do espaço configuravam uma política estatal, pois não foi outro senão o poder público que definiu quem realizaria e onde ocorreria a exploração da riqueza, com base em uma parafernália de instrumentos formais, como cartas de doação, forais etc. A outra tese sustenta que o poder local se sobrepôs à autoridade do Estado, pois os mandatários regionais exerciam seu poder a partir das famílias patriarcais e latifundiárias. Exemplos abundam por todo o território brasileiro colonial. Wehling e Wehling esclarecem que o poder do Estado foi diluído e fragmentado “com o mandonismo rural dos pequenos déspotas locais, como ocorreu com sucessivas gerações da família Garcia D’Ávila, na Bahia, ou com Rafael Pinto Bandeira, no Rio Grande do Sul”⁴¹.

É certo que prevaleceu a família patriarcal na disputa pelo poder, seja encampando-o ou confrontando-o, mas em alguns locais e conjunturas sobressaiu-se o Estado. Também, ainda sob o domínio português, houve por bem se estruturar uma burocracia especializada, o aparato institucional já perceptível no século XVIII, principalmente através das câmaras municipais, foi se tornando mais

visível à medida que se adentrou o século XIX. No entendimento de Wehling e Wehling⁴², “parte crescente desses funcionários vai assumindo, pela exigência de maior racionalidade e eficiência administrativa, um caráter cada vez mais profissional e burocrático.”

O Brasil do século XVI ao XVIII constituía-se num país de uma maioria de iletrados, excetuando-se os membros das ordens militar, eclesiásticas e do Estado, oriundos da Metrópole ou seus descendentes diretos. Os indígenas, sob orientação dos padres, quando muito tinham acesso a conhecimentos rudimentares da língua portuguesa. Esta estrutura foi-se modificando em consonância com a transformação administrativo-política, mais fortemente com a instituição e consolidação do Império. Tem-se aí, como consagrado no pensamento do historiador e antropólogo Gilberto Freyre⁴³, o recuo da casa grande e da senzala e o aparecimento dos sobrados e dos mucambos. A sociedade antes predominantemente rural vai paulatinamente se urbanizando. Esta mudança na paisagem do Brasil deslocou o centro de poder e, conseqüentemente, alterou os personagens que detinham os meios e ocupavam os espaços de dominação. A estrutura dicotômica da casa grande e senzala quebrou-se e possibilitou a emergência de uma nova nobreza: os bacharéis.

Esclarece Freyre⁴⁴ que, após a Independência, recrudescer o movimento dos filhos dos senhores de engenho e das famílias de maior poder aquisitivo que vão à Coimbra, Montpelier, Paris e outras cidades europeias em busca de educação superior, normalmente incentivados por algum padre ou um parente doutor, maçom ou residente no Velho Mundo. Estes jovens formavam-se, principalmente, em Direito e Medicina. Inicia-se com o retorno dos doutores formados alhures e afeitos aos costumes e as novas concepções filosóficas e políticas um embate nas províncias brasileiras com as ideias defendidas pelos velhos mandatários locais. Com o primeiro Pedro, assistiu-se ao aparecimento no cenário nacional do bacharel, um personagem que abriu uma fissura na estrutura social dividida basicamente entre proprietários de fazendas e comerciantes, de um lado, e escravos e trabalhadores inseridos em relações pré-capitalistas, de outro lado, sem, contudo, haver alteração no comando do poder, que se mantinha absoluto nas mãos dos velhos senhores, na sua maioria iletrados. Já com o segundo Pedro, ele próprio admirador dos pensadores iluministas, os bacharéis vão adquirindo visibilidade no cenário político nacional, ocupando postos de comando na administração pública, embora o poder tenha se mantido na posse dos de sempre, principalmente nas províncias.

Apesar de no século XIX ter ocorrido um alargamento do poder público por intermédio da criação de novas organizações político-administrativas e da ocupação dos cargos criados pelos bacharéis que migraram da Metrópole, quando do deslocamento do poder central do Império português para o Brasil, e pelos jovens filhos dos brasileiros abastados que se formaram nas Universidades Europeias, além daqueles que, numa etapa posterior, se formaram em Direito, Medicina, Filosofia e Matemática, em Olinda, Salvador e Rio de Janeiro, não se observou

alterações na dinâmica da dominação. Isto pode ser observado quando se analisa a participação política do conjunto da população brasileira, pois se verifica que se mantinha uma política feita por poucos e para seu próprio benefício.

A circulação de pensamentos filosóficos e políticos, que se opunham ao tradicionalismo monárquico, reverberou-se no Brasil com os bacharéis que entraram em contato com os ideais iluministas. É interessante notar, como observa Cury⁴⁵, pelo menos no plano da proclamação, os direitos sociais no Brasil, por exemplo, delinearam uma trajetória assemelhada aquela apontada por Marshall⁴⁶, para o mundo europeu, no qual os direitos civis tiveram seu advento do século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os direitos sociais no século XX. Mas a semelhança se resume tão somente a este aspecto, pois ainda que as ideias dos ilustrados provenientes dos bacharéis fossem quase invariáveis em suas concepções originais, o mesmo não pode ser dito quanto a passagem do plano das ideias à prática cotidiana. Isto porque as relações sociais permaneceram submetidas a um tipo de autoritarismo despótico mais próximo das características do patriarcalismo feudal.

Ainda numa comparação dos direitos sociais inaugurados na Europa e no Brasil, vale destacar que Marshall⁴⁷ esclarece que os direitos sociais europeus, quando do princípio de sua instituição, “compreendiam um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania. A finalidade comum das tentativas voluntárias e legais era diminuir o ônus da pobreza sem alterar o padrão da desigualdade”. Para o Brasil, pode-se afirmar que os esforços visando a instituição legal dos direitos sociais encontravam-se distante da possibilidade de geração de cidadania, pois não visavam a eliminação da pobreza e muito menos a diminuição da desigualdade.

A Constituição de 1824, quando refletida na perspectiva da garantia dos direitos políticos, é esclarecedora quanto às manobras jurídicas que muitas vezes ensaiam a perquirição de uma universalidade quando, na verdade, concretizam privilégios de segmentos bem determinados da sociedade. Seu texto destoava muito da realidade social escravocrata, patriarcal e colonialista, ao proclamar, em seu art. 179, “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império” (art. 179).

Esta Constituição, no entendimento de Boris Fausto⁴⁸, “nasceu de cima para baixo, imposta pelo rei ao povo”, trouxe, entre os seus dispositivos, regras que apresentavam restrições e limites no tocante à participação política na medida que estabeleciam o sufrágio censitário. As eleições eram feitas indiretamente, em “dois graus”, como se dizia na época. No primeiro grau, os votantes (“massa dos cidadãos”) escolhiam os eleitores, e estes, em segundo grau, escolhiam os ocupantes dos cargos públicos. Para votar nas eleições, era preciso ter pelo menos 25 anos e possuir renda líquida anual de cem mil réis. Nas eleições de segundo grau podiam votar todos os que estavam aptos a participar nas eleições de primeiro grau, sendo necessário, todavia, ter o dobro da renda, isto é, duzentos mil réis⁴⁹. Por outro lado, abria-se a participação para os

analfabetos, que tanto podiam votar como ser votados, desde que atendessem ao requisito referente a renda.

Poder-se-ia pensar que nos encontramos diante de uma iniciativa, considerando-se a regra para o eleitor analfabeto, podendo até imaginar que se tencionava construir uma ponte que poderia futuramente funcionar como um caminho para promoção da cidadania, dado que o direito de votar e ser votado estaria assegurado, fazendo-se, então, necessário que a partir daí se envidassem esforços para solucionar o problema do analfabetismo. Entretanto, é preciso considerar que o analfabetismo predominava entre os senhores de engenho e os proprietários de grandes lavouras; enquanto os trabalhadores, além de se encontrarem nesta situação educacional, estavam inseridos em relações de trabalho não assalariadas, na condição de escravo ou de relações pré-capitalistas. Portanto, mesmo os poucos trabalhadores assalariados podiam até atender ao requisito da renda referente ao primeiro grau, de corte de cem mil reis, mas dificilmente poderiam ser votados e ocupar cargos públicos, pois o patamar de duzentos mil reis era quase inatingível na estrutura do mercado de trabalho existente à época.

Estas manobras políticas que parecem indicar uma intenção de mudança quando, na verdade, se tratam de estratégias para manter o *status quo* dominante, podem ser percebidas quando se traz para a discussão a mudança nas regras concernentes aos direitos políticos. De acordo com Arruda⁵⁰, no ano de 1881 se aprovou a “Lei Saraiva”, já no limiar do século XX e com a redução de abastados que se mantinham iletrados, que tornou mais rigorosa a comprovação da renda e estabeleceu a proibição do voto do analfabeto. Portanto, se da vigência das regras anteriores até esta data se verificou a participação efetiva na política de algum indivíduo estranho às elites, agora esta era uma possibilidade absolutamente vetada. Com o advento da República, abandonou-se esta estratégia tão visível de obstrução à participação popular na política para se retomar a fórmula anterior, onde o direito se trata de uma virtualidade sem nenhuma possibilidade de concretizar-se na realidade. A primeira Constituição republicana, promulgada em 1891, aboliu os critérios econômicos como mecanismos restritivos, mas manteve o impedimento do voto do analfabeto, o que praticamente deixou inalterado o número de eleitores, pois se verificou que somente 2,2% da população passou a participar das eleições. No art. 70 da nossa primeira constituição republicana, a Constituição de 1891, constava textualmente o seguinte:

Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei:

§ 1º Não podem alistar-se eleitores para as eleições federaes ou para as dos Estados:

1º Os mendigos;

2º Os analphabetos;

3º As praças de pret, exceptuados os alumnos das escolas militares de ensino superior;

4º Os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações, ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra, ou estatuto, que importe a renúncia da liberdade individual.

§ 2º São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.

Quanto ao tratamento da educação na Constituição de 1824, é interessante salientar, primeiramente, alguns pontos referentes a formação e aos debates da Assembleia Nacional e Geral Constituinte, de 1823, pois o olhar sobre as propostas de projetos apresentadas e os debates que se seguiram, definidores de suas hierarquizações e de suas vigências, mesmo detendo-se exclusivamente naqueles direcionados para a educação, permite a percepção de como a cultura configurou e se refletiu no ordenamento jurídico nacional. Esta é uma questão que remonta ao perfil dos parlamentares que formaram a Constituinte, uma vez que aí já se encontram presentes os elementos que dão substância ao descompasso entre as ideias elaboradas, defendidas e concretizadas na forma de leis e a realidade na qual supostamente estão alicerçadas e para a qual se destinam, o velho e sempre atual descompasso entre o texto constitucional e os fatores reais de poder.

A Assembleia Constituinte é uma decorrência da crise política derivada das insatisfações com o domínio português, que adquiriu contornos mais dramáticos com a conjuração mineira. Em última instância, trata-se de uma manobra que procura estender o domínio daqueles mais ligados à Metrópole sobre a elite nativa, insatisfeita com o peso da carga tributária e com as dificuldades interpostas à acumulação de capital mais substancial. O sentimento nacionalista ora recrudesciente está assentado no desejo de implantação de uma administração dos recursos do país recém independente destituído da influência lusitana. E o caminho vislumbrado para este intento passava pela reorganização jurídico-política, que possibilitaria o funcionamento de um legislativo capaz de assegurar os interesses da elite nativa, não mais satisfeita com a intermediação que Portugal fazia entre os produtores locais e o mercado europeu. Vê-se que já estão presentes na Constituinte de 1823 as forças geradoras da desorganização da dependência portuguesa e, por conseguinte, da organização da dependência inglesa neocolonial.

Duas frentes se destacam nesta Constituinte: a corrente nacionalista, insegura, contraditória e confusa quanto aos seus objetivos, abrigada no partido liberal; e a corrente tradicionalista, agregada no partido português, que tencionava a manutenção do *status quo*. Na verdade, uma oposição de interesses pelo alto, uma fissura na estrutura de poder sem a participação popular. A composição da Constituinte demonstra esta característica, como esclarece Chizzotti⁵¹, foi formada por uma elite que contava com a participação de uma “ampla maioria de bacharéis em direito com cargos públicos, 16 clérigos, 2 matemáticos e 2 médicos.”

O tema da educação aparece já no discurso inaugural da Constituinte, quando D. Pedro I ressalta a necessidade de uma regulação específica que possibilitasse a extensão das ações já realizadas. Chizzotti⁵² extrai dos ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO a seguinte fala do Imperador: “tenho promovido os estudos públi-

cos, quanto é possível, porém, necessita-se de uma legislação especial.” Os esforços empreendidos se referem ao Colégio das Educandas, direcionados às moças “bem nascidas”, filhas das famílias abastadas, instruídas nesta instituição que funcionava sob a direção do bispo do Rio de Janeiro; e a Escola de Ensino Mútuo que, como explica Chizzotti⁵³, é um modelo de ensino inspirado na experiência inglesa de instrução geral visando a formação da mão de obra de qualificação mais aprimorada requisitada pelo capitalismo industrial. No Brasil, esta experiência se deu a partir da formação de soldados encaminhados pelas Províncias, que se formavam e passavam, posteriormente, a exercer o ofício de professor em seus locais de origem. Uma iniciativa fadada ao fracasso, enquanto possibilidade de instrução pública da população em geral, uma vez que não havia interesse dos presidentes provinciais na alteração da dinâmica da economia que se assentava na empresa agroexportadora, demandante de uma quantidade reduzida de mão de obra qualificada, portanto, não seriam alocados recursos para uma educação massificada, o que se daria no máximo para o funcionamento de uma escola que formasse alguns poucos afortunados que ocupariam as funções burocráticas dos negócios rurais e urbanos.

Na Comissão de Instrução, duas propostas monopolizaram os debates na Constituinte de 1823: a promoção da educação da mocidade e a criação de universidades. De acordo com Chizzotti⁵⁴, a primeira foi assaz discutida, principalmente no quesito referente à criação de um concurso para motivar a elaboração de um plano geral de diretrizes do sistema educacional a ser implantado. Em suma, um tratado de educação física, moral e intelectual para a mocidade brasileira, como previsto em decreto que objetivava dar organicidade aos trabalhos da Comissão. Contudo, as discussões giraram em torno de questões, como o valor que deveria ser pago ao vencedor do concurso, que comenda ou medalha deveria ser conferida, se deveria haver agradecimento à nação no caso de o vencedor ser estrangeiro. Discussões estas que atravessaram meses sem que se discutisse o essencial, de tal maneira que este tema foi esvaziado e tendo-se sobressaído o dispositivo legal que garantia a ampliação da educação privada, ou seja, um instrumento que permitia a todo cidadão abrir escola elementar, sem os trâmites legais de autorização prévia e sem licença e exames requerentes.

Já a proposta de criação das universidades brasileiras foi encaminhada de forma mais objetiva e chegou mesmo a atropelar a proposta direcionada para a instrução pública elementar. De tal maneira que, sob pressão de estudantes brasileiros em Coimbra, logo a ideia tomou corpo e foi remetida sob regime de urgência para a Comissão de Instrução. Em seguida, a Comissão apresentou à Constituinte o Projeto de Lei, em que consta, dentre outras, as seguintes propostas de ordenações:

1º Haverão duas universidades, uma na cidade de São Paulo e outra na de Olinda; nas quais se ensinarão todas as ciências e belas letras.

3º Em tempo competente se designarão os fundos precisos a ambos os estabelecimentos.

4º Entretanto haverá desde já um curso jurídico na cidade de São

Paulo para o qual o governo convocará mestre idôneos, os quaes se governarão provisoriamente pelos estatutos da universidade de Coimbra, com aquellas alterações e mudanças que eles, em mesa presidida pelo Vice-Reitor, julgarem adequadas às circunstâncias e luses do século. (ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO, Assembléa Constituinte. Sessão de 19 de agosto de 1823, I, t. 4º, p. 105).

Chizzotti⁵⁵, em sua crítica à Constituinte, salienta que os debates que se seguiram à apresentação deste Projeto de Lei, em discursos tão exagerados quanto inócuos, concentraram-se em questões bairristas pela disputa para sediar as universidades, onde cada representante procurava ressaltar as qualidades de sua província e atacava as outras que se apresentavam como proponentes. Discutia-se, então, desde os sotaques regionais à vida mundana das províncias, que podiam influir negativamente ou positivamente na formação dos acadêmicos. Por outro lado, a origem e volume dos recursos necessários à criação e à manutenção foram questões que passaram ao largo das discussões. Enfim, após três meses, sobrepôs-se a ideia da criação do curso jurídico na cidade de São Paulo, tal como proposto no Projeto de Lei.

Como resultado dos trabalhos da Comissão de Instrução, tem-se que a educação da mocidade brasileira, como argumenta Chizzotti⁵⁶, “ficou absolutamente relegada à iniciativa privada até o Ato Adicional de 1834 e a criação da universidade foi mais um motivo de emulação entre deputados provinciais, que proposta efetiva para a criação de estudos superiores.” Ressalte-se que o imperador, diante da percepção de que ocorrera um avanço de opositoristas e tencionando agradar os liberais sediados em Portugal, dissolveu a Constituinte, deportou deputados e conteve à força movimentos políticos de insatisfeitos em algumas Províncias. Por fim, nomeou uma comissão que tinha o objetivo de redigir uma Constituição, mas sob sua orientação direta. O texto constitucional foi enviado ao Senado da Câmara e, em seguida, aos 25 de março de 1824, foi outorgada pelo Imperador, onde no que se refere à educação observam-se as seguintes ordenações, que se localizam no título 8º, Das Disposições Geraes e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, no Art. 179, onde se lê respectivamente nos parágrafos XXXII e XXXIII: “A instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos” e “Collegios e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias Bellas Letras, e Artes.”⁵⁷

Darcy Ribeiro⁵⁸, em discurso tão irônico quanto perspicaz, quando de sua palestra no Simpósio sobre Ensino Público, na 29ª Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, realizada em julho de 1977, talvez tenha produzido a crítica que deixa mais claro os interesses que estão na base das ações direcionadas para a elaboração de um sistema educacional no período aqui enfocado. Afirma o autor, em sua fala, que não se encontra no povo, mestiço, tropical, herdeiros lusitanos de um catolicismo barroco, as causas determinantes de nosso atraso, mas na melhor parte de nosso povo, ou seja, nas características de nossa classe dominante. Isto porque se gerou aqui uma economia capaz de

proporcionar altos lucros, mas que nas relações de produção e de trabalho aqui forjadas elaboraram-se estruturas que mantêm o povo brasileiro constrangido, atrasado e deformado.

A eficácia da classe dominante brasileira, na construção de estruturas sociais capazes de tal feito, se mostra plenamente no sistema educacional. Darcy Ribeiro, ainda neste discurso de 1977, indica a ação de D. Pedro II que, enquanto a Argentina, o Chile e o Uruguai, estendiam a educação básica para todos, criava o Instituto de Surdos e Mudos e o Instituto Imperial dos Cegos, como exemplo da intencionalidade na criação e manutenção de uma estrutura educacional inapta, mas que aparece aos incautos como incapacidade. O antropólogo é peremptório ao afirmar que não houve fracasso no esforço de universalizar o ensino no Brasil, dado que se almejava justamente fazer o que de fato fora realizado, pois ao se manter a maioria imersa na ignorância garante-se a hegemonia de classe. “Perpetua-se, em consequência, a sábia tutela que a elite educada, ilustrada, elegante, bonita, exerce paternalmente sobre as massas ignaras.”⁵⁹

CONCLUSÃO

Atendo-se tão-somente a normatização direcionada à educação que foi produzida no período colonial, poder-se-ia deduzir que desde tempos remotos existe no Brasil um aparato legal capaz de garantir a instrução de sua população. Entretanto, quando se traz à tona o sistema de produção, as relações de trabalho e a estrutura social e se faz uma confrontação com tais instrumentos legais, verifica-se que há uma enorme distância entre o que foi idealizado e concretizado na forma jurídica e as condições reais da vida cotidiana para a qual a forma jurídica está direcionada. Numa linguagem mais constitucionalista, poderíamos afirmar que há uma tensão entre a “vontade de Constituição” e os “fatores reais de poder”.

A garantia do ensino primário gratuito a todos os cidadãos normalizado no ordenamento brasileiro, à primeira vista, aparece como um mecanismo que corrobora com a efetivação do ideal iluminista de igualdade, uma vez que se estaria dotando os indivíduos da capacidade de competição para alcançar os meios garantidores de uma sobrevivência em condições mínimas de disputa com os outros membros da sociedade. Porém, tal pressuposto é absolutamente negado pelas relações de trabalho que mantêm a maioria dos indivíduos inseridos em relações pré-capitalistas, seja na condição de escravo ou do trabalho em troca de víveres e moradia. Portanto, o sentido da expressão “gratuito a todos os cidadãos” deve ser compreendido como sendo referente à parcela da população que é proprietária ou descendente de proprietários de grandes extensões de terras, plantadores e donos de engenhos ou de empreendimentos comerciais, pois os demais membros da sociedade encontravam-se, em função de suas condições de sobrevivência, impossibilitados de por iniciativa própria buscar se instruir.

Deste modo, está-se prevendo a utilização dos recursos do Estado como um mecanismo de manutenção e mesmo de aprofundamento da distância social,

assim invertendo a ideia de universalização do direito à educação. Isto fica ainda mais perceptível, quando se traz à luz a norma que prevê a criação do ensino superior. Ora, se nem mesmo ao ensino básico a massa da população poderia ascender, o que dizer então da possibilidade de ingressar no ensino superior. Desta possibilidade, ficam de fora também grande parte dos trabalhadores assalariados e de pequenos proprietários e seus descendentes, estes últimos por questões de lógica de sobrevivência, da necessidade de passarem à condição de força de trabalho, que é o que acontece nas economias onde prevalecem pequenos grupos que se apropriam largamente da produtividade, assim impedindo que os pequenos tenham ganhos relevantes.

Por outro lado, poder-se-ia considerar que a ordenação jurídica imperial direcionada à educação visava uma passagem da economia baseada na empresa agroexportadora para a empresa industrial. Mas, a este argumento pode se objetar, como se buscou demonstrar ao longo do texto, que as forças detentoras do domínio econômico e político, seja por inviabilidade ocasionada pela dependência econômica do centro ou por interesse em manter a estrutura econômica vigente, que possibilitava lucros extraordinários, não desejavam migrar o capital do setor primário da economia para o secundário.

É importante que se perceba, como afirma Apple a partir de uma teoria crítica da educação, que

A educação é um local de luta e conciliação. Ela também serve como substituto para batalhas maiores com relação àquilo que as nossas instituições deveriam fazer, a quem elas deveriam servir, a quem deveria tomar essas decisões. E ainda assim, por si só, ela é uma das mais importantes arenas por meio da qual são trabalhados recursos, forças e ideologias específicas para políticas, finanças, currículo, pedagogia e avaliação na educação. Assim, a educação é tanto causa como efeito, determinante e determinada. Por causa disso, nenhum ensaio pode apresentar uma imagem completa da complexidade⁶⁰.

Enfim, não é exagero afirmar que, a partir do momento em que emergiu na sociedade brasileira a crença de que a modernização industrial e o conhecimento científico como tal seriam basilares para se retirar o país do atraso socioeconômico e cultural (um consenso que foi se estabelecendo a partir do segundo quartel do século XX para se consolidar na primeira metade deste mesmo século), esta crença acabou por deparar-se com impedimentos de valor moral já incrustados na sociedade, representados inclusive pela ordenação jurídica até então produzida, de caráter nitidamente excludente, o que promoveu impasse que se constituiu como um dos principais obstáculos à universalização da educação como política pública a ser desenvolvida pelo Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ABREU, João Capistrano de. **Caminhos antigos e povoamento do Brasil**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará (UFC), 1999.
- APPLE, Michael. Entre o Neoliberalismo e o Neoconservadorismo: educação e conservadorismo em um contexto global. In: BURBULES, Nicholas C. e TORRES, Carlos Alberto (orgs.). **Globalização e Educação**. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed Editora, 2004.
- ARRUDA, Gerardo Clésio Maia. **Trabalho, riqueza e dominação no Sertão do Nordeste do Brasil**. Salvador: Revista CEAS, n. 219, set-out/2005. p. 43 – 62.
- ARRUDA, Gerardo Clésio Maia et all. Direitos humanos à luz dos processos culturais históricos: uma reflexão a partir da constitucionalização dos direitos políticos brasileiros. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2015.
- BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- BRASIL. **Annaes do Parlamento Brasileiro**, Assembleia Constituinte. Sessão de 19 de agosto de 1823. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS2-segundo_Conselho_de_Estado_1822-1834.pdf>. Acesso: 22 Fev. 2015.
- _____. **Constituição de 1824**. 1824 / Octaciano Nogueira. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- _____. **Constituição de 1891**. 1891/Aliomar Baleeiro. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo Demográfico 1940**. Disponível em: <http://censo1940.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 05 fev. 2015.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo Demográfico 2000**. Disponível em: <http://censo1940.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 05 fev. 2015.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <http://censo1940.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 05 fev. 2015.
- BURBULES, Nicholas C. e TORRES, Carlos Alberto (orgs.). **Globalização e Educação**. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed Editora, 2004, p. 12.
- CHIZZOTTI, Antônio. A Constituinte de 1823 e a educação. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823 -1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996.

COUTO, Jorge. **A construção do Brasil**: ameríndios, portugueses e africanos, do início do povoamento a finais de quinhentos. Lisboa: Editora Cosmos, 1998.

CURY, Carlos Roberto Jamil et al. A relação educação-sociedade-Estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823 -1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996.

DAMATTA, Roberto, **Relativizando**: uma introdução à Antropologia Social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

DOWBOR, Ladislau. **A formação do capitalismo dependente no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2008.

FERNANDES, Florestan. **A sociologia numa era de revolução social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Global Editora, 2013.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1998.

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do paraíso**: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994.

MANACORDA, Mario Alighiero. **História da Educação**: da antiguidade aos nossos dias. Trad. Gaetano Lo Monaco. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MICELI, Paulo. **O feudalismo**. São Paulo: Editora da UNICAMP, 1986.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2013**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>. Acesso em 05 maio 2015.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

RIBEIRO, Darcy. **Sobre o óbvio**. In: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/filosofia/sobreobviocsc.html>>. Acesso em: 21/02/15.

SAVIANI, Dermeval. **História das Ideias Pedagógicas no Brasil**. 3. ed. revista. Campinas, SP: Autores Associados, 2010.

SCHWARZ, Roberto. **Cultura e política**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

SENNÁ, José Júlio. **Os parceiros do rei: herança cultural e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. de. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

-
- 1 FERNANDES, Florestan. **A sociologia numa era de revolução social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p. 314.
 - 2 Dados extraídos dos Censos Demográficos de 1940, 2000 e 2010. Disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em 23/11/2015.
 - 3 PNUD. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/>> Acesso em 24/11/2013.
 - 4 BURBULES, Nicholas C. e TORRES, Carlos Alberto (orgs.). **Globalização e Educação**. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed Editora, 2004, p. 12.
 - 5 Cf. BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
 - 6 BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 11.
 - 7 Cf. BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
 - 8 Cf. BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
 - 9 BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 12.
 - 10 MICELI, Paulo. **O feudalismo**. São Paulo: Editora da UNICAMP, 1986, p. 33.
 - 11 BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 13.
 - 12 BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 16.
 - 13 Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
 - 14 Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
 - 15 Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
 - 16 Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
 - 17 SENNA, José Júlio. **Os parceiros do rei: herança cultural e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, p. 23-24.
 - 18 Cf. SENNA, José Júlio. **Os parceiros do rei: herança cultural e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.
 - 19 MANACORDA, Mario Alighiero. **História da Educação: da antiguidade aos nossos dias**. Trad. Gaetano Lo Monaco. 13. Ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 238.
 - 20 DAMATTA, Roberto, **Relativizando: uma introdução à Antropologia Social**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 101.
 - 21 BRASIL. **Constituição de 1824**. 1824 / Octaciano Nogueira. 3ª edição. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 65.
 - 22 Cf. SCHWARZ, Roberto. **Cultura e política**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
 - 23 SCHWARZ, Roberto. **Cultura e política**. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 66.
 - 24 FURTADO, Celso. **O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 58.
 - 25 FURTADO, Celso. **O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 61.
 - 26 SAVIANI, Dermeval. **História das Ideias Pedagógicas no Brasil**. 3ª edição revista. Campinas, SP: Autores Associados, 2010, p. 31.
 - 27 Cf. DOWBOR, Ladislau. **A formação do capitalismo dependente no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.
 - 28 DOWBOR, Ladislau. **A formação do capitalismo dependente no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982, p. 31.

- 29 Cf. DOWBOR, Ladislau. **A formação do capitalismo dependente no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.
- 30 Cf. DOWBOR, Ladislau. **A formação do capitalismo dependente no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.
- 31 Cf. FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Global Editora, 2013.
- 32 Cf. COUTO, Jorge. **A construção do Brasil: ameríndios, portugueses e africanos, do início do povoamento a finais de quinhentos**. Lisboa: Editora Cosmos, 1998.
- 33 COUTO, Jorge. **A construção do Brasil: ameríndios, portugueses e africanos, do início do povoamento a finais de quinhentos**. Lisboa: Editora Cosmos, 1998, p. 285.
- 34 COUTO, Jorge. **A construção do Brasil: ameríndios, portugueses e africanos, do início do povoamento a finais de quinhentos**. Lisboa: Editora Cosmos, 1998, p. 292.
- 35 Cf. PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.
- 36 PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985, p. 44.
- 37 Cf. ABREU, João Capistrano de. **Caminhos antigos e povoamento do Brasil**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará (UFC), 1999.

- 38 Cf. RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- 39 ARRUDA, Gerardo Clésio Maia. **Trabalho, riqueza e dominação no Sertão do Nordeste do Brasil**. Salvador: Revista CEAS, No. 219, set-out/2005, p. 58.
- 40 Cf. WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. de. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.
- 41 WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. de. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, p. 299.
- 42 WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. de. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, p. 300.
- 43 Cf. FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1998.
- 44 Cf. FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1998.
- 45 Cf. CURY, Carlos Roberto Jamil *et al.* **A relação educação-sociedade-Estado pela mediação jurídico-constitucional**. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996.
- 46 Cf. MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- 47 MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 88.
- 48 FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 149.
- 49 ARRUDA, Gerardo Clésio Maia *et al.* **Direitos humanos à luz dos processos culturais históricos: uma reflexão a partir da constitucionalização dos direitos políticos brasileiros**. In: CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2015.
- 50 ARRUDA, Gerardo Clésio Maia *et al.* **Direitos humanos à luz dos processos culturais históricos: uma reflexão a partir da constitucionalização dos direitos políticos brasileiros**. In: CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, 2015.
- 51 CHIZZOTTI, Antônio. **A Constituinte de 1823 e a educação**. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823 -1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996, p. 33.
- 52 CHIZZOTTI, Antônio. **A Constituinte de 1823 e a educação**. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823 -1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996, p. 36.
- 53 Cf. CHIZZOTTI, Antônio. **A Constituinte de 1823 e a educação**. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823 -1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996.
- 54 Cf. CHIZZOTTI, Antônio. **A Constituinte de 1823 e a educação**. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823 -1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996.
- 55 Cf. CHIZZOTTI, Antônio. **A Constituinte de 1823 e a educação**. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823 -1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996.
- 56 CHIZZOTTI, Antônio. **A Constituinte de 1823 e a educação**. In: FAVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823 -1988**. Campinas: Editora Autores Associados, 1996, p. 50.
- 57 BRASIL. **Constituição de 1824**. 1824 / Octaciano Nogueira. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 87.
- 58 RIBEIRO, Darcy. **Sobre o óbvio**. In: <<http://www.cfetsp.br/edu/eso/filosofia/sobreobviocsc.html>>. Acesso em: 21/02/15.

- 59 RIBEIRO, Darcy. *Sobre o óbvio*. In: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/filosofia/sobreobvioesc.html>>. Acesso em: 21/02/15, p. 1.
- 60 APPLE, Michael. Entre o Neoliberalismo e o Neoconservadorismo: educação e conservadorismo em um contexto global. In: BURBULES, Nicholas C. e TORRES, Carlos Alberto (orgs.). *Globalização e Educação*. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed Editora, 2004, p. 45.

FORGOTTEN PAIDEIA: CONSTRAINING ROOTS OF UNIVERSALISATION OF RIGHT TO EDUCATION IN BRAZIL

ABSTRACT

This article resulted from an effort to point out the original causes of the hindrances developed along history, which still obstruct the universalization of the rights to education within Brazilian society. Thereby, the analysis led to the time when Brazil was a colony and later an empire, with the objective of learning about the sense of colonization, the intricacies of domination and hierarchical structures then built, and afterwards cemented. The consequences of the particular circumstances found on the craft of the dynamics of social and power relations were analyzed. Thus, the economy of the period was studied to disclose the elements that define the interest of dominant classes, understood as the cornerstones of political organization, which is the pillar of social relations. The relations of production were also examined, with the aim to check the needs on labor force, assumed as essential for the description of the evolution on rules and public policies concerning education. The conclusion is that the Constitution of 1824 is the beginning of the establishment of a legal frame on the right to education which inaugurates the wide gap between the constitutional guaranties and the sociopolitical reality of the national environment.

Keywords: Right to Education. Universalization. Constitution of 1824. Public Policies.

Submetido: 28 dez. 2015
Artigo convidado

POLÍTICAS PÚBLICAS E EXTRAFISCALIDADE: DIREITOS FUNDAMENTAIS DA JUVENTUDE BRASILEIRA

Hugo Thamir Rodrigues *
Fabiano Rodrigo Dupont **

Considerações Iniciais. 1 O papel do poder público na construção de políticas públicas efetivadoras dos direitos da juventude brasileira. 2 A finalidade extrafiscal da norma tributária como mecanismo de implementação de políticas públicas. 3 A extrafiscalidade tributária enquanto política pública de desenvolvimento e de inclusão social de jovens. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O objetivo com o presente estudo é analisar a relação existente entre políticas públicas e extrafiscalidade de tributos com base no agir público na consolidação de direitos fundamentais da juventude brasileira. Diante desse cenário, são pontuados e discutidos o atual papel do poder público na construção de políticas públicas efetivadoras dos direitos da juventude. Cotejados estes aspectos, apresenta-se a finalidade extrafiscal da norma tributária como mecanismo de implementação de políticas públicas. E a partir disso, analisa-se a possibilidade e o desenvolvimento de políticas públicas com o intuito da inclusão social de jovens no cenário brasileiro. Para tal feito, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, através de levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Função extrafiscal. Direitos fundamentais. Políticas públicas. Juventude.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A juventude brasileira, especialmente se considerado os últimos dez anos, tem ocupado cada vez mais espaço na agenda pública com a discussão e implementação de políticas públicas com a finalidade da proteção social, inserção profissional e o incentivo a sua participação política. Colaborando com essa inserção, em agosto de 2013 foi editado o Estatuto da Juventude, que findou com um processo de quase dez anos de lutas e discussões por garantias de direitos dessa porção da população.

* Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor adjunto das Universidades de Santa Cruz do Sul e de Passo Fundo.

** Graduado e mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

Neste contexto, o objetivo do presente estudo é a realização de uma análise sistemática da utilização da função extrafiscal da norma tributária como mecanismo de implementação de políticas públicas com base no agir público e na consolidação de direitos fundamentais da juventude brasileira. Para tanto, dividiu-se o trabalho em três momentos, no primeiro deles discorre-se sobre o papel do poder público na construção de políticas públicas efetivadoras dos direitos da juventude brasileira, partindo do pressuposto que o mundo encontra-se em constante transformação e os jovens da atualidade vivenciam problemas e incertezas de seu tempo.

Assentados estes aspectos, migra-se para o estudo da finalidade extrafiscal da norma tributária como mecanismo de implementação de políticas públicas, onde o objetivo principal é a sua utilização na redistribuição de rendas e de terras, a defesa da indústria nacional, a orientação de certos investimentos em setores estratégicos de produção, mas, principalmente no incentivo a jovens que carecem de ações efetivas de cidadania.

E dessa forma, conclui-se o trabalho analisando a utilização da extrafiscalidade tributária enquanto política pública de desenvolvimento e inclusão social de jovens no atual mundo globalizado, uma vez que diante do cenário de exclusão social, tem-se uma parcela da juventude brasileira que se vê às margens do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

1 O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVADORAS DOS DIREITOS DA JUVENTUDE BRASILEIRA

Em meio às inúmeras transformações na sociedade, tanto de caráter econômico, político e social, o ocaso do século XX e o início do século XXI se travestem de novos significados, onde conceitos como os de crianças, adolescentes e jovens adquirem uma determinada dimensão social até então não conhecida no mundo ocidental. A partir desse momento deixam de ser unicamente um objeto de interesse, preocupação e ação no âmbito privado da família e da igreja para tornar-se uma questão de cunho social, sendo assim, de competência não só do Estado, mas também da sociedade.

Deste modo, crianças, adolescentes e jovens deixam de ocupar uma posição secundária tanto na família quanto na sociedade e passam a ser compreendidos como um valioso patrimônio da nação¹, a chave para o futuro. Sendo, assim, nas palavras de Rizzini, “um ser em formação - ‘dúctil e moldável’ - que tanto pode ser transformado em ‘homem de bem’ (elemento útil para o progresso da nação) ou num ‘degenerado’ (um vicioso inútil a pesar nos cofres públicos)”².

Nesse sentido, ao se buscar na literatura histórica referências sobre o espaço que era destinado a esses indivíduos na sociedade brasileira, verifica-se incontestavelmente que a criança, o adolescente e o jovem que mais aparecia era aquele que, para os olhos da elite do século XX, era desprovido de proteção por

parte do Estado e, portanto, necessitava ser corrigido ou reeducado. Na exata definição de Rizzini eram os “‘expostos’, os ‘orphaosinhos’, os ‘pobres meninos abandonados’, as ‘crianças criminosas’ os ‘menores delinquentes’ e assim por diante. Onde constava algo relativo à infância ou à juventude, lá estava implícita a ideia de periculosidade”.³

Todavia, a partir da segunda metade da década de 1990, o tema da juventude inicia a sua trajetória de projeção e complexidade diante do espaço público brasileiro. E assim sendo, ao mesmo tempo em que ocorria o aumento do número de jovens de 15 a 24 anos na sociedade, eram os mesmos afetados de maneira especialmente intensa em razão das profundas desigualdades econômicas e sociais, enfrentando dificuldades das mais diversas.⁴

Desta maneira, a condição juvenil refere-se principalmente ao modo como a sociedade organizada atribui a definição a esse momento do ciclo da vida, especificando uma dimensão histórico-geracional, à medida que a situação desses jovens evidencia o modo como tal etapa é vivida com base nos mais diferentes recortes – social, classe, gênero, etnia, entre outros.⁵

E, portanto, é nesse período, da juventude, que se inicia o processo de inserção nas diversas dimensões da idade adulta. Como lembra Abramo⁶, é “na constituição de famílias, no mundo do trabalho e nos espaços de cidadania. Assim sendo, na etapa da juventude se definem possibilidades e impossibilidades de inserção na vida produtiva e social, de desenvolvimento de projetos pessoais e sociais”.

Por conta desse processo, utilizando-se dos ensinamentos de Abad⁷, a infância quase desapareceu, rodeada por uma adolescência que desabrocha muito cedo e uma juventude que se prolonga até depois dos 30 anos, o que acaba significando que quase um terço da vida e um terço da população tem esse rótulo, indeterminado e convencional como todos, porém simbolicamente intenso.

Ou seja, no atual momento histórico, a juventude, com sua diversidade, não pode ser vista apenas como momento de passagem. Em diferentes ritmos e intensidades, tais fenômenos aproximam jovens das economias centrais e periféricas. Pode-se dizer que nunca houve tanta conexão globalizada e, ao mesmo tempo, nunca foram tão agudos e profundos os sentimentos de desconexão.⁸

Então, a juventude poderia ser enquadrada como um período de privações, com escassa autonomia e constantes constrangimentos pelas convenções sociais, sendo caracterizada como uma etapa dura de aprendizagem das coisas para a vida, que todos deveriam passar com o intuito de adquirir suficiente experiência, normalmente de maneira penosa e árdua, antes de chegar à vida adulta.⁹

Contudo, como habitante de um mundo que se encontra em constante transformação, a juventude atual vive problemas e incertezas de seu tempo. Para Abramo essa juventude revela as “desigualdades econômicas, disparidades regionais, dicotomias entre campo e cidade, assim como preconceitos e discriminações

(de gênero, raça-etnia, orientação sexual, religião, etc.)”¹⁰, que acabam afastando os jovens de classes e grupos sociais distintos.

E atrelado aos dias atuais, enquanto uma determinada parcela de crianças, adolescentes e principalmente jovens se prepara para ingressar na vida adulta por intermédio da educação, outros buscam condições para que possam conciliar educação e trabalho. Porém, para todos está posta a questão da entrada e da permanência no mercado de trabalho, sendo este, cada vez mais caracterizado pela irregularidade, pela descontinuidade, pela precariedade de salário e por sua informalidade.¹¹

Entretanto, sabe-se que o Estado deve ser instrumental, tendo forte parcela de responsabilidade no desenvolvimento da sociedade, no bem-estar da população,

[...] e o governo por gerenciar o alcance desses objetivos por meio da elaboração de políticas públicas ou macroeconômicas. Para isso, ele planeja, pesquisa, identifica, formula e reformula políticas, programas e projetos. Entretanto, todos os agentes são responsáveis pela condição de desenvolvimento, e, partindo-se disso, justifica-se também a participação do setor privado na contribuição para a formulação de políticas que tenham finalidade igual.¹²

Nessa situação, as políticas públicas tornaram-se ferramentas adequadas para a efetivação das ações políticas e desse modo à concretização de direitos fundamentais e sociais. Para tanto, imperioso que se faça uma abordagem, ainda que superficial, vez que esse estudo não esgota o assunto, dos conceitos metodológicos das políticas públicas.

Inicialmente, importa elucidar que a análise das políticas públicas não pode ser feita de maneira fragmentada e isolada, ela deve estar relacionada, especialmente, com as questões que permeiam o Estado e a sociedade, pois “elas são o resultado da política, compreensíveis à luz das instituições e dos processos políticos, os quais estão intimamente ligados às questões mais gerais da sociedade”.¹³ Assim, pode-se dizer que as políticas públicas são um conjunto de ações adotadas pelo governo, a fim de produzir efeitos específicos, ou de modo mais claro, a soma de atividades do governo que acabam influenciando a vida dos cidadãos.

E dessa maneira, seja pelo envolvimento de todos os membros da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação das políticas públicas implementadas, ou ainda, seja pelo fato de centros de discussões e decisões para que se escolham ações específicas para estas, com o principal objetivo de alcançar o desenvolvimento sustentável, deve-se buscar e ponderar os indicadores que se adaptem a partir de todos os resultados e objetivos pretendidos e que detenham as políticas públicas em sua instância viabilizadora.¹⁴

Nesse contexto, um terreno ainda por ser efetivamente explorado é aquele no qual se encontra a análise das políticas públicas para a juventude, onde até

o momento tem se situado no campo da ciência política, a qual prefere dar o enfoque a partir de seu aspecto técnico, isto é, o produto (*policy*) da atividade intermediário público, os denominados *policy makers*. E a partir do interesse constituído e do problema busca-se encontrar boas políticas ao mesmo tempo eficazes e eficientes com a finalidade de suavizar as arestas problemáticas da relação juventude versus sociedade adulta, para que juntas consigam diminuir as situações que podem acarretar a exclusão social.¹⁵

Por tal motivo, nas palavras de Silva e Souza-Lima, tanto o processo de elaboração quanto o de implementação de uma política pública devem estar alinhavados com os objetivos e as finalidades que se pretendem alcançar, “com a realidade das pessoas que participam do processo de amadurecimento e com a dimensão do desenvolvimento sustentável que se pretende atingir, possui caráter interdisciplinar”¹⁶. Assim, as políticas públicas são compreendidas como interdisciplinas no momento em que, de acordo com a sua diversidade e seus mais variados objetivos, podem alcançar dimensões distintas do desenvolvimento sustentável.

Diante disso,

[...] as políticas públicas são respostas que não ocorrerão a menos que haja uma provocação. Em linguagem mais especializada, as políticas públicas se destinam a solucionar problemas políticos, que são as demandas que lograram ser incluídas na agenda governamental. Enquanto essa inclusão não ocorre, o que se tem são ‘estados de coisas’: situações mais ou menos prolongadas de incômodo, injustiça, insatisfação ou perigo que atingem grupos mais ou menos amplos da sociedade sem, todavia, chegar a compor a agenda governamental ou mobilizar as autoridades políticas.¹⁷

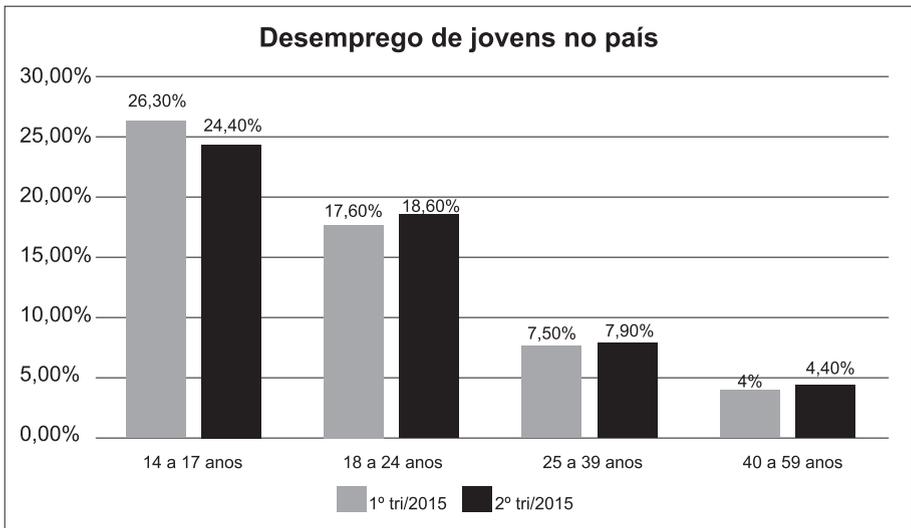
Portanto, analisando as políticas públicas com base em sua aceção mais genérica tem-se que se caracterizam pelo conjunto de ações articuladas com recursos próprios, sejam eles financeiros ou humanos, e envolvem uma dimensão temporal e uma capacidade de impacto. Onde, para Abad¹⁸ o termo pode ser compreendido a partir de sua dimensão ético-política da finalidade da ação, e deve se aliar, fundamentalmente, a um projeto de desenvolvimento econômico-social e provocar maneiras de interação do Estado com a sociedade.

E a partir dessa concepção, busca-se a análise e elaboração de políticas públicas voltadas para a juventude, o que, tanto no Brasil quanto internacionalmente, é bastante recente. Contudo, como visto, o processo de transformação da tecnologia atrelado a intensificação dos mercados, em uma era globalizada, fez emergir, na concepção de Abramo¹⁹, uma nova divisão internacional do trabalho evidenciando situações de pobreza e precarização das relações, onde tais mudanças sociais, incluindo aquelas que as acompanharam, atingem diretamente a juventude.

De acordo com uma pesquisa publicada pelo jornal Correio do Povo, no Brasil em 2011 existiam mais de 3,6 milhões de crianças e adolescentes em condição de trabalho infantil. Nesse cenário, de janeiro de 2014 a maio de 2015,

521 crianças e jovens foram flagrados em condição de trabalho infantil das 975 inspeções realizadas pelas equipes da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Rio Grande do Sul. O que, ainda segundo a pesquisa, motivou 25% dos casos de evasão escolar, colocando o Estado brasileiro na vice liderança na América Latina desse ranking lastimável.²⁰

Ainda, segundo uma pesquisa divulgada pelo jornal Zero Hora a taxa de desemprego no país chegou a 8,3% no período de abril a junho de 2015, maior nível da série que iniciou em 2012. Já no Estado do Rio Grande do Sul também houve avanço, contudo, um pouco inferior aos patamares nacional, cerca de 5,9%. Assim, a partir da análise do gráfico abaixo pode se compreender que o desemprego entre a juventude brasileira tem o maior percentual no país.²¹



Fonte: Jornal Zero Hora (2015, p. 16).

Nesse mesmo sentido, importante ressaltar também a matéria publicada pelo Jornal Gazeta do Sul em que se assegura que o contingente que mais sofre com o aumento do desemprego é a juventude, especialmente naquela parcela que estava dedicada exclusivamente aos estudos e que agora, para complementação da renda familiar, necessitou ir ao mercado de trabalho. Desse modo, o coordenador de Trabalho e Rendimento do IBGE Cimar Azeredo afirma que “se a renda do chefe de família não é suficiente, o jovem tem de ir para a fila de emprego”.²²

Diante desse cenário e da atual crise mundial, bancos, governos e organismos internacionais buscam ao mesmo tempo sair do colapso e superar a pobreza instalada discutindo os problemas da juventude. Uma vez que, a fragilidade do atual modelo econômico foi revelada, colocando-se a necessidade de se pensar políticas públicas de e para a juventude.

Assim neste contexto de políticas públicas está a finalidade extrafiscal da norma tributária, enquanto propagador do desenvolvimento social atrelado a atenção à juventude. Assunto este, tratado na sequência.

2 A FINALIDADE EXTRAFISCAL DA NORMA TRIBUTÁRIA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O conceito jurídico para o ordenamento brasileiro de tributos está elencado no artigo terceiro do Código Tributário Nacional, cujos termos estabelecem como sendo “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Sendo assim, na definição de Ataliba²³, apresenta-se como uma obrigação jurídica pecuniária, onde o sujeito ativo é uma pessoa pública, podendo ocorrer à delegação, e o sujeito passivo qualquer indivíduo que a legislação assim o caracterizou.

Nesse sentido, compreender o tributo como o meio de obtenção de receita para o Estado importa referir à finalidade mais basilar do direito tributário que neste caso é a finalidade fiscal. Deste modo, a fiscalidade consiste na utilização de mecanismos para “prover o caixa do Estado (entes federados) de recursos, destinados a fazer frente às despesas estatais. O conceito é simples e geral e vale tanto para o direito tributário quanto para o direito financeiro”.²⁴

Portanto, o tributo tem como principal objetivo arrecadar recursos para que consiga suprir as necessidades dos cofres públicos decorrendo da supremacia do interesse público em detrimento do interesse particular, isto é, no entendimento de Balthazar²⁵ a finalidade fiscal do tributo enquadra-se na arrecadação de receita visando à satisfação das necessidades públicas.

Contudo, o tributo pode ser compreendido a partir de suas outras finalidades, como é o caso da extrafiscalidade²⁶, onde o Estado não almeja prioritariamente a arrecadação de valores para os cofres públicos, pelo contrário, visa otimizar ações que estimulem ou desestimulem certas formas de agir, seja aumentando (IPI sobre o cigarro, por exemplo) ou reduzindo (descontos sobre o IPVA para bons motoristas, por exemplo) a carga tributária. Deste modo, a função extrafiscal busca estimular ou desestimular determinados comportamentos por intermédio da tributação progressiva ou regressiva, ou ainda, da concessão de benefícios e incentivos fiscais.

Tipke, ao falar de grupos de normas tributárias, utiliza, para designar extrafiscalidade, a expressão “normas de redistribuição, dizendo que:

[...] estas objetivam *correção do Bem Estar* (Wohlstandskorrektur) no interesse de um equilíbrio social. Favorecimentos fiscais multiplicadores do Bem Estar são justificáveis segundo o *princípio da necessidade* [...]. Com tudo isso, o *princípio do Estado social* é útil à justificação de normas de redistribuição [...].²⁷

Assim sendo, essa finalidade do tributo força o cidadão a obtenção de comportamentos com o objetivo de se alcançar um determinado fim onde o interesse público deve sempre sobrepor sobre o interesse particular.

Sempre que os interesses da comunidade [...] estejam em discussão, os interesses particulares deverão ceder espaço a fim de que os primeiros sejam preservados, e, com isto, a segurança [...] seja resguardada. Assim, por exemplo, o combate ao desemprego, ou a preservação do nível do emprego a utilização racional da propriedade a fim de que a mesma cumpra com sua função social, a preservação do meio ambiente e de condições fitossanitárias mínimas para a sobrevivência do homem [...].²⁸

Neste contexto, a indução por parte do Estado de determinados comportamentos mediante vantagem fiscal será exercido sobre aqueles que se enquadrarem nos requisitos legais, se a isenção for individual, podendo ser geral em isenções de caráter universal. Silva²⁹, por seu turno, afirma que uma isenção geral pode vir acompanhada de carga extrafiscal, onde, por exemplo, se direciona “objetivamente, à produção do álcool combustível, estimula seu consumo em prejuízo do consumo de gasolina”. Ou também quando se direciona, “subjetivamente, aos fabricantes de malhas têxteis, favorece o aparecimento de indústrias desse tipo de vestuário em detrimento dos curtumes”.

Destarte, importante lembrar que isenções fiscais, a partir de seu efeito extrafiscal, tanto podem ter efeitos no âmbito de uma determinada região do país ou do estado, onde se busca um objetivo específico como pode ser irrestrito territorialmente, quanto os efeitos dessa extrafiscalidade poderão ser observados em toda a extensão do território.

E diante desse cenário, tem-se como objeto desse estudo a finalidade extrafiscal da norma tributária como mecanismo de implementação de políticas públicas, onde, de acordo com Schoueri³⁰ essa utilização do tributo é fruto de uma evolução que já se verifica em outros ordenamentos jurídicos, quando se propõem a intervir de forma ativa no campo socioeconômico com a finalidade de tutela, de redistribuição e de equilíbrio das relações sociais. À vista disso, diante das realidades do Estado, além de as normas de direito financeiro/tributário serem um meio de assegurar a cobertura de despesas públicas, podem, com o mesmo ímpeto, intervir e auxiliar a regular a vida social, possibilitando realizações de natureza estrutural que influenciem de forma direta e indireta na qualidade de vida de cada um dos que compõem o conjunto de pessoas que habita o país.

Todavia, a aplicação da extrafiscalidade em nome do interesse coletivo não necessita estar atrelada a perda de numerário, quando do aumento ou diminuição de alíquotas ou bases de cálculos, como ensina Martins³¹, ao exemplificar esse processo quando ocorre a exacerbação da tributação sobre o consumo de cigarros, podendo, além de desestimular o consumo, aumentar a arrecadação.

Neste sentido, toda e qualquer finalidade tributária não arrecadatória enquadrar-se-á como conotação extrafiscal. O que não excluirá a sua função fiscal, podendo ambos conviver de forma harmônica no ordenamento tributário, ocorrendo somente, segundo Martuscelli³², a não exclusividade de um fim, mas sim a preponderância de um determinado fim sobre o outro, neste caso, a extrafiscalidade sobre a fiscalidade.

Com isso se quer dizer, pragmaticamente, que dentre as ferramentas que o Estado se vale para intervir no campo socioeconômico – almejando promover a justiça social, com regulação do mercado, redistribuição de riqueza, equilíbrio da balança, inclusão social etc. – está o direito tributário, que disponibiliza através da função extrafiscal do tributo que se façam políticas públicas com a utilização das normas tributárias.³³

Portanto, a promoção de políticas públicas a partir da utilização da tributação extrafiscal tem por finalidades, entre outras, a redistribuição de renda e de terras, a defesa da indústria nacional, a orientação de certos investimentos em setores estratégicos de produção, e, também, o incentivo a jovens que carecem de ações efetivas de cidadania que, por diferentes fatores, foram excluídos do processo educacional, de modo a reduzir situações de risco, desigualdade, discriminação e outras vulnerabilidades sociais, fomentando sua participação social e cidadã enquanto cidadãos por completo.

Nesse contexto, Silva³⁴ lembra que o valor finalístico da extrafiscalidade, que atribui o legislador à norma tributária, deve atender ademais da condução econômica, a correção de situações econômicas indesejadas, podendo inclusive fomentar “certas atividades ou ramo de atividades de acordo com os preceitos constitucionais³⁵”.

Sendo assim, toda a atividade legislativa e executiva deve ser orientada buscando o interesse social, sendo este um objetivo claro, que decorre da natureza prática das coisas em harmonia com o convívio social. E de igual maneira, a extrafiscalidade tributária exerce um papel de destaque na elaboração e aplicação de políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social de jovens diante do atual cenário, sendo este, assunto do próximo capítulo.

3 A EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE DESENVOLVIMENTO E DE INCLUSÃO SOCIAL DE JOVENS

Como visto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou a extrafiscalidade como um procedimento comum do direito tributário, principalmente como ferramenta de implementação de políticas públicas ao autorizar a exacerbação ou suavização do ônus fiscal. Como lembra Machado³⁶, inicialmente o objetivo do tributo era a arrecadação de valores ao Estado, contudo, diante de um mundo moderno, o tributo passou a ser compreendido como uma medida eficaz de intervenção na economia, estimulação de atividades, setores,

desestimulando/estimulando o consumo de determinados bens e dessa forma produzindo os mais variados efeitos na sociedade.

É, portanto, os principais mais basilares do direito trazidos pela Constituição, tais como a segurança jurídica, a justiça social e o bem comum, ligados diretamente com a efetivação dos direitos fundamentais, fazem-se presente principalmente na imunidade, isenção e benefícios fiscais, cuja sua natureza é extrafiscal.

Neste contexto, de acordo com Martins³⁷ no arcabouço da extrafiscalidade estão previstas as condutas desejadas, aquelas que devem ser estimuladas, mas também estão as condutas indesejadas, que devem ser desestimuladas pelo legislador. Entretanto, não estão compreendidas as condutas contrárias ao ordenamento jurídico, tidas como proibidas, e, que, via de regra, são alvos das sanções negativas (penalidades). Por exemplo, quando da aplicação de multa por descumprimento de obrigação fiscal, o Estado exerce o controle social tradicional, guiado pela faculdade do ordenamento de caráter repressiva (coatora).

É diante desse contexto de função extrafiscal do tributo que Bonavides³⁸ convida a todos para rever suas posições conservadoras e redesenhar as instituições e aplicações do Estado com base nas necessidades de um mundo contemporâneo. Dessa forma, deve buscar a imaginação coletiva das sociedades, refutando o racionalismo dos publicistas que encarcera as instituições no imobilismo e na repetição, “como se já houvesse no quadro dos conceitos e das fórmulas sobejamente conhecidas uma resposta adequada a cada problema ou a cada desafio que surgisse”³⁹.

Portanto, a reformulação do pensamento atual deve ser pautada pela busca uma política pública fiscal que tenha por finalidade a contemplação dos interesses públicos voltados efetivamente à coletividade, sendo este um processo público com a participação de todos os interessados, para que juntos possam objetivar a justiça social de fato.

Partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui a todos somente porque é possível, ao mesmo tempo, excluí-los. Este problema deve ser afrontado também pelos economistas, tendo em mente a perspectiva da justiça não no sentido utilitarista. Não se pode esquecer que o utilitarismo tem, ainda, uma grande influência nos definidores de políticas públicas, tanto nacionais quanto internacionais. Quanto à ‘política fiscal redistributiva’ de se pretender uma distribuição desejável de rendas diante da perpetuação das grandes desigualdades verificadas na sociedade.⁴⁰

Sendo assim, a elaboração, implementação e execução de políticas públicas devem ter como prioridade estratégias para o alcance de melhores condições de vida para o indivíduo e a sociedade. De tal modo, segundo Silva e Souza-Lima⁴¹, as políticas devem ter parâmetros determinados de mensuração, para que viabilize o acompanhamento no decorrer do percurso, podendo amadurecer sustentavelmente e expressar de forma contundente indicadores de sua efetividade.

Nessa conjuntura, as políticas públicas tornaram-se ferramentas adequadas para a efetivação das ações políticas e desse modo a concretização de direitos fundamentais e sociais. Para tanto, imperioso que se faça uma abordagem dos conceitos metodológicos das políticas públicas. Em vista disso, a análise das políticas públicas tem desempenhado importante papel no aperfeiçoamento da compreensão do funcionamento das instituições públicas, principalmente nos tempos atuais. Desse modo, Schmidt⁴² afirma que “investigando os resultados, as políticas (*policies*) entende-se melhor os processos (*politics*) e o aparato institucional (*polity*) da política”.

Nesse cenário, uma maneira de avaliar a efetivação de uma determinada política pública, podendo ser a partir da função extrafiscal do tributo, é por meio do desenvolvimento e aplicação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M), onde diversos estudos publicados no Brasil possibilitaram uma aproximação no que se refere a compreensão e a utilização do índice por toda a sociedade, até mesmo no desenvolvimento de políticas públicas. Permitiram, esses índices, “uma avaliação mais abrangente do nível de desenvolvimento humano do País e das precárias condições sociais que afligem boa parte da população, principalmente nas regiões menos desenvolvidas”.⁴³

Assim, as políticas públicas podem ser compreendidas como o resultado da política, das instituições e até mesmo de seus procedimentos. Dessa forma, quem estabelece o desmembramento entre esta e aquelas ignora a essência de ambas. Onde “a abordagem sistêmica, aqui apresentada, tem o grande mérito de evidenciar os estreitos liames das políticas com o conjunto dos componentes de um sistema político (instituições, processos, atores, arenas, lideranças, cultura política)”.⁴⁴

Diante desse ambiente de inclusão social de indivíduos excluídos, tem-se uma parcela da juventude brasileira que se vê a margem do sistema de proteção dos direitos fundamentais. Esse fenômeno reflete o esgotamento do modelo desenvolvimentista como afirma Abramo⁴⁵, onde as reformas de caráter social com cunho liberal questionaram os direitos sociais até então consagrados. E a partir disso, enfraqueceram os instrumentos corporativistas fundados na solidariedade e no fortalecimento de critérios ligados com a competição no mercado e à individualização dos riscos.

E como mecanismo de combate a este cenário, lembra Rodrigues:

[...] a utilização extrafiscal de tais espécies tributárias pode ocorrer tanto em razão do grau de pobreza de determinadas pessoas como enquanto instrumento que vise, por exemplo, à geração de empregos para habitantes de determinado Município, o que se daria pela não cobrança de taxas, por período determinado, ou pela não cobrança de contribuições de melhoria decorrentes de obras.⁴⁶

Acrescente-se, em âmbito municipal, as possibilidades, ainda, de incentivos fiscais relativamente ao IPTU, ao ITBI e ao ISS, principalmente quanto a este último para empresas prestadoras de serviços.

Portanto, a implementação de políticas públicas com base na função extrafiscal da norma tributária reflete em toda a fundamentação do Estado Contemporâneo, uma vez que surge como um mecanismo institucional legítimo de formulação, mecanização e implementação para que uma política pública possa ser enquadrada como viável. Corroborando com esse entendimento, Silva relembra que a “finalidade extrafiscal da norma tributária constitui-se na aplicação de um modelo jurídico-tributário para a consecução de objetivos que preponderam sobre os fins simplesmente arrecadatários de recursos financeiros para o Estado”.⁴⁷

E nesse contexto, incumbe à lei tributária atender as necessidades da sociedade por meio da finalidade extrafiscal, ao ordenar a condução da economia, corrigir determinadas situações sociais ou até mesmo possibilitar a promoção de ramos de atividades consoantes com os preceitos constitucionais. De natureza idêntica, o Estado comprometido com as suas finalidades sociais exercita, no entendimento de Martins⁴⁸, seu papel enquanto agente transformador da realidade social, utilizando-se para isso políticas públicas para a juventude, posto que:

As primeiras demandas em relação à inserção produtiva e à inclusão social de jovens foram publicamente apresentadas por diferentes atores políticos e sociais, direta ou indiretamente interessados no tema. Tais iniciativas envolveram organismos internacionais, gestores e políticos nacionais, organizações não governamentais, organizações empresariais, setores de igrejas e, também, um conjunto de grupos, redes e movimentos juvenis. Ou seja, em um processo de mão dupla, diferentes atores políticos (organizações de apoio e de juventude) tomaram para si a iniciativa de anunciar publicamente a existência de ‘problemas de juventude’.⁴⁹

Consequentemente, busca-se a construção de uma outra globalização, a qual seja menos excludente. Uma globalização que traga/comporte esperança àqueles em que ela não se evidencia como elemento de uma realidade inclusiva. Uma globalização, a partir de uma nova racionalidade, de um pensamento convergente na construção de um universalismo que contemple a todos iguais condições/possibilidades.⁵⁰

E a partir disso, na concepção de Martins⁵¹ surge a compreensão de que o ordenamento jurídico pode desempenhar um papel fundamental na maneira de cooperação e compartilhamento das responsabilidades sociais, essencialmente na promoção de comportamentos sociais desejados por meio da função extrafiscal do tributo. E neste ambiente, no Brasil, mais precisamente em agosto de 2013, a juventude pode reacender a chama da esperança, com a edição do Estatuto da Juventude que prevê que direitos já elencados possam ser aprofundamentos e efetivamente garantidos atendendo as necessidades específicas dos jovens, respeitando assim a sua trajetória e diversidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por essas razões que o Estado, enquanto agente promotor e difusor de direitos e garantias fundamentais, se apresenta como um dos responsáveis diretos pela concretização dos direitos da juventude. E essa atuação é objetivada por meio das políticas públicas, tornando-se evidente que essas devem ser formuladas e implementadas de maneira a promover de forma efetiva os direitos e garantias de jovens.

Diante dessa perspectiva, a implementação de políticas públicas baseadas na função extrafiscal do tributo tem como propriedade a correção de externalidades, sejam elas positivas ou negativas. Podendo ter sua finalidade aplicada à juventude, quando, por exemplo, incentiva a geração de empregos ou quando utilizada como mecanismo viabilizador do ingresso de estudantes carentes no ensino superior, com a finalidade de organizar a vida em sociedade e a nivelção dos tipos e modos de viver.

Deste modo, as ações do poder público devem ser focadas no cidadão e no bem-estar da coletividade, por isso que a participação cidadã se torna relevante. Ninguém melhor que os legítimos detentores da soberania – o povo – para promover processos dinâmicos de discussões e debates sobre suas demandas, a fim de levá-las ao governo para a sua efetivação, e de pano de fundo, promover-se na prática a garantia de uma série de direitos da juventude.

Portanto, não se pode combater problemas oriundos do processo da globalização e de exclusão com programas assistencialistas, dado que, quando esses programas forem interrompidos, pelos mais diversos fatores, necessitados continuarão a sofrer. À vista disso, deve-se buscar a implementação de políticas públicas com base na extrafiscalidade da norma tributária como fomentadora da economia, da qualificação da educação para crianças e da geração de oportunidades de empregos para a juventude.

REFERÊNCIAS

ABAD, Miguel. Crítica política das políticas de juventude. In: PAPA, F. C.; FREITAS, M. V. (Orgs.). **Políticas Públicas: Juventude em pauta**. São Paulo: Cortez: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação: Fundação Friedrich Ebert, 2003.

ABRAMO, Helena. Secretaria Nacional de Juventude. **Estação juventude: conceitos fundamentais – ponto de partida para uma reflexão sobre políticas públicas de juventude**. Brasília: SNJ, 2014.

_____. Considerações sobre a tematização social da juventude no Brasil. **Revista Brasileira de Educação**. São Paulo, ANPED n. 5-6, 1997, pp. 25-36.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 1997.

- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Manual de direito tributário**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.
- BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos, extrafiscalidade e não confisco**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Reflexões: política e direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. **Questões de Sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 2005.
- BRUNO, Jézica. Trabalho aos 14 anos tramita no Congresso. **Jornal Correio do Povo**. Porto Alegre, 31 ago. 2015.
- GAZETA DO SUL. Jovem procura trabalho e desemprego sobe para 8,3%. **Jornal Gazeta do Sul**. Santa Cruz do Sul, 26 ago. 2015.
- GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MARTINS, Vinicius Malta. **A função promocional do direito tributário na extrafiscalidade por estímulos: o direito como indutor de uma cidadania ativa e participante**. 2009. 139 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado)-Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2009. Orientador: RODRIGUES, Hugo Thamir.
- MARTUSCELLI, Fernando José Dutra. **Elementos de direito tributário**. Campinas: Bookseller, 2001.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012.
- OLIVEIRA, José Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- RODRIGUES, Hugo Thamir. **Harmonização solidária das políticas tributárias municipais: um princípio constitucional geral, implícito, delimitador das ações tendentes ao cumprimento da função social dos municípios**. 2003. 275 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito - Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Orientador: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar.
- RUA, Maria das Graças. As políticas públicas e a juventude dos anos 90. In: **Jovens acontecendo na trilha das políticas públicas**, v. 2. Brasília: CNPD, 1998, p. 731-752.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender Políticas Públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R.G. (Orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, t. 8 pp. 2307-2333.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, C. L.; SOUZA-LIMA, J. E. **Políticas Públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Daniel Cavalcanti. A finalidade extrafiscal do tributo e as políticas públicas no Brasil. **Revista Primas: Direito, políticas públicas e mundialização**. Brasília, v.4, n, 1, pp. 98-122, jan/jul. 2007.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. In: FURQUIM, Luiz Dória (Trad.). **Direito Tributário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. I.

VIAL, Sandra Regina Martini. Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. In: **Anais do II Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

ZERO HORA. Aumenta a procura por vagas e desemprego sobe. **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, 26 ago. 2015.

-
- 1 O termo “nação” é visto, aqui, a partir de uma perspectiva histórica, envolvendo seu passado, o seu presente e o seu futuro.
 - 2 RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 45.
 - 3 Ibidem, p. 45.
 - 4 ABAD, Miguel. Crítica política das políticas de juventude. In: PAPA, F. C.; FREITAS, M. V. (Orgs.). **Políticas Públicas: Juventude em pauta**. São Paulo: Cortez: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação: Fundação Friedrich Ebert, 2003.
 - 5 ABRAMO, Helena. Considerações sobre a tematização social da juventude no Brasil. **Revista Brasileira de Educação**. São Paulo, ANPED n. 5-6, 1997, pp. 25-36.
 - 6 Ibidem, p. 14.
 - 7 ABAD, op. cit.
 - 8 ABRAMO, Helena. Secretaria Nacional de Juventude. **Estação juventude: conceitos fundamentais – ponto de partida para uma reflexão sobre políticas públicas de juventude**. Brasília: SNJ, 2014, p. 20.
 - 9 ABAD, op. cit.
 - 10 ABRAMO, 2014, p. 19.
 - 11 Ibid., .
 - 12 SILVA, C. L.; SOUZA-LIMA, J. E. **Políticas Públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.
 - 13 SCHMIDT, João Pedro. Para entender Políticas Públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R.G. (Orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, t. 8, p. 2308.

- 14 SILVA; SOUZA-LIMA, op. cit.
- 15 ABAD, op. cit.
- 16 SILVA; SOUZA-LIMA, op. cit., p. 49.
- 17 RUA, Maria das Graças. As políticas públicas e a juventude dos anos 90. In: **Jovens acontecendo na trilha das políticas públicas**, v. 2. Brasília: CNPD, 1998, p. 731.
- 18 ABAD, op. cit.
- 19 ABRAMO, 2014, et. seq.
- 20 BRUNO, Jézica. Trabalho aos 14 anos tramita no Congresso. **Jornal Correio do Povo**. Porto Alegre, 31 ago. 2015.
- 21 ZERO HORA. Aumenta a procura por vagas e desemprego sobe. **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, 26 ago. 2015.
- 22 GAZETA DO SUL. Jovem procura trabalho e desemprego sobe para 8,3%. **Jornal Gazeta do Sul**. Santa Cruz do Sul, 26 ago. 2015, p. 11.
- 23 ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- 24 GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 175, grifo original.
- 25 BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Manual de direito tributário**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.
- 26 Cf. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012, p. 629: “A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. Trata-se assim de normas [...] que [...] estão dominadas pelo intuito de actuar diretamente sobre os comportamentos económicos e sociais dos seus destinatários, desincentivando-os, neutralizando-os nos seus efeitos económicos e sociais ou fomentado-os, ou seja, de normas quem contém medidas de política económica e social.
- 27 TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. In: FURQUIM, Luiz Dória (Trad.). **Direito Tributário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. I, p. 177.
- 28 BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos, extrafiscalidade e não confisco**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 41
- 29 SILVA, Daniel Cavalcanti. A finalidade extrafiscal do tributo e as políticas públicas no Brasil. **Revista Primas: Direito, políticas públicas e mundialização**. Brasília, v.4, n, 1, p. 98-122, jan/jul. 2007, p. 117.
- 30 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, passim.
- 31 MARTINS, Vinicius Malta. **A função promocional do direito tributário na extrafiscalidade por estímulos**: o direito como indutor de uma cidadania ativa e participante. 2009. 139 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado)-Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2009, passim.
- 32 MARTUSCELLI, Fernando José Dutra. **Elementos de direito tributário**. Campinas: Book-seller, 2001.
- 33 MARTINS, op. cit., p. 101.
- 34 SILVA, op. cit., p. 100.
- 35 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

- 36 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 1997, passim.
- 37 MARTINS, op. cit.
- 38 BONAVIDES, Paulo. **Reflexões: política e direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- 39 Ibidem, p. 218.
- 40 VIAL, Sandra Regina Martini. Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. In: **Anais do II Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Evangraf, 2005, s/p, grifo original, passim.
- 41 SILVA; SOUZA-LIMA, op. cit.
- 42 SCHMIDT, op. cit., p. 2330.
- 43 SILVA; SOUZA-LIMA, op. cit., p. 152.
- 44 SCHMIDT, op. cit., p. 2330.
- 45 ABRAMO, op. cit.
- 46 RODRIGUES, Hugo Thamir. **Harmonização solidária das políticas tributárias municipais: um princípio constitucional geral, implícito, delimitador das ações tendentes ao cumprimento da função social dos municípios**. 2003. 275 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito - Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003, p. 203.
- 47 SILVA, Daniel Cavalcanti. A finalidade extrafiscal do tributo e as políticas públicas no Brasil. **Revista Primas: Direito, políticas públicas e mundialização**. Brasília, v.4, n, 1, p. 98-122, jan/jul. 2007, p. 119.
- 48 MARTINS, et. seq.
- 49 ABRAMO, op. cit., p. 113.
- 50 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, passim.
- 51 MARTINS, et. seq.

PUBLIC POLICIES AND EXTRAFISCALITY: FUNDAMENTAL RIGHTS OF BRAZILIAN YOUTH

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the relationship between public policy and extrafiscality of taxes based on the public action to entrench fundamental rights of Brazilian youth. Given this scenario, the role of government in building effective public policies in this regard is pointed out. The extrafiscality purpose of the tax law as implementation of public policy engine is presented. Starting from that, we analyze the possibilities and the development of public policies with the aim of socially including young people in the Brazilian frame.

Keywords: Extrafiscality function; Fundamental rights; Public policies; Youth.

Submetido: 25 nov. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

NOTAS SOBRE A DIGNIDADE (DA PESSOA) HUMANA NO ÂMBITO DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO OCIDENTAL

Ingo Wolfgang Sarlet*

1 Notas introdutórias. 2 Das origens judaico-cristãs ao renascimento. 3 Da aurora da idade moderna até a consolidação da “secularização” da noção de dignidade da pessoa humana. 4 Considerações finais. Referências.

Resumo

O presente texto busca identificar e analisar os principais desenvolvimentos do conceito e significado da dignidade da pessoa humana na esfera do pensamento ocidental partindo da tradição hebraico-cristã e da antiguidade clássica até o pensamento de matriz kantiana e hegeliana

Palavras-chave: Dignidade. Pessoa humana. Evolução do pensamento ocidental.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Embora a noção de dignidade da pessoa humana seja (cada vez mais) relevante para o Direito, cuidando-se de figura quase onipresente no direito constitucional contemporâneo e também no âmbito do assim chamado direito internacional dos direitos humanos, de modo que é possível se falar em uma dimensão jurídico-constitucional da dignidade (da pessoa) humana, com destaque para a sua relação com os direitos fundamentais e com os direitos humanos, cumpre seja empreendida a tentativa de uma aproximação com o conteúdo e significado da própria noção de dignidade da pessoa humana, já que anterior ao seu reconhecimento no âmbito do direito positivo e até mesmo determinante do modo pelo qual o Direito recepcionou a noção de dignidade. Ademais, importa lembrar que também para a dignidade da pessoa humana aplica-se a noção referida por Bernard Edelman, de que qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido.¹

Embora não se possa – e nem se pretenda! – reconstruir aqui em detalhes a trajetória da noção de dignidade da pessoa humana no pensamento filosófico ao longo dos tempos, buscar-se-á pelo menos identificar e apresentar alguns momentos, autores e concepções relevantes e habitualmente referidos nesse contexto. Por outro lado, importa destacar desde logo, na esteira do que leciona

* Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität-München). Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS. Juiz de Direito no RS. E-mail: iwsarlet@gmail.com

Eduardo Bittar, que “a ideia de dignidade da pessoa humana hoje, resulta, de certo modo, da convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental”.² Cuida-se, como bem enfatiza Urbano Zilles, de um debate fortemente condicionado pelo passado³. Já por tal razão (mas não apenas por isso) uma – ainda que sumária – análise na perspectiva histórica e filosófica se faz necessária, sem que se perca de vista a circunstância de que tal abordagem revela como a noção de dignidade humana passou por importantes transformações e reflete encontros e desencontros entre diferentes concepções, visões de mundo e tendências,⁴ o que se verifica inclusive quando se está, como é o caso, a privilegiar a tradição jurídico-filosófica ocidental⁵.

2 DAS ORIGENS JUDAICO-CRISTÃS AO RENASCIMENTO

Sem adentrarmos, ainda, o problema do significado que se pode hoje atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia de um valor intrínseco do humano, e, posteriormente, da pessoa humana⁶, radica no pensamento filosófico clássico e no ideário (doutrina) judaico-cristão. Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a tal aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento⁷ podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humano – e não apenas o ser humano cristão – é dotado de um valor próprio, não podendo, por tal razão, ser transformado em mero objeto ou instrumento da ação alheia.⁸ Além disso, é possível afirmar, acompanhando Gabrielle Bezerra Sales, que mediante referência a Jesus de Nazaré e seus ensinamentos a Cristandade, ainda que sem menção de uma dignidade humana, concretizou um modelo do ser pessoa que radica numa ética pautada por uma pretensão de universalidade e pela igualdade entre os seres humanos.⁹

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.¹⁰ Cuida-se de um conceito (ou dimensão) político de dignidade, cunhado pelo pertencimento do indivíduo às elites políticas da sociedade e a vinculação da dignidade às ações humanas e seu respectivo resultado, como algo, portanto, que deve constantemente ser posto à prova e não como uma constante antropológica¹¹.

Por outro lado, já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no

sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.¹² Com efeito, de acordo com o jurista, político e filósofo romano Marco Túlio Cícero, é a natureza quem prescreve que o homem deve levar em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de também serem homens, razão pela qual todos estão sujeitos às mesmas leis naturais, de acordo com as quais é proibido que uns prejudiquem aos outros,¹³ passagem na qual (como, de resto, encontrada em outros autores da época) se percebe a vinculação da noção de dignidade com a pretensão de respeito e consideração a que faz jus cada ser humano. Assim, especialmente em relação a Roma – notadamente a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social – é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na aceção estoica referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo).¹⁴

No que diz com a concepção vigente nesse período (mas que, de certa forma, segue presente nos dias de hoje, quando se fala na dignidade de cargos e funções, na honra e imagem da pessoa no seu contexto social, etc.),¹⁵ importa destacar, recolhendo aqui a lição de Paolo Becchi, que no mundo romano antigo, a noção de dignidade humana adquire – precisamente por influência do pensamento de Cícero, primeiro a ressaltar ambas as acepções – um duplo significado, visto que, por um lado o homem possui uma dignidade que decorre de sua posição mais alta na hierarquia da natureza, já que é o único ser racional dentre os animais, o que lhe assegura uma posição especial no universo (sentido absoluto da dignidade), ao passo que, já em outro sentido, relativo, a dignidade está vinculada à posição social do indivíduo, posição esta que poderá ser alterada ao longo de sua existência.¹⁶

Ainda nessa quadra, como bem averba Marco Ruotolo, no pensamento de Cícero e no pensamento greco-romano, a dignidade assume uma dupla significação, como dote (dáviva) e como “conquista”, no sentido de ser também o resultado de um fazer, um agir na esfera social, o que também corresponde à concepção dominante na tradição cristã, onde é possível distinguir entre uma dignidade ontológica (ou inata), visto que decorrente da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial ou adquirida, correspondente a circunstância de se levar uma vida de acordo com os ditames da religião Cristã.¹⁷ Nesse mesmo sentido, vale agregar a lição de Michael Rosen, que, a partir da leitura da obra sobre os deveres (*De Officiis*), igualmente entende que Cícero compreende a dignidade (além de referente ao *status* social do indivíduo), como um atributo que os seres humanos têm por serem humanos e não animais, afirmando, ademais, a flagrante superioridade do Homem em relação aos últimos.¹⁸

Numa etapa posterior, já na fase em que o Cristianismo havia assumido a condição de religião oficial do Império Romano, destaca-se o pensamento do

Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo.¹⁹ Logo depois, no período inicial da Idade Média, Anício Manlio Severino Boécio, cujo pensamento foi (em parte) posteriormente retomado por São Tomás de Aquino, formulou, para a época, um novo conceito de pessoa e acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional.²⁰

Mas mesmo no auge do medievo – de acordo com a lição de Klaus Stern – a concepção de inspiração cristã e estoica seguiu sendo sustentada, destacando-se Tomás de Aquino, o qual, fortemente influenciado também por Boécio, chegou a referir expressamente a expressão “*dignitas humana*”.²¹ Com efeito, no pensamento de Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade.²² De qualquer sorte, merece registro que – como também ocorre no caso de outros pensadores, a exemplo do já referido Cícero – também nos escritos de São Tomás a expressão dignidade não assume sempre o mesmo sentido, pois – ao menos de acordo com a leitura de Michael Rosen – o termo dignidade (*dignitas*) equivale ao valor intrínseco que algo (ou alguém) ocupa de modo apropriado no âmbito da criação divina²³, de tal sorte que nessa perspectiva mais ampla a dignidade apresenta aspectos distintos da particular dignidade humana tal como referida acima. Outrossim, importa sublinhar que no pensamento de São Tomás o pecado poderia implicar numa perda da dignidade, pois o Homem pode recair para o estado da bestialidade e se distanciar da razão incidindo na delinquência, o que justificaria inclusive a pena de morte²⁴.

Já no contexto antropocêntrico renascentista e sem renunciar à inspiração dos principais teóricos da Igreja Católica, Giovanni Pico della Mirandola, no seu opúsculo sobre a dignidade do homem, ao justificar a ideia da grandeza e superioridade do homem em relação aos demais seres, afirmou que, sendo criatura de Deus, ao homem (diversamente dos demais seres, de natureza bem definida e plenamente regulada pelas leis divinas) foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artifice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja.²⁵ Dito de outro modo, na leitura de Urbano Zilles, para Picco della Mirandola, que nos legou uma síntese original do pensamento humanista renascentista, “como ser inacabado, o homem modela-se definitivamente pelo uso que fizer de sua liberdade de escolha. Nisso consiste sua dignidade.”²⁶ Disso resulta, a exemplo do que já se podia extrair do pensamento estoico, que, para os humanistas da Renascença (Picco della Mirandola aqui escolhido como o seu principal representante para a noção de dignidade humana), a dignidade e a universalidade

subjazem à própria concepção do ser humano, abandonando-se gradualmente a fundamentação religiosa (judaico-cristã) vinculada ao paradigma da *Imago Dei*, ou seja, do homem feito à imagem e semelhança de Deus²⁷. Assim – na esteira do que sugere Michael Rosen –, tendo em conta a liberdade de opção que o ser humano recebeu de Deus para escolher entre várias alternativas e formatar seu próprio caminho, a noção de dignidade que nos foi legada por Picco della Mirandola acabou por abrir o caminho para a concepção de dignidade que subjaz aos modernos documentos de direitos humanos²⁸.

3 DA AURORA DA IDADE MODERNA ATÉ A CONSOLIDAÇÃO DA “SE- CULARIZAÇÃO” DA NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Situando-se na transição para a Idade Moderna, a contribuição do espanhol Francisco de Vitoria (1492-1546) foi particularmente relevante para o desenvolvimento da atual noção de dignidade humana, quando, no século XVI, no limiar da expansão colonial espanhola, sustentou, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos índios e baseado no pensamento estoico e cristão, que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana – e não pelo fato de serem cristãos, católicos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola.²⁹ Nessa mesma toada também advogava Frei Bartolomeu de las Casas (1470-1566), que atribuía aos índios à condição de pessoas, defendendo-os perante Juan Gines de Sepúlveda (1490-1573), outro Padre da Igreja, que os considerava como sendo meros seres naturais, destituídos de razão, incapazes para a fé, de tal sorte que poderiam, dentre outras consequências, serem submetidos à escravidão, debate que acabou, no âmbito da Igreja Católica, pendendo em favor dos indígenas, mediante a edição da Bula Papal *Sublimis Deus*, de 1537, que proclamava a racionalidade dos índios e sua capacidade para a fé e os respectivos sacramentos³⁰. Esta, aliás, foi também a posição assumida oficialmente pela Coroa Espanhola, ainda que isso não tenha, em boa parte, efetivamente impedido a cruel e desumana exploração dos povos indígenas submetidos ao seu domínio.

O que importa frisar, nessa quadra, é que foi precisamente no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, arrancando e dando sequência ao ideário estoico do mundo clássico e humanista do período renascentista que a concepção da dignidade humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização (secularização), mantendo-se (e desenvolvendo-se!), todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Nesse contexto importa agregar que o termo dignidade seguiu sendo utilizado com diferentes sentidos ao longo de toda a trajetória que até o momento sumariamente esboçamos. Tanto no pensamento clássico (vale recordar a contribuição de Cícero), quanto na tradição eclesial (e Tomás de Aquino é apenas um dos autores a ser lembrado), mas também na esfera filosófica de

matriz secular (é o caso, por exemplo, de Sir Francis Bacon, mas também do já referido Hobbes) a dignidade seguiu tendo uma vinculação com o status social ocupado pelo indivíduo, mas também como sendo o valor próprio e intrínseco de determinadas coisas e/ou instituições, sem prejuízo da evolução e consolidação da noção de dignidade humana como valor igualmente atribuído a todo e qualquer ser humano³¹.

Muito embora na obra de Hugo Grócio e Thomas Hobbes, dois dos autores mais destacados do período (em especial no que diz com o pensamento político e jurídico) a dignidade tenha sido objeto de referência, foi apenas em Samuel Pufendorf que se pode constatar um passo efetivo em termos de ruptura com a tradição anterior e a elaboração do que se pode considerar uma primeira formulação tipicamente secular e racional da dignidade da pessoa humana, com fundamento na liberdade moral como característica distintiva do ser humano,³² ainda que elementos de tal concepção, como já demonstrado, possam ser reconduzidos a desenvolvimentos anteriores. Com efeito, ao passo que para Grócio a dignidade humana se manifesta no âmbito do direito à sepultura, no que guarda relação com o respeito com o cadáver,³³ para Hobbes, a dignidade, numa acepção que remonta em parte ao período clássico, no sentido da dignidade como representando o valor do indivíduo no contexto social, está essencialmente vinculada ao prestígio pessoal e dos cargos exercidos pelos indivíduos, cuidando-se, portanto, de um valor atribuído pelo Estado e pelos demais membros da comunidade a alguém.³⁴ Recorrendo às palavras do próprio Hobbes, “o valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto não absoluto, mas algo que depende da necessidade e do julgamento de outrem. Um hábil condutor de soldados é de alto preço em tempo de guerra presente ou iminente, mas não o é em tempo de paz. Um juiz douto e incorruptível é de grande valor em tempo de paz, mas não o é tanto em tempo de guerra. E tal como nas outras coisas, também no homem não é o vendedor, mas o comprador quem determina o preço. Porque mesmo que um homem (como muitos fazem) atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros”.³⁵ Logo mais adiante, Hobbes afirma que “o valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade. E esta sua avaliação se exprime através de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos, ou pelos nomes e títulos introduzidos para a distinção de tal valor”.³⁶ Assim, ainda que não se vá aprofundar o tópico, verifica-se que – embora com outro significado e fundamentação – a noção de reconhecimento, posteriormente desenvolvida em Hegel e muitos dos sucessores, assim como a tradicional vinculação entre honra, imagem e dignidade, de alguma forma se faz presente durante toda a trajetória de afirmação e reconstrução da noção de dignidade humana.

Já para Samuel Pufendorf, a noção de dignidade não está fundada numa qualidade natural do homem e tampouco pode ser identificada com a sua condição e prestígio na esfera social, assim como não pode ser reconduzida à

tradição cristã, de acordo com a qual a dignidade é concessão divina. Pufendorf sustenta que mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção.³⁷ Nesse sentido, como bem registra Paolo Bechi, a concepção de Pufendorf distingue-se da de outros pensadores da época, como é o caso de Pascal, pois este reconduz a dignidade à capacidade racional, de pensamento, do ser humano, ao passo que Pufendorf vincula a dignidade à liberdade moral, pois é esta – e não a natureza humana em si – que confere dignidade ao homem.³⁸

Foi, contudo, com Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética³⁹ do ser humano, que, de certo modo, se completa o processo de secularização⁴⁰ da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais.⁴¹ Com isto, vale notar, não se está a desconsiderar a profunda influência (ainda que expurgada da fundamentação teológica) do pensamento cristão, especialmente dos desenvolvimentos de Boécio e São Tomás de Aquino (notadamente no que diz com a noção de pessoa com substância individual de natureza racional e da relação mesmo entre liberdade e dignidade) sobre as formulações kantianas.⁴²

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.⁴³ Em síntese e no que diz com o presente tópico, é possível acompanhar Thadeu Weber quando refere que autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética.⁴⁴

Com base nesta premissa, Kant sustenta que “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”⁴⁵

Ainda segundo Kant, afirmando a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade.

Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade”.⁴⁶

Comentando a distinção entre dignidade (como valor não mensurável economicamente) e coisas, passíveis de quantificação econômica, Jeremy Waldrom observa que tanto a expressão latina *dignitas* quanto o termo alemão *würde* (de acordo com o autor, ambos utilizados por Kant sem que haja clareza a respeito de serem sempre utilizados como sinônimos) não significam “naturalmente”, sem que lhes seja outorgado tal sentido técnico-filosófico, o mesmo que um valor sem preço, no sentido de um valor intrínseco, infungível, próprio de cada ser humano, cuidando-se, ainda na acepção de Waldrom, de um uso eminentemente estipulativo da expressão dignidade, que implica o reconhecimento de que os seres humanos possuem um valor com certo caráter normativo, mas não utilitário.⁴⁷ Se, na esteira do que igualmente sugere Waldrom, a concepção de Kant (que concilia e relaciona a dimensão axiológica – dignidade como valor intrínseco – com a noção de autonomia e racionalidade e moralidade, concebidas como fundamento e mesmo conteúdo da dignidade) se revela mais adequada para uma fundamentação dos direitos humanos e fundamentais do que para a determinação do seu conteúdo (dos direitos), isto é, para a identificação de quais são exatamente esses direitos,⁴⁸ é questão que aqui deixaremos em aberto.

De todo modo, é justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.⁴⁹ Até que ponto, contudo, tal concepção efetivamente poderá ser adotada sem reservas ou ajustes na atual quadra da evolução social, econômica e jurídica constitui, sem dúvida, desafio fascinante, que, todavia, foge aos estreitos limites deste estudo. Ainda nesse contexto, importa sublinhar, há mesmo quem sustente que a apropriação da noção kantiana de dignidade pelo Direito e mesmo pela Filosofia ao longo especialmente do Século XX acabou por afastar-se e mesmo por corrigir em parte a compreensão originalmente construída por Kant no âmbito da sua doutrina dos costumes, voltada exclusivamente à obrigação interna da pessoa às leis morais, abrangendo apenas o núcleo interno (moral) da ação humana.⁵⁰

Assim, poder-se-á afirmar – apenas para não deixar intocado este ponto – que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam que a dignidade consiste em atributo exclusivo da pessoa humana – encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos.⁵¹

Não é à toa, aliás, que Blaise Pascal, já em meados do século XVII, chegou a afirmar que “não é do espaço que devo procurar minha dignidade, mas da ordenação do meu pensamento”⁵². Além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade, tudo a apontar para o reconhecimento do que se poderia designar de uma dimensão ecológica ou ambiental da dignidade da pessoa humana, o que, contudo, aqui não será explorado.

Verifica-se, portanto, que também nessa perspectiva a dignidade da pessoa humana (independentemente, no nosso sentir, de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.⁵³

De outra parte, é possível argumentar que a concepção kantiana, ao menos se interpretada restritivamente, acaba por remeter à pergunta (que, de resto, ainda não obteve resposta consensual) sobre o início e o fim da dignidade da pessoa, além de toda uma gama de outros questionamentos que aqui não temos condições nem temos a intenção de desenvolver e que tanta relevância tem assumido no âmbito da biotecnologia e do assim designado “biodireito”, notadamente no que diz com a proteção jurídica do embrião (e do patrimônio genético da pessoa em geral) em face de toda a sorte de manipulações, assim como nas questões vinculadas à dignidade no final da vida, especialmente naquilo que envolve a discussão em torno da viabilidade e dos limites da eutanásia. De qualquer modo, incensurável, é a atualidade da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano, o que, aliás, foi objeto de recepção pelo Direito, como dá conta a proibição da tortura, de tratamentos desumanos e degradantes, o repúdio ao trabalho escravo e às penas cruéis, incluindo os castigos corporais e o trabalho forçado, atualmente consagrada na absoluta maioria das constituições e em tratados gerais e especiais de direitos humanos.

Por outro lado, se é verdade que as formulações de Kant sobre a dignidade (a despeito de uma série de críticas formuladas ao longo do tempo, a começar pela sempre lembrada advertência de Schopenhauer, para quem a fórmula de Kant é vazia de sentido, insuficiente e até mesmo problemática, podendo servir de fundamento para qualquer coisa) marcaram uma guinada decisiva no âmbito do pensamento filosófico e passaram a influenciar profundamente também a

produção jurídica, também é certo que sempre existiram importantes contrapontos, dentre os quais cumpre destacar a noção desenvolvida por Hegel na sua Filosofia do Direito, sustentando, de certo modo, a partir de uma perspectiva escolástica – tal qual encontrada em Tomás de Aquino – que a dignidade constitui – também (mas não exclusivamente, ao que nos parece) – uma qualidade a ser conquistada.⁵⁴

Nesse contexto, convém seja colacionada a lição de Kurt Seelmann, para quem o mais apropriado seria falar que ao pensamento de Hegel (e não apenas na sua Filosofia do Direito) encontra-se subjacente uma teoria da dignidade como viabilização de determinadas prestações. Tal teoria, além de não ser incompatível com uma concepção ontológica da dignidade (vinculada a certas qualidades inerentes à condição humana), significa que uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um auto enquadramento no processo de interação social.⁵⁵ Como, ainda, bem refere o autor colacionado, tal conceito de dignidade não implica a desconsideração da dignidade (e de sua proteção) no caso de pessoas portadoras de deficiência mental ou gravemente enfermas, já que a possibilidade de proteger determinadas prestações não significa que se esteja a condicionar a proteção da dignidade ao efetivo cumprimento (realização) de uma dada prestação, já que também aqui (de modo similar – como poderíamos acrescentar – ao que se verificou relativamente ao pensamento Kantiano, centrado na capacidade para a autodeterminação inerente a todos os seres racionais) o que importa é a possibilidade de uma prestação.⁵⁶

Na condição de um dos expoentes (se não o expoente) do idealismo filosófico alemão do século XIX, Hegel – aqui na interpretação outorgada por Carlos Ruiz Miguel – acabou por sustentar uma noção de dignidade centrada na ideia de eticidade (instância que sintetiza o concreto e o universal, assim como o individual e o comunitário), de tal sorte que o ser humano não nasce digno – já que Hegel refuta uma concepção estritamente ontológica da dignidade –, mas torna-se digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão.⁵⁷ Nesta perspectiva, não é à toa que na filosofia do Direito de Hegel já se faz presente a concepção de que a dignidade é (também) o resultado de um reconhecimento, noção esta consubstanciada – não só, mas especialmente – na máxima de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas (*sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*).⁵⁸ Tal reconhecimento, ainda que experimentado em um contexto concreto e determinado, não se mostra inconciliável com a noção de que o ser humano é como tal reconhecido independentemente das suas relações sociais, já que a capacidade jurídica (a competência de ser sujeito de direitos) é igual em e para todas as pessoas,⁵⁹ de tal sorte que há mesmo quem – neste particular igualmente atrelado, ao que tudo indica, o pensamento de Hegel, vislumbra na capacidade de ser sujeito da atribuição de direitos (no sentido da noção de personalidade jurídica) e não mero objeto de direitos a própria nota distintiva da dignidade da pessoa humana.⁶⁰ A despeito de alguns

pontos em comum, já perceptíveis a partir destas, sumárias referências, Hegel afasta-se de Kant e, com isso, da expressiva maioria dos autores – entre outros aspectos – notadamente ao não fundar a sua concepção de pessoa e dignidade em qualidades (ou faculdades) inerentes a todos os seres humanos, além de não condicionar a condição de pessoa, sujeito e dignidade à racionalidade.⁶¹ Que as reflexões de Hegel acabaram alcançando uma influência significativa nos desenvolvimentos posteriores sobre o tema, pode ser aqui ilustrado mediante uma breve referência à ênfase dada por vários autores à dimensão histórico-cultural da dignidade, como é o caso de um Niklas Luhmann e um Peter Häberle, bem como à fundamentação da dignidade na capacidade comunicativa do ser humano e/ou no reconhecimento recíproco, como dão conta, entre outros, as concepções mais recentes de um Jürgen Habermas e um Axel Honneth, dentre tantos outros pensadores que seguem debruçados sobre o tema mas que, consoante adiantado, aqui não serão examinados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após traçada esta sumária (e assumidamente incompleta) evolução no âmbito da construção de uma concepção filosófica e secularizada de dignidade, que encontrou em Kant o seu mais aclamado (mas não único) expoente, e mesmo considerando a existência de diversos autores de renome, tais como Marx, Merleau-Ponty e Skinner, que tenham negado qualquer tentativa de fundamentação religiosa ou metafísica da dignidade da pessoa humana,⁶² bem como apesar das desastrosas experiências pelas quais tem passado a humanidade, de modo especial no decorrer do assim intitulado “breve século XX”,⁶³ o fato é que esta – a dignidade da pessoa humana – continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito.

Da concepção jusnaturalista – que vivenciava seu apogeu justamente no Século XVIII – remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem estatal (e constitucional) que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.⁶⁴ Da mesma forma, acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista,⁶⁵ uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.⁶⁶ Vale registrar, todavia, a arguta observação de Otfried Höffe, no sentido de que uma vinculação da noção de dignidade da pessoa à tradição judaico-cristã ou mesmo à cultura europeia, poderia justificar a crítica de que a dignidade não opera como um con-

ceito e postulado intercultural e secularizado, o que, por sua vez, acabaria sendo um obstáculo à própria universalização e – neste sentido – um fator impeditivo de uma globalização da dignidade num contexto multicultural.⁶⁷ Contudo, se a busca de um fundamento religioso para a dignidade da pessoa humana e para os direitos humanos que lhe são correlatos está necessariamente vinculada a uma concepção estrita de religião ou determinadas tradições religiosas, ou mesmo se um fundamento religioso pode, ao fim e ao cabo, corresponder a uma concepção não religiosa (secular) de dignidade da pessoa humana, é apenas mais uma questão que aqui deixaremos propositalmente em aberto, mas que desafia atenção e desenvolvimento.⁶⁸

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCHI, P. “O princípio da dignidade humana”. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 7, jul./set. S/1, 2008, p.191-224.

BIRNBACHER, D. **Mehrdeutigkeiten im Begriff der Menschenwürde**. Disponível em : <<http://www.gkpn.de/>>. Acesso em : 20 nov. 2015.

BITTAR, E. C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade, in: ALMEIDA FILHO, A; MELGARÉ, P. (Orgs.), **Dignidade da Pessoa Humana**. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010.

BLOCH, E. **Naturrecht und menschliche Würde**. 2. ed. Frankfurt am Main : Suhrkamp Verlag, 1991.

CÍCERO, M. T. **Dos Deveres**. Livro III, VI. 27 São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CLITEUR, P. ; WISSEN, R. V. *Human dignity as the foundation for human rights*. In: **Rechtstheorie** 35 . 2004, S/1. p.157-173.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, R. **Religion Without God**, Cambridge: Harvard University Press, 2013.

EDELMAN, B. *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*. In: PAIVA, M.-L. ; REVETT, T. (Dir), **La dignité de la personne**. Paris : Economica, 1999.

FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**. Zur Gramatik von Recht und Verfassung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

GEDDERT-STEINACHER, T. **Menschenwürde als Verfassungsbegriff**. Berlin : Duncker & Humblut, 1990.

GRÖSCHNER, R; KIRSTE, S.; LEMBCKE, O.W. (Ed.), *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

HAIN, K. E. *Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?* In: *Der Staat*. 2007,S/l. p.189-214.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 36. [s.l.], [s.d.]

HENNETTE-VAUCHEZ, S. *A Human Dignitas? The Contemporary Principle of Human Dignity as a Mere Reappraisal of an Ancient Legal Concept*. EUI Working Papers, LAW 2008/18, European University Institute, Department of Law, p. 1-24 . Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

HERDEGEN, M. *Neuarbeitung von Art. 1 Abs. 1-Schutz der Menschenwürde* In: MAUNZ, T.; DÜRIG, G. *Grundgesetz Kommentar*. München: C. H. Beck, 2003.

HOBBS, T. *Leviatã ou Materia, Forma e Poder de um Estado Ecclesiastico e Civil*. In : Joao Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva (trad.). Sao Paulo : Abril Cultural, 1979.

HOBSBAWN, E. *Era dos Extremos : o breve século XX : 1914-1991* In : Marcos Santarrita. (Trad.). São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

HÖFFE, O. *Medizin ohne Ethik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

HÖFFE, O. *Menschenwürde als ethisches Prinzip*. In: HÖFFE, O.; HONNEFELDER, L.; ISENSEE, J. *Gentechnik und Menschenwürde*. An den Grenzen von Ethik und Recht. Köln: Du Mont, 2002, p. 111-141.

KANT, E. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. In : *Werkausgabe Band VII*. Frankfurt am Main :Suhrkamp, 1968.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: *Os Pensadores – Kant (II)*, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KIRSTE, S. *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*. In: SARLET, I.W.(Org.). *Dimensões da Dignidade*. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 5. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1994.

MARTINEZ, G.Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid : Dykinson, 2003.

MAURER, B. *Notes sur le respect de la dignité humaine ... ou petite fugue inachevée autour d'un thème central*. In: SERIAUX, A. et. al. *Le Droit, la Médecine et L'être Humain* : Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXème siècle, Marseille : PUAM, 1996.

MIGUEL, C. R. *Human Dignity: History of an Idea*. Disponível em : <<http://search.netscape.com/ns/boomframe.jsp?query=human+dignity=history=idea=miguel&page=1&offset=0&>>. Acesso em : 30 dez. 2015.

MIRANDA, J.. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora , 2000, v. 4.

MIRANDOLA, Pico Della G. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa :Edições 70,1986.

MODERNE, F. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les Constitutions Portugaise et Française. In: MIRANDA, J.(Org.), *Perspectivas Constitucionais* – Nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, V.1.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 149-246

PASCAL, B. *Pensamentos*. Sao Paulo : Martins Fontes, 2001.

PELE, A. *La Dignidad Humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Madrid: Dykinson, 2010.

PERRY, M.J. *Toward a Theory of Human Rights : religion, law, and courts*.New York and Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

PODLECH, Adalbert. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. I Grundgesetz. In: WASSERMANN, Rudolf (Org.) *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ Kommentar)*. 2. ed., Neuwied: Luchterhand,1989, v.1.

RABENHORST, E. R. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Juridica, 2001.

RENAUD, Michel. A Dignidade do ser Humano como Fundamentação Ética dos Direitos do Homem. In: *Brotéria – Revista de Cultura*, v. 148, 1999, p. 135-154.

RIDOLA, P. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; WESENDONCK, Tula (Trad.). *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROCHA, C. L. A. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. In: *Revista Interesse Público*, nº 04, 1999, S./l., p.23-48.

ROSEN, M. *Dignity : It’s History and Meaning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2012.

RUIZ, C.M. “The Idea of Human Dignity”, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts – Neue Folge*, vol. 50, 2002.

RUOTOLO, M. *Appunti sulla dignità umana*, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 11, abr./jun. S./l., 2010.

- SALES, G. Bezerra. *Überzählige Embryonen in der Reproduktionsmedizin*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- SANTOS, F. F. dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- SANTOS, V. C. F. dos. **A Dignidade da Pessoa Humana nas Decisões Judiciais: uma Exploração da Tradição Kantiana no Estado Democrático de Direito Brasileiro**. (dissertação de mestrado). São Leopoldo, UNISINOS, 2007.
- SEELMANN, K. Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels. In: DREIER, H. (Org.). **Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie**. Geburtstagsympoion für Hasso Hofmann. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 125- 145.
- SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998, p. 125-145.
- STARCK, C. (Coord.). **Das Bonner Grundgesetz**. 4. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 1999, v.1.
- STARCK, C. *Menschenwürde als Verfassungsgarantie*. In : **Juristen Zeitung**, S./I.,1981.
- STERN, K. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, v.III/1. München: C. H. Beck, 1988.
- VINCENTI, U. **Diritti e Dignità Umana**, Bari: Editori Laterza, 2009.
- VON DER PFORDTEN, D. **Menschliche Würde, Recht und Staat bei Kant. Fünf Untersuchungen**, Paderborn: Mentis, 2009.
- WEBER, T. “Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant”, in: **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 9, out./dez, S./I., 2009.
- ZILLES, U. **Pessoa e Dignidade Humana**. Curitiba: Editora CRV, 2012.
- ZIPPELIUS, R. In: DOLZER, R.; GRASSHOF, K.; VOGEL, K. (Org.) **Bonner Kommentar zum Grundgesetz**. Heidelberg, 1994.

-
- 1 Cfr. B. Edelman, “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, in: M.-L. Pavia et T. Revett (Dir), *La dignité de la personne*, p. 25.
 - 2 Cf. E. C. B. Bittar, “Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”, in: A. Almeida Filho; P. Melgaré (Orgs.), **Dignidade da Pessoa Humana**. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 246-247.
 - 3 Cf. U. Zilles. **Pessoa e Dignidade Humana**. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 10.
 - 4 Cf. a correta lembrança de M. Rosen, *Dignity. It's History and Meaning*, Cambridge/London: Harvard University Press, 2012, p. 8.
 - 5 Cf. averba P. Ridola. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; WESENDONCK, Tula (Trad.). **A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 20.
 - 6 Convém lembrar que os conceitos de pessoa e dignidade humana não são idênticos, muito embora a vinculação que se lhes passou a atribuir. Sobre o tema, v., entre outros, U. Zilles, *Pessoa e Dignidade Humana*, op. cit., p. 19 e ss., onde resgata a trajetória da noção de pessoa no âmbito do pensamento filosófico.

- 7 Basta lembrar aqui a conhecida passagem do livro de Genesis, de que Deus criou o Homem à sua imagem e semelhança, para governar sobre os demais seres vivos e sobre a terra (Genesis 1: 26). Tal ideia, de resto, volta a aparecer de modo emblemático na Tragédia Grega Antígona, de Sófocles, na passagem onde o Homem é apresentado como maior milagre na terra e como senhor de todos os seres vivos.
- 8 C. Starck, in: *Bonner Grundgesetz*, p. 34-35, destacando, todavia, que não se haverá de encontrar na Bíblia um conceito de dignidade, mas sim, uma concepção do ser humano que serviu e até hoje tem servido como pressuposto espiritual para o reconhecimento e construção de um conceito e de uma garantia jurídico-constitucional da dignidade da pessoa, que, de resto, acabou passando por um processo de secularização, notadamente no âmbito do pensamento Kantiano.
- 9 Cf. G. Bezerra Sales. *Überzählige Embryonen in der Reproduktionsmedizin*. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 146.
- 10 Cf., dentre tantos, Podlech, in: *Alternativ Kommentar*, vol. I, p. 275. Aliás, também hoje ainda costuma-se fazer uso desta dimensão específica da dignidade, razão pela qual, na literatura francesa, há quem utilize a expressão “dignité honneur”. Neste sentido, v., entre outros, B. Maurer, Notes sur le respect de la dignité humaine ... ou petite fugue inachevée autour d'un thème central, in: A. Seriaux et. al. *Le Droit, la Médecine et L'être Humain*, p. 188.
- 11 Cf. a lição de P. Ridola, **A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**, op. cit., p. 24.
- 12 Entre nós, v. as belas páginas de F. K. Comparato, **A afirmação histórica dos direitos humanos**, especialmente p. 11 e ss., retratando a evolução da noção de pessoa humana e sua dignidade. Também discorrendo sobre a evolução da noção de dignidade humana, v., E. R. Rabenhorst. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**, p. 13 e ss. No mesmo sentido, v. R. Zippelius, in: *Bonner Kommentar*, p. 8-9, referindo-se ao pensamento do filósofo e político romano Cícero. Também M. Renaud, **A dignidade do ser humano como fundamentação ética dos direitos do homem**, in: Brotéria nº 148 (1999), p. 137, destaca o pensamento de Cícero, informando que este filósofo estoíco conferiu à dignidade um sentido mais amplo, fundado na natureza humana e na posição superior ocupada pelo ser humano no cosmos. Neste contexto, O. Höffe. **Medizin ohne Ethik**, p. 60, lembra que na China, por volta do século IV a.C., o sábio confucionista Meng Zi afirmava que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus, e que é indisponível para o ser humano e os governantes. Também G. Peces-Barba Martinez, **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**, p. 21 e ss., oferece uma série de referências demonstrando que a noção de dignidade da pessoa, ainda que não diretamente referida sob este rótulo, já se encontrava subjacente a uma série de autores da antiguidade, inclusive além das fronteiras do mundo clássico greco-romano e cristão ocidental. Aprofundando o tema da dignidade humana no pensamento clássico, notadamente nas obras de Platão, Aristóteles, Cícero e Sêneca, v. A. Pele, **La Dignidad Humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico**, Madrid: Dykinson, 2010.
- 13 Cf. M.T. Cícero, **Dos Deveres**, Livro III, VI. 27, p. 137.
- 14 Cf. C.M. Ruiz, “The Idea of Human Dignity”, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts – Neue Folge*, vol. 50, 2002, p. 282-4, que, de resto, apresenta a evolução da noção de dignidade na esfera do pensamento teológico e filosófico. Em sentido similar, v. também U. Vincenti, **Diritti e Dignità Umana**, Bari: Editori Laterza, 2009, p. 12 e ss.
- 15 Buscando demonstrar – além de outros aspectos relevantes – que o princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual compreendido atualmente, corresponde, em termos gerais, muito mais à tradição dos “antigos” (a noção de dignidade vinculada a honra, imagem, posição social, respeito) do que a uma concepção contemporânea, posterior a II Grande Guerra Mundial, v. S. Hennette-Vauchez, “**A Human Dignitas? The Contemporary Principle of Human Dignity as a Mere Reappraisal of an Ancient Legal Concept**”, EU Working Papers, LAW 2008/18, European University Institute, Department of Law, p. 1-24 (<http://cadmus.eui.eu>)
- 16 Cf. P. Becchi, “O princípio da dignidade humana”, in: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 7, jul./set. 2008, p. 192-93.
- 17 Cf. M. Ruotolo, “Appunti sulla dignità umana”, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 11, abr./jun. 2010, p. 125-26.
- 18 Cf. M. Rosen, **Dignity It's History and Meaning**, Cambridge/London: Harvard University Press, 2012, p. 12.
- 19 Cf. V. C. F. dos Santos. **A Dignidade da Pessoa Humana nas Decisões Judiciais: uma Exploração da Tradição Kantiana no Estado Democrático de Direito Brasileiro**, dissertação de mestrado, São Leopoldo, UNISINOS, 2007, p. 15-16.

- 20 Cf., mais uma vez, os desenvolvimentos, devidamente documentados com referências extraídas da obra de Boécio, de V.C.F. dos Santos, *ibid.*, p. 16-17.
- 21 Cf. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, p. 7.
- 22 Cf. M. Herdegen, “Neuarbeitung von Art. 1 Abs.1 – Schutz der Menschenwürde”, in: **Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar**, p. 7, mediante referência direta a trechos extraídos da obra de Tomás de Aquino (no caso, a sua *Summa Theologica*)
- 23 Cf. M. Rosen. *Dignity It’s History and Meaning*, op. cit., pp. 16-17.
- 24 Cf. a lembrança de G. Bezerra Sales. *Überzählige Embryonen*, op. cit., p. 149-150.
- 25 Cf. G. Picco della Mirandola. **Discurso sobre a dignidade do homem**, p. 52-3. Sobre a dignidade (da pessoa) humana no contexto e no pensamento humanista da Renascença e na tradição cristã v., por todos e recentemente, R. Gröschner, S. Kirste e O.W. Lembcke (Ed.), *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, contendo um seletivo elenco de contribuições sobre o tema.
- 26 Cf. U. Zilles, op. cit., p. 66.
- 27 Cf. o mesmo U. Zilles, op. cit., p. 66-67.
- 28 Cf. M. Rosen, op. cit., pp.14-15.
- 29 Cf. M. Kriele. *Einführung in die Staatslehre*, p. 212.
- 30 Cf. a precisa síntese de U. Zilles, op. cit., p. 10-11.
- 31 Cf. por todos M. Rosen, op.cit., pp. 11-19.
- 32 Cf., aponta, por todos, P. Bechi, **O princípio da dignidade humana**, p. 194 e ss.
- 33 Cf., referência de P. Bechi, *idem*, p. 194.
- 34 V. aqui também a síntese de P. Bechi, *ibid.*, p. 194.
- 35 Cf. T. Hobbes. *Leviatã*, capítulo X, p. 54.
- 36 *Ibid.*, p. 54.
- 37 Cf. também M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, p. 214, bem como Podlech, *Alternativ Kommentar*, v. I, p. 275. Para C. Starck, *Menschenwürde als Verfassungsgarantie...*, p. 460, Pufendorf fundamenta sua concepção de dignidade na natureza social do ser humano, considerando a dignidade da pessoa humana como a base da liberdade eticamente vinculada e da igualdade dos homens.
- 38 Cf., novamente, P. Bechi, op. cit., p. 194-95.
- 39 Sobre a conexão entre as noções de autonomia, liberdade e dignidade em Kant, v., entre nós, especialmente e por último T. Weber, “Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant”, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 9, out./dez, 2009, p. 232 e ss.
- 40 Sobre as distinções entre uma concepção religiosa (cristã) e laica (secular) de dignidade, v., dentre outros, as ponderações de P. Cliteur e R. van Wissen, “Human dignity as the foundation for human rights”, in: *Rechtstheorie* 35 (2004), p. 160-61, apontando duas diferenças essenciais: a) de acordo com a tradição laica, a dignidade é autônoma, no sentido de não derivada de um criador; b) para a tese secular, a dignidade é “completa”, já que não se a pode deduzir de uma percepção dos sentidos, que seria própria do pensamento cristão.
- 41 Cf. G. Frankenberg, *Autorität und Integration*, p. 270, lembrando que a partir de Kant (embora com desenvolvimentos anteriores) o ponto de arquimedes da moderna compreensão de dignidade passou a ser a autonomia ética, evidenciada por meio da capacidade de o homem dar-se as suas próprias leis.
- 42 Cf. bem lembra V. C. F. dos Santos, *A Dignidade da Pessoa Humana nas Decisões Judiciais...*, p. 131.
- 43 Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, in: *Os Pensadores*, p. 134 e 141. De acordo com a versão original em alemão, Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, especialmente, p. 59 e 69.
- 44 Cf. T. Weber, *Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant*, op. cit., 233.
- 45 Kant. *Fundamentos...*, p. 134-35. Para conferência com o original em alemão (Cf. Kant, *Grundlegung ...*, p. 59-60): “nun sage ich: der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck a n sich selbst, nicht bloss als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allein sein, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden... Also ist der Wert aller durch unsere Handlungen zu erwerbenden Gegenstände jederzeit bedingt. Die Wesen, deren Dasein zwar nicht auf unseren Willen, sondern der Natur beruht, haben dennoch, wenn sie vernunftlose Wesen sind, nur einen relativen Wert, als Mittel, und heissen daher Sachen, dagegen vernünftige Wesen Personen genannt werden, weil ihre Natur sie schon als Zwecke a nn sich selbst, d.i. als etwas, dass nicht bloss als Mittel gebraucht werden darf, auszeichnet, mithin so fern alle willkür einschränkt (und ein Gegenstand der Achtung ist)”.
- 46 Kant, *Fundamentos...*, p. 140. De acordo com o original em alemão, “Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, a n dessen Stelle kann auch etwas anderes, als

Äquivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kei Äquivalent verstattet, hat eine Würde... Diese Schätzung gibt also den Wert einer solchen Denckungsart als Würde zu erkennen, und setzt sie über allen Preis unendlich weg, mit dem sie gar nicht in Anschlag und Vergleichung gebracht werden kann, ohne sich gleichsam an der Heiligkeit derselben zu vergeifen.” (Kant, *Grundlegung...*, p. 68-69).

47 Cf. J. Waldrom, “**Dignity and Rank**”, op. cit., p. 211-214.

48 *Ibid.*, p. 214.

49 Apenas a título meramente ilustrativo, a concepção Kantiana de dignidade da pessoa encontrou lugar de destaque, entre outros, nos seguintes autores. Entre nós, v., por exemplo, as recentes e preciosas contribuições de C. L. Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa...*, p. 23 e ss., e F. K. Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 19 e ss, assim como os trabalhos de F. Ferreira dos Santos, *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 20 e ss., e J. Afonso da Silva, *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, in: RDA nº 212, p. 89 e ss. Na literatura lusitana, v., dentre outros, J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 188, bem como, P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in: Portugal-Brasil ano 2000, p. 151, sem falar na expressiva maioria dos autores alemães, alguns dos quais já referidos.

50 cf. D. von der Pfordten, *Menschliche Würde, Recht und Staat bei Kant. Fünf Untersuchungen*, Paderborn: Mentis, 2009, p. 25-26.

51 O que se percebe, neste contexto, na esteira da lição de F. Moderne, *La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les Constitutions Portugaise et Française*, in: J. Miranda (Org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. I, p. 199, é que a concepção de dignidade da pessoa humana como constituindo qualidade distintiva do ser humano, por ser dotado de razão e consciência, encontra-se vinculada à tradição do pensamento judaico-cristão, traduzindo, ademais, uma evidente noção de superioridade do ser humano.

52 B. Pascal, *Pensamentos*, 113 (348), p. 40. Igualmente destacando a importância da razão para a distinção entre o homem e os demais seres, Pascal (ob. cit., p. 39, 111(339)), averba que “Posso até conceber um homem sem mãos, sem pés, sem cabeça, pois é só a experiência que nos ensina que a cabeça é mais necessária do que os pés. Mas não posso conceber um homem sem pensamento. Seria uma pedra ou um bicho”.

53 Cf. bem aponta D. Birnbacher, *Mehrdeutigkeiten im Begriff der Menschenwürde*, p. 4 (acesso em: <http://www.gkpn.de/>).

54 Cf. M. Herdegen, *Neuarbeitung von Art. 1 Abs. 1 - Schutz der Menschenwürde*, p. 9.

55 Cf. K. Seelmann, *Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels*, p. 141.

56 Cf. K. Seelmann, *idem*, p. 142. A respeito das diversas dimensões da dignidade encontradas no pensamento de Hegel, v., ainda, as referências de O. Höffe, *Menschenwürde als ethisches Prinzip*, in: *Gentechnologie und Menschenwürde*, p. 133.

57 Cf. C. R. Miguel, *Human dignity: history of a n idea*, p. 297-98.

58 Cfr. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 36, p. 95.

59 Neste sentido, a lição de K. Seelmann, *Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels*, p. 132-33.

60 É o que se extrai das ponderações de S. Kirste. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: I.W. Sarlet (Org.), *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, especialmente p. 194 e ss.

61 Cf. também K. Seelmann, *ob. cit.*, p. 143.

62 Ao menos esta é a lição de C. Starck, *Menschenwürde als Verfassungsgarantie...*, p. 461-2. Neste contexto, cumpre citar a posição de M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, p. 215-6, para quem a corrente mais forte que se opôs à concepção da dignidade da pessoa humana (como sendo o valor intrínseco e intangível de todos os seres humanos) e dos direitos humanos dela decorrentes foi a ética utilitarista, principalmente de Bentham, que justificou restrições e agressões aos direitos humanos em função dos valores de natureza permanente da comunidade ou da humanidade em seu todo (o sacrifício eventual da felicidade de um ou de alguns justifica a maior felicidade da maioria), de tal sorte que a doutrina utilitarista acabou servindo para justificar, por exemplo, práticas como a escravidão e o extermínio dos povos indígenas. Registre-se, ainda, que aqui não nos detivemos em averiguar até que ponto a crítica tecida por Kriele é correta, já que acabamos não conferindo o pensamento dos autores referidos. No que diz com a concepção behaviorista (Skinner) e marxista, cabe, neste ponto, reproduzir a lição de T. Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, p. 125-26, ponderando que para Skinner liberdade e dignidade são categorias ultrapassadas, já que a autonomia não é empiricamente comprovável, não sendo o próprio ser humano quem dirige o seu comportamento, mas sim, este é controlado pela natureza, de tal sorte que os conceitos jusnaturalistas de liberdade e dignidade deveriam ser substituídos por uma “tecnologia do comportamento”, ao passo que para muitos autores marxistas não há como aceitar a ideia de um estatuto da liberdade (e dignidade) pré-estatal, já que são as forças econômicas

- e a luta de classes os fatores condicionantes do fenômeno jurídico. De modo particular no que diz com os autores de inspiração marxista, cumpre destacar, todavia, que não há como afirmar – e muito menos de modo generalizado – que estes estejam propriamente a negar a dignidade da pessoa ou o seu reconhecimento. Basta, neste contexto, referir a expressiva obra de Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, especialmente p. 215 e ss. (existe tradução para o espanhol sob o título *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, 1980) que, embora considerando serem liberdade e igualdade ilusões do jusnaturalismo burguês, e mesmo afirmando a negativa da existência de direitos naturais (no sentido de inatos), já que todos os direitos foram conquistados ou necessitam ser conquistados pela luta, reconhece uma vontade para a liberdade e dignidade, além de construir uma fundamentação crítica e marxista da dignidade.
- 63 Aqui nos valemos da já célebre expressão cunhada por E. Hobsbawm, *A Era dos Extremos*, p. 7 e ss., onde o autor coloca as razões pelas quais optou por assim denominar o século XX, colocando como referenciais as datas de 1914 e 1991.
- 64 Neste sentido, vale averbar a lição de M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, p. 214, apontando para a circunstância de que foi justamente a ideia de que o homem, por sua mera natureza humana, é titular de direitos que possibilitou o reconhecimento dos direitos humanos e a proteção também dos fracos e excluídos, e não apenas dos que foram contemplados com direitos pela lei, por contratos, em virtude de sua posição social e econômica.
- 65 Especificamente sobre a concepção de dignidade (no caso, enfocando o tema pelo prisma da doutrina social da Igreja Católica Romana) v., entre nós, o contributo de, C. F. Alves. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 66 Cf. a oportuna lembrança de C. Starck, in: *Bonner Grundgesetz*, p. 36-37. Vale agregar, quanto a este ponto, que mesmo autores que refutam uma concepção metafísica da dignidade, em especial quando impregnada por elementos de direito natural ou marcada por uma fundamentação religiosa, acabam, no mais das vezes – conforme, ao menos, sugere Karl E. Hain (*Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung*), in: *Der Staat*, 2007, p. 197) – sendo “infectados por um vírus metafísico”, designadamente quando seguem reconduzindo a dignidade da pessoa humana à autonomia e autodeterminação do ser humano, enfatizando, com tal assertiva, a vinculação entre um conceito jurídico de dignidade e a filosofia.
- 67 Cf. O. Höffe, *Medizin ohne Ethik*, p. 49, afirmando que para assegurar a validade intercultural do princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte a alcançar vinculatividade mundial, o próprio conteúdo e significado do princípio deve ser necessariamente compreendido como interculturalmente válido e secularizado, portanto, mediante renúncia a qualquer específica mundovisão ou concepção religiosa.
- 68 Neste sentido, v. os desenvolvimentos de M.J. Perry, *Toward a Theory of Human Rights*, especialmente p. 3-32 (primeira parte), empenhado em controverter a tese da existência de um fundamento secular para a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Sobre um conceito de religião desvinculado da noção de Deus, v. a obra postumamente publicada de R. Dworkin. *Religion Without God*, Cambridge: Harvard University Press, 2013.

REMARKS ON THE DIGNITY OF THE HUMAN BEINGS IN THE DOMAIN OF THE DEVELOPMENT OF THE OCCIDENTAL THINKING

ABSTRACT

This paper aims to identify and analyze the major changes of the concept and meaning of the human person dignity in the domain of occidental thinking, starting from the Hebrew and Christian tradition until the Kantian and Hegelian concept of person and dignity.

Keywords: Dignity. Human person. Occidental thinking.

Submetido: 18 nov. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

AO RELATOR, TUDO: O IMPACTO DO AUMENTO DO PODER DO MINISTRO RELATOR NO SUPREMO

Ivar Alberto Martins Hartmann *

Livia da Silva Ferreira **

1 Introdução. 2 Metodologia. 3 Resultados. 4 Conclusão. 5 Referências. 6 Sítios virtuais.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar as alterações gradativas na legislação processual que aumentaram dos poderes do relator nos tribunais, buscando identificar as consequências destas mudanças no Supremo Tribunal Federal. Para tal, foram analisados: o conteúdo das Leis nº 9.139/95 e nº 9.756/98, que alteraram o art. 557 do CPC/73; os objetivos que motivaram a aprovação das referidas leis; a conexão entre os referidos diplomas normativos e a efetividade do processo; e resultados de estudos empíricos sobre a aplicação do art. 557. Por fim, apresentamos um estudo sobre a atuação do relator no STF, realizado através da base de dados do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio. Concluiu-se que as decisões monocráticas - de mérito e liminares - dos relatores do STF superam em muito as decisões colegiadas, não apenas no controle concreto de constitucionalidade, mas também no concentrado. Este resultado aponta que o Supremo tem atuado não como um tribunal, mas como um conjunto de juízes individuais autônomos.

Palavras-chave: Efetividade do Processo. Supremo Tribunal Federal. Controle Concentrado de Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, mais alta corte do Poder Judiciário pátrio, é o tribunal responsável por julgar os processos mais importantes e de maior impacto para a sociedade brasileira. Atua como guardião da Constituição e é responsável pela efetivação dos direitos fundamentais constitucionais.

* Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Público pela PUC-RS. LL.M pela Harvard Law School. Coordenador do projeto Supremo em Números. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV DIREITO RIO. E-mail: ivar.hartmann@fgv.br

** Doutoranda em Direito Público pela Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Bolsista CAPES - Proc. nº 99999.001779/2015-00. Mestra em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. E-mail: liviasferreira@mail.com

De acordo com os artigos 3º e 4º do Regimento Interno do STF, o Plenário, as Turmas, que são compostas por cinco ministros, e o Presidente são os órgãos do Tribunal, o que ressalta a importância do Supremo como órgão colegiado.

No entanto, uma pesquisa realizada com a base de dados do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, aponta que o percentual de decisões colegiadas no STF – tanto decisões de mérito, quanto liminares – está cada vez menor. E o fenômeno ocorre mesmo no controle concentrado de constitucionalidade.

As decisões monocráticas dos magistrados em tribunais, tal como praticadas hoje, ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro com a alteração do artigo 557 do CPC de 1973, após a entrada em vigor das Leis nº 9.139/95 e nº 9.756/98. Tais alterações foram caracterizadas na época como uma “minirreforma recursal”, e foram extremamente criticadas por renomados juristas.

Cândido Rangel Dinamarco¹, por exemplo, afirma que anteriormente às mudanças: “aos relatores competia basicamente lançar o relatório nos autos, proferir primeiro o voto e redigir o acórdão quando vencedor”. *José Carlos Babosa Moreira, por sua vez, entendia que “na tradição da justiça brasileira, sempre coube ao relator processar o feito e prepará-lo para o julgamento; não, porém, julgá-lo. Essa era tarefa que de ordinário se confiava por inteiro ao colegiado”*².

Na contramão deste entendimento, o ex-ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 1999 num trabalho específico sobre as inovações trazidas não somente, mas também, pelas Leis nº 9.139/95 e nº 9.756/98, ponderou que as referidas leis chegaram com o fim declarado de corrigir o que não funcionava bem. Teixeira explorou os objetivos e as alterações trazidas pela Lei 9.756/98. Como por exemplo: a atribuição de poderes ao relator dos conflitos de competência para decidir de plano e monocraticamente; a introdução dos recursos extraordinário e especial retidos; a valorização da jurisprudência sumulada uniforme ou dominante do STJ e do STF; o efeito vinculante, de forma indireta, das decisões do STF, em controle de constitucionalidade das leis; o ensejo ao relator no STJ de prover monocraticamente recurso especial desde que o acórdão impugnado estivesse em oposição à jurisprudência sumulada ou predominante do Tribunal; a possibilidade de o relator na instância ordinária (segundo grau) negar seguimento a recurso em confronto (divergência) com jurisprudência sumulada ou dominante do Supremo, de Tribunal Superior ou do próprio tribunal (neste último caso, poderá apenas negar seguimento, não lhe sendo permitido dar provimento); a exigência no STJ de maioria absoluta, salvo nos casos de *Habeas Corpus*.

Afirmou por fim que:

Tais iniciativas, longe de afirmar a má estrutura do referido Código, devem-se à circunstância de que este, sem embargo da sua louvável arquitetura, muito deixou a desejar em termos de efetividade, pre-ocupação inexistente em nossa doutrina à época, deficiência que

se somou à incoerência de o seu projeto submeter-se ao debate democrático quando de sua elaboração e aprovação, em face do autoritarismo político em que vivia o país³.

Fato é que a partir das alterações supracitadas, esta passou a ser a redação do artigo 557 do CPC/73:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998).

§ 1º- A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998).

Uma vez mencionada a existência de tal “reforma”, se faz importante ressaltar que o intuito do legislador com as referidas alterações era promover maior eficiência no Poder Judiciário, como já se observou, pois elas iriam “minorar a carga de trabalho dos órgãos colegiados e reduzir o tempo de julgamento dos recursos” .⁴

O objetivo, portanto, era ampliar a efetividade do processo. Esse era o espírito das alterações legislativas aqui estudadas, além de guardar relação direta com a proteção dos direitos fundamentais. Nas palavras de Robert Alexy:

Assim, percebe-se que existe o direito à técnica adequada à efetividade e que tal técnica dever ser adaptada aos direitos fundamentais, idônea a promover a proteção efetiva ao direito lesado. As normas de procedimento devem ser criadas de forma obter resultados efetivos e que atendam suficientemente aos direitos fundamentais⁵.

Aprofundando um pouco mais a relação entre as decisões monocráticas do relator e a tentativa de se buscar uma justiça mais célere e menos morosa, consideramos importante tratar de forma mais específica daquela que é hoje talvez a pauta mais importante do direito processual brasileiro: a efetividade da prestação jurisdicional.

Com a EC 45/2004 e a inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da CRFB, tal efetividade se consolidou como um instrumento de proteção dos demais direitos e garantias fundamentais. Adquiriu a partir daí *status* de direito fundamental formal, que tem por objetivo assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A efetividade do processo é tema explorado por diversos processualistas brasileiros. Para José Roberto dos Santos Bedaque, por exemplo:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo⁶.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, entende que é dever do juiz “conformar o procedimento adequado ao caso concreto como decorrência do direito de proteção e do direito à tutela jurisdicional efetiva”.⁷

1.1 A importância de estudos empíricos

Como em qualquer área do direito, também no processo, os argumentos teóricos devem ser contextualizados por estudos empíricos que permitam avaliar a realidade da aplicação do direito, o mérito da descrição teórica e a conveniência e sustentabilidade das propostas da doutrina. Quando tratamos de reformas processuais que ampliaram os poderes do relator e que são majoritariamente apoiadas pela literatura de direito processual com base no argumento do aumento da efetividade do processo, é preciso analisar a maneira como os poderes do relator estão sendo utilizados nos tribunais brasileiros.

Nesse artigo trazemos dados inéditos sobre o Supremo Tribunal Federal, porém julgamos pertinente colacionar resultados de estudos empíricos sobre outros tribunais.

1.1.1 *Decisões monocráticas no TJRJ e no TJRS*

No que diz respeito a estudos empíricos já realizados sobre decisões monocráticas, julga-se relevante abordar os resultados de duas pesquisas elaboradas pela professora Leslie Ferraz.

Os trabalhos apontam resultados de análises empíricas dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, no que tange à aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil e da incidência de agravos internos, em determinados períodos de tempo. Vale ressaltar que a pesquisa conta com dados dos próprios Tribunais e entrevistas com desembargadores.

Em se tratando do TJRJ, os resultados obtidos demonstram aumento na frequência com a qual os recursos de apelação e agravo de instrumento são julgados monocraticamente com base no artigo 557. As decisões monocráticas em agravo de instrumento variaram de 42,1% em 2003 a 53,8% em 2008. As decisões monocráticas em apelação variaram de 12,1% em 2003 a 31,5% em 2008. Nas entrevistas realizadas, os Desembargadores revelaram maior rigor na aplicação do artigo 557 do CPC nos recursos de apelação, tendo em vista que essa modalidade de recurso encerra a controvérsia.

No que tange à frequência de agravos internos, o grau de impugnação das decisões monocráticas foi de 35,4% em 2003, 35% em 2004, 27,5% em 2005, 26,2% em 2006, 29,9% em 2007 e 35,3% em 2008. Segundo a autora, o incremento no número de agravos internos acompanhou o crescimento das decisões singulares:

Deste modo, pode-se afirmar que o percentual de agravos internos em relação ao número de julgados monocráticos tem se mantido estável, apresentando variação proporcional ao incremento das decisões unitárias⁸.”

No que diz respeito ao TJRS, os resultados obtidos demonstram aumento na frequência com a qual os recursos de apelação e agravo de instrumento são julgados monocraticamente com base no artigo 557, tendo a média de 69,7% dos agravos de instrumento e 14% das apelações julgados monocraticamente.

Diante disso, a autora afirma:

No Rio Grande do Sul, as entrevistas realizadas com Desembargadores também revelaram que a decisão monocrática é mais amplamente utilizada em sede de agravo de instrumento, requerendo maior parcimônia nos casos de apelação – o que foi confirmado pelos dados coletados⁹.

Com relação aos dados obtidos por Câmara julgadora, a autora constatou que as decisões monocráticas são mais frequentes em Câmaras que usualmente tratam de temas repetitivos, chegando à conclusão que:

Esse comportamento revela que o TJRS parece estar fazendo uso adequado da decisão monocrática, concentrando a sua aplicação em questões já sedimentadas pela Jurisprudência da Corte, conforme preceituado pelo art. 557 do CPC¹⁰.

Diante destas informações, no que se trata da aplicação do artigo 557 do CPC/73, verificou-se que, ao menos, no que diz respeito aos tribunais estaduais acima citados, os resultados da utilização das decisões monocráticas pelos desembargadores foram compatíveis com o que era esperado pelo legislador.

Nosso estudo busca, portanto, encontrar resultados que nos permitam avaliar a atuação dos ministros do STF como relatores, e identificar as consequências do aumento de poder atribuído aos mesmos e do impacto dessas decisões individuais.

1.1.2 “Poderes individuais” no STF

O trabalho de Diego Werneck e Leandro Molhano trata da atuação individual dos ministros do STF. Segundo os autores, é possível verificar a existência de poderes individuais dos ministros para influenciar o processo político, em três situações distintas:

- a) Quando da antecipação de suas posições na imprensa sobre temas da pauta judicial e política que consideram importantes ;
- b) Em pedidos de vista como controle individual da agenda;

c) Em decisões monocráticas e na promoção de uma “jurisprudência pessoal”.

No contexto da preparação que iniciam os tribunais para o início da vigência do Novo Código de Processo Civil, entendemos que estudos empíricos sobre decisões monocráticas em diferentes tribunais são essenciais. Entre tantas mudanças na legislação processual nos últimos anos, o aumento dos poderes do relator é uma das menos estudadas e, ao mesmo tempo, possivelmente aquela com o maior poder de impacto sobre o julgamento das demandas levadas ao Poder Judiciário. Tendo em vista o momento de mudança sistêmica que será proporcionado pelo novo CPC, qual o uso que os ministros do STF têm feito dos poderes do relator? Mais especificamente, qual o perfil das decisões monocráticas na comparação com as colegiadas? Esse é nosso problema central de pesquisa.

1.2 Decisões monocráticas vs. Colegiadas no novo CPC

1.2.1 Decisões monocráticas e os poderes do relator

No novo CPC, que entra em vigor em março de 2016, os incisos IV e V do artigo 932¹³ cuidam dos poderes do relator. Segundo o texto da Lei 13.105/2015 incumbe ao relator negar provimento a recurso ou dar provimento em razão de súmula do STF ou do STJ, acórdão em julgamento de recursos repetidos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em assunção de competência.

1.2.2 Decisões colegiadas

O artigo 942¹⁴ do novo CPC é responsável por trazer a técnica que amplia a colegialidade na hipótese de haver divergência de julgamento, com o intuito de propiciar um maior debate a respeito do litígio e, assim, resguardar a segurança jurídica e fortalecer os precedentes.

Entretanto, a referida técnica é destinada especificamente ao julgamento de apelações e somente será aplicada nos Tribunais estaduais e federais, onde os julgamentos possuem três julgadores. O próprio dispositivo determina que seu texto não se aplica a julgamentos não unânimes proferido nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial. Conseqüentemente, não será aplicada no STF, que é nosso objeto de estudo no presente trabalho.

2 METODOLOGIA

Para levantar dados sobre a gestão dos processos no Supremo Tribunal Federal adotamos metodologia de pesquisa empírica, com técnica quantitativa. Os dados foram levantados usando a base de dados do projeto Supremo em Números. Trata-se de projeto de pesquisa do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no Rio de Janeiro. O projeto realiza macroanálises de todos os processos do Supremo desde 1988.

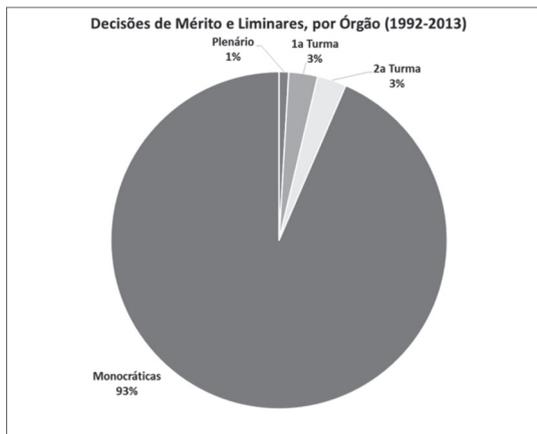
Pesquisas como esta, envolvendo grandes *data sets*, têm permitido aos juristas analisar de maneira muito mais minuciosa decisões judiciais¹⁵. Nesse contexto, a disponibilidade de equipamento computacional, software e suporte técnico desempenha um papel-chave na viabilização de estudos empíricos pelos pesquisadores do Direito nos Estados Unidos¹⁶. A mesma situação prevalece no Brasil, onde faculdades de Direito recém-começam a adaptar-se a essa realidade, tornando o acesso a tal instrumental um elemento ainda mais importante de propostas de pesquisa¹⁷. Os dados que subsidiam esse artigo, bem como a diversificada produção do projeto Supremo em Números¹⁸, são possíveis somente em razão do uso de ferramental tecnológico potente.

Ademais, a técnica de pesquisa escolhida pretende responder às perguntas de pesquisa mediante um olhar do todo – não de processos ou decisões isoladas do Supremo. O novo movimento de estudos empíricos¹⁹ no Direito, no qual o presente artigo se insere, sempre se distinguiu do realismo jurídico e da sociologia jurídica em que as pesquisas são preponderantemente quantitativas, e não qualitativas²⁰.

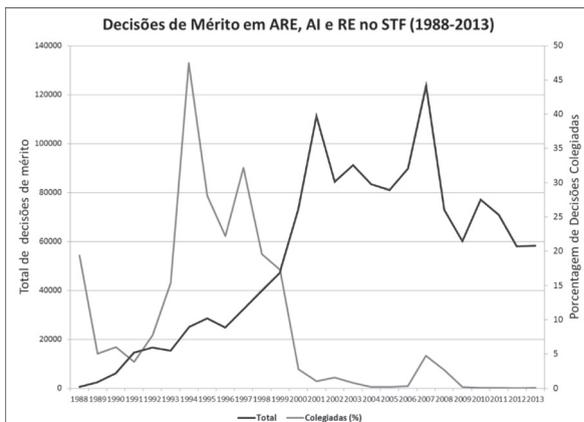
A versão da base de dados utilizada nessa pesquisa está em formato Oracle SQL e contém informações até 31 de dezembro de 2013, incluindo dados sobre 1.488.201 processos autuados, 2.692.587 partes e 14.047.609 registros de andamentos. Também fazem parte da base meta-dados sobre os processos como o assunto jurídico, o órgão judicial de origem e o estado de procedência, entre outras. Os andamentos abrangem informações sobre datas e resultados de decisões tomadas durante os processos, datas de distribuição dos processos, datas de conclusão ao relator do processo, trânsito em julgado e similares.

3 RESULTADOS²¹

O primeiro levantamento realizado mostra a parcela das decisões do Supremo que é tomada de forma individual: 93% em 21 anos, entre 1992 e 2013. Estão sendo computadas apenas decisões finais de mérito e decisões liminares. Meros despachos, por exemplo, não fazem parte do levantamento.

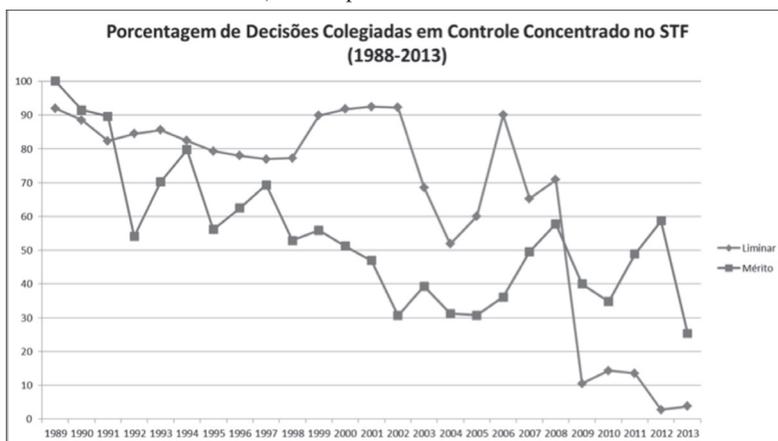


Na jurisdição do Supremo como um todo, as decisões individuais têm sido a regra há muito tempo. Os processos do controle difuso de constitucionalidade, o que podemos chamar de “O Supremo Recursal”, representam quase 95% do total dos casos que chegam ao Tribunal²². Os relatores precisam filtrar a massa de recursos repetidos e manifestamente improcedentes, poupando o tempo de discussão colegiada no plenário e nas turmas.



O gráfico mostra o fenômeno de consolidação do julgamento quase exclusivamente monocrático dos processos do controle difuso. No final dos anos noventa, com a alteração no CPC, as decisões colegiadas passaram a se tornar absoluta exceção. Desde 2009 as decisões de mérito colegiadas no controle difuso são menos de 1% do total. Esse dado põe em cheque a pretensão do legislador de que os poderes de decisão monocrática do relator fossem excepcionais. Tornaram-se a regra no Supremo.

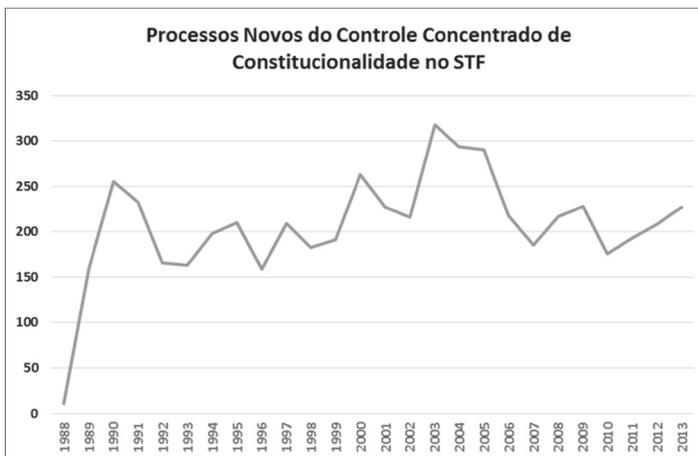
Desde 2000, portanto, as decisões monocráticas de mérito são a regra no controle difuso. Nos últimos anos, porém, a prática de decidir monocraticamente tem contaminado também, e cada vez mais, o controle abstrato de constitucionalidade – isto é, os processos nos quais o tribunal enfrenta, diretamente e sem análise de um caso concreto, uma questão constitucional.



A queda na concentração de decisões colegiadas no controle abstrato tem sido uma constante nos últimos 25 anos. Há quase 20 anos, menos de 60% das decisões de mérito, em média, são tomadas pelo colegiado. Em 2013, foram menos de 30%. As liminares, por sua vez, estão há 5 anos na faixa de 10% de decisões coletivas.

O controle abstrato de constitucionalidade corresponde a um volume muito pequeno de casos. E, não há, em ADIs e ADPFs, processos realmente “repetidos” em quantidade significativa. O que explica que o Plenário julgue cada vez menos processos desse tipo e os relatores, cada vez mais?

Sempre haverá um percentual de pedidos absurdos, que pode variar para mais ou menos ao longo do tempo. Mas é difícil imaginar que, em um espaço de alguns anos, o volume de ADIs e ADPFs manifestamente improcedentes tenha crescido tanto – especialmente se considerarmos que o volume de ações do controle concentrado tem permanecido estável entre 150 e 320 por ano desde 1989, como podemos ver no gráfico abaixo.



O mais provável é que algo tenha mudado, ao longo do tempo, na prática decisória interna do tribunal – a organização da pauta, o que os relatores consideram que merece ir ao Plenário ou o tempo gasto com leitura de votos em sessões, por exemplo. Neste breve texto, só podemos especular. Seja como for, não parece haver nenhuma variável externa – como o número de casos novos – forçando o tribunal a decidir cada vez menos de maneira colegiada.

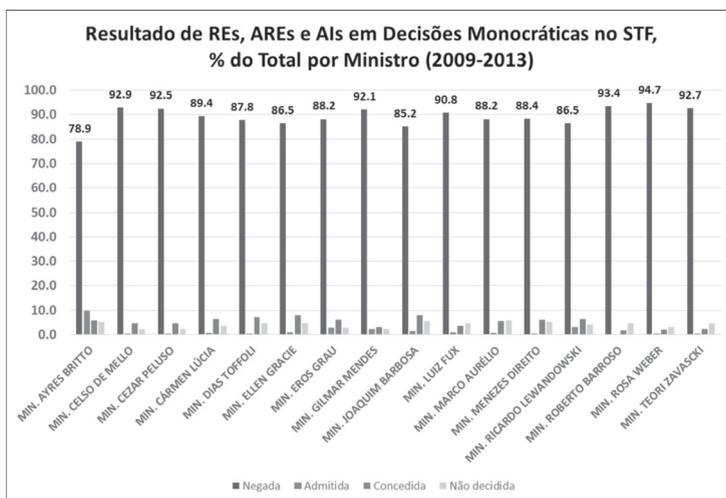
Os pedidos de liminar apresentam uma monocratização radical a partir de 2009. As decisões individuais nesse período refletem a aplicação do chamado “rito sumário” do controle concentrado (art. 12 da Lei 9.868/99). O rito sumário é uma opção de trâmite para os processos do controle concentrado. Quando há um pedido de liminar no processo e a natureza do objeto exige uma decisão com grande urgência, o relator pode decidir “pular” a liminar e levar o processo diretamente para o julgamento de mérito. Na teoria, aceleraria o julgamento da ação.

Só que o rito sumário não é tão sumário assim, como mostra o III Relatório do projeto Supremo em Números. Nas ADIs, dura em média 2,6 anos. Ou seja, na prática, adotar o rito sumário não torna o controle abstrato mais rápido – apenas exclui a tomada de decisão imediata sobre a liminar. A decisão monocrática de adotar o rito acaba tendo o mesmo efeito de negar a liminar: fica tudo como está até a decisão de mérito pelo Plenário.

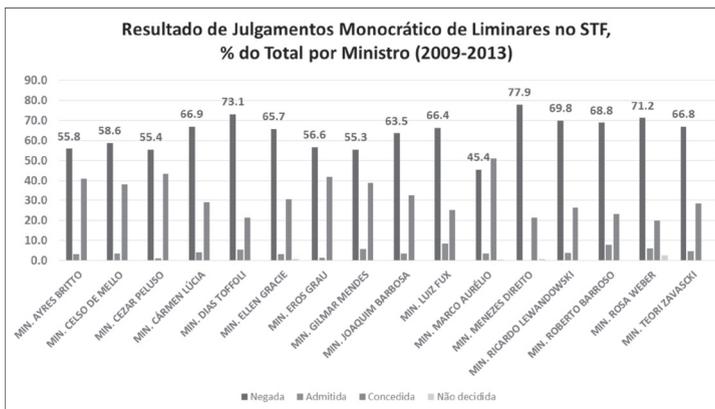
A diferença é que uma decisão individual negando a liminar em ADI ou ADPF exige uma explicação fundamentada do relator em cada caso, que pode ser eventualmente discutida junto ao Plenário. A decisão de adotar o rito sumário, porém, é sempre individual, e permite ao relator não conceder a liminar naquele momento de maneira burocrática: basta uma referência genérica ao artigo 12.

Na prática, portanto, o artigo 12 se tornou um filtro silencioso, não-declarado, pelo qual decisões do Plenário sobre liminares podem ser substituídas por uma simples e não-fundamentada decisão individual.

No mérito e nas liminares, há crescente delegação de poder decisório individual para os ministros. As explicações para essa monocratização da jurisdição constitucional ainda não estão claras. Mas, se esperamos que o Supremo decida – como corte constitucional – questões constitucionais trazidas pela sociedade, essa delegação precisa ser problematizada. O volume de recursos parece ter tornado a monocratização do controle concreto um fato consumado; quanto tempo até que percamos a sensibilidade para esse mesmo problema no caso do controle abstrato?



Analisando também o desempenho dos ministros do STF em decisões monocráticas de mérito no controle difuso de constitucionalidade, no período de 2009 até 2013. A parte pode ter entre 86,5 a 94,7% de chance de derrota, conforme o ministro da composição atual a quem o processo é distribuído. No caso das liminares, a variação é maior ainda.



Em um contexto no qual os processos são distribuídos aleatoriamente e em igual quantidade a cada ministro, fica evidente que as monocráticas não estão sendo usadas apenas para repetir os precedentes do Supremo. Cada ministro decide de uma maneira, com um rigor diferente.

4 CONCLUSÃO

A pauta da efetividade processual tem merecido esforço significativo da literatura brasileira de direito processual. A ampliação da efetividade do processo é defendida quase que unanimemente e muitas vezes, é usada como argumento em alterações da legislação processual. O aumento dos poderes do relator é o típico caso de mudança com o objetivo de tornar mais rápido o julgamento da grande quantidade de processos e recursos perante os tribunais estaduais, regionais e superiores. Mas a literatura sobre efetividade do processo raramente se sustenta em dados sobre a realidade do processo judicial no país.

Passados mais de 15 anos das alterações no CPC, os ministros do Supremo parecem ter adotado a prática das decisões monocráticas - de mérito e liminar - não como uma exceção, mas como a regra. Isso é preocupante no controle difuso, pois as taxas variadas de sucesso indicam posicionamentos divergentes entre os relatores. Mas é ainda mais grave no controle concentrado. As decisões monocráticas fizeram com que o Supremo deixasse de ser um tribunal para se tornar um conjunto de juízes individuais autônomos.

A defesa da efetividade do processo e, acima de tudo, de alterações na legislação processual, deve ser sempre ancorada em estudos empíricos que permitam identificar a real existência de problemas e a sustentabilidade de soluções para eles propostas. No caso do aumento dos poderes do relator, o movimento parece ter resultado, no caso da mais alta corte do país, na consolidação de uma prática nefasta de decisões exclusivamente monocráticas no controle difuso - que, por sua vez, possivelmente explique a ausência de pudor dos ministros para decidir de maneira majoritariamente monocrática também os processos do controle abstrato de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARGUELHES, Diego Werneck, HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. **Jota.info**. Disponível em: <<http://jota.info/a-monocratizacao-do-stf>>. Acesso em: 01 set. 2015.
- ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 46, 2015. “No prelo”.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier, NERY JÚNIOR, Nelson (coord). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 14. ed., rev. e atual. v. 5 (arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros. 2007.
- DIAMOND, Shari Seidman; MUELLER, Pam. Empirical legal scholarship in law reviews. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 581-599, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier, NERY JÚNIOR, Nelson (coord). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Building an infrastructure for empirical research in the law**. *Journal of Legal Education*, v. 53, n. 3, 2003.
- FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar A. **Acesso ao Supremo: Quando os Recursos são Parte do Problema**. *Diálogos sobre Justiça*, [s.l]: [s.l], [s.d], v. 1.
- _____. ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; HARTMANN, Ivar A. II Relatório Supremo em Números. O Supremo e a Federação. Rio de Janeiro. **Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, 2013. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em: [s.d]
- _____. HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. III Relatório Supremo em Números. O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro. **Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, 2014. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em: [s.d]

FALCÃO, Joaquim; WERNECK, Diego Arguelhes; CERDEIRA, Pablo de Camargo. **I Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>.

FERRAZ, Leslie Shériida. Decisão monocrática e agravo interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: uma análise empírica. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 136, dez. 2014.

_____. **Decisão monocrática e agravo interno: celeridade processual ou entrave processual? A Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Colegialidade Ampliada. Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, [s.d.], p. 555-579, 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98 e suas inovações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141 jan./mar. 1999.

VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio De Janeiro. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf>. Acesso em: nov. 2012.

YANOW, Dvora; SCHWARTZ-SHEA, Peregrine (Ed.). **Interpretation and method: empirical research. Methods and the interpretive turn**. [s.l.]: M. E. Sharpe, 2006.

-
- 1 DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier, NERY JÚNIOR, Nelson (coord). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 128.
 - 2 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier, NERY JÚNIOR, Nelson (coord). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 322.
 - 3 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98 e suas inovações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, pp. 05 e 06.
 - 4 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 680.

- 5 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 473.
- 6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 49. Bedaque também afirma que “O processo judicial tem a função, pois, de conciliar esses valores opostos: o tempo necessário a uma decisão justa e a celeridade imposta pelo interesse público. Aliás, a rapidez na entrega da tutela jurisdicional atende também ao interesse das partes, pois a demora excessiva compromete a utilidade prática da tutela jurisdicional”, p. 91.
- 7 MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 171.
- 8 FERRAZ, Leslie Shériida. **Decisão monocrática e agravo interno: celeridade processual ou entrave processual? A Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009, p. 55.
- 9 FERRAZ, Leslie Shériida. Decisão monocrática e agravo interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: uma análise empírica. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 136, dez. 2014, p. 305.
- 10 Ibid., p. 309.
- 11 ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, [s.l.], v.46, 2015. “No prelo”. Neste contexto, afirmam que: “Os Ministros têm o poder de sinalizar para a sociedade, para os outros poderes e até para seus colegas quais seriam suas decisões sobre temas que poderão entrar na pauta no tribunal. No STF, esse ainda é um poder “informal”, pois o seu estatuto jurídico – e, com isso, o seu alcance e os seus limites – não está claramente definido”.
- 12 Ibid.
- 13 Art. 932. Incumbe ao relator:
 - IV - negar provimento a recurso que for contrário a:
 - a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 - b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
 - V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:
 - a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 - b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- 14 Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
 - § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.
 - § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.
 - § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
 - I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento

interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

- 15 DIAMOND, Shari Seidman; MUELLER, Pam. Empirical legal scholarship in law reviews. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 581-599, 2010.
- 16 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Building an infrastructure for empirical research in the law. *Journal of Legal Education*, v. 53, n. 3, 2003.
- 17 VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio De Janeiro. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf>. Acesso em: 11/2012.
- 18 Ver, por exemplo, FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro. *Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, 2011. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; HARTMANN, Ivar A. II Relatório Supremo em Números. O Supremo e a Federação. Rio de Janeiro. *Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, 2013. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. III Relatório Supremo em Números. O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>.
- 19 YANOW, Dvora; SCHWARTZ-SHEA, Peregrine (Ed.). *Interpretation and method: empirical research. Methods and the interpretive turn*. M. E. Sharpe, 2006.
- 20 SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism. *Annual Review of Law and Social Science*, [s.l.], v. 6, p. 555-579, 2010.
- 21 Esse artigo incorpora gráficos e trechos de artigo de opinião publicado previamente no *website* Jota. Ver: Arguelhes, Diego Werneck. Hartmann, Ivar A. *A Monocratização do STF*. Disponível em: <<http://jota.info/a-monocratizacao-do-stf>>. Acesso em: 01 set. 2015.
- 22 FALCÃO, Joaquim; WERNECK, Diego Arguelhes; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *I Relatório Supremo em Números*. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 21.

ALL THE POWER TO THE RAPPOREUR: THE IMPACT OF INCREASING RAPPOREUR'S POWERS IN THE SUPREME COURT

ABSTRACT

This study aims to analyze the gradual changes in procedural law that were responsible for the increase of the rapporteur's powers in the courts, in order to identify the consequences of such changes on the Supreme Court. To do this, we analyzed the content of Law No. 9139/95 and No. 9756/98 which amended art. 557 of the Civil

Procedure Code of 1973; the objectives that motivated these laws; the connection between these statutes; the effectiveness of the procedure; and results of empirical studies about the application of art. 557 in different courts. Lastly, we presented evidence of the rapporteur's performance in the Brazilian Supreme Court, collected using the database of the "Supremo em Números" Project, from FGV Law School in Rio de Janeiro. We conclude that individual merit and injunction rulings by Supreme Court Justices overcome the collegial decisions in numbers, not only in concrete constitutional review, but also in abstract review. This shows that the Brazilian Supreme Court has been acting not as a court, but as a set of autonomous individual judges.

Key-words: Procedural Effectiveness. Brazilian Supreme Court. Abstract Constitutional Review

Submetido: 18 nov. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

AS FASES DO ESTUDO SOBRE REGULAÇÃO DA ECONOMIA NA SENSIBILIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

*José Vicente Santos de Mendonça**

1 Introdução: propósito e roteiro do artigo. 2 Características do debate sobre direito regulatório no Brasil: sincrético, desigual e voltado ao Estado. 3 Antigamente: a pré-história do direito regulatório brasileiro. 4 Ontem: a etapa conceitual-constitucional. 5 Hoje: a etapa eficaz. 6 Encerramento: duas propostas para o novo vintênio do direito regulatório brasileiro. Referências.

RESUMO

Num primeiro momento, o texto identifica três características do debate jurídico sobre a regulação da economia no Brasil: ele é sincrético, desigual, e voltado ao Estado. Após, o artigo se dedica às fases do debate sobre regulação na sensibilidade jurídica brasileira. De uma pré-história da regulação, em que o assunto era apresentado de modo indistinto ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, passou-se, em meados dos anos noventa, à etapa conceitual-constitucional, centrada na identificação constitucional das potestades regulatórias. Hoje, vive-se etapa eficaz, em que a ênfase recai no debate a respeito de sua qualidade. O artigo se encerra sugerindo duas linhas de ação para tornar nosso debate sobre regulação econômica mais original, mas sem perder a diversidade de abordagens que lhe é característica.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Econômico. Direito Regulatório. Regulação. Agências reguladoras.

1 INTRODUÇÃO: PROPÓSITO E ROTEIRO DO ARTIGO

Este é um artigo sobre a doutrina; é um meta-artigo. Seu propósito é o de narrar, a um público não inteiramente familiarizado com o tema, as etapas do debate jurídico sobre regulação da economia no Brasil.¹

Um texto assim construído leva, de imediato, a dois tipos de preocupações: a primeira é com a fidedignidade da descrição; a segunda é o risco de se estar adotando uma espécie de teleologia doutrinária, em que fases “menos evoluídas” seriam superadas por fases “mais evoluídas”.

* Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. LLM pela Universidade Harvard. Professor adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Contato: jose.vicente@terra.com.br.

Pois bem: a melhor forma de vencer um medo é assumindo-o. Este artigo, então, de fato, irá estereotipar posições. Provavelmente nenhum autor, mesmo que caracteristicamente pertencente a um estilo, irá subscrever todas as posições assumidas como típicas de sua fase.² Mas o estereótipo é estratégia metodológica, que permite ressaltar aspectos que visões mais nuançadas esconderiam.³

O risco da vindicação de uma teologia doutrinária é mais problemático. E ele surge desde o título: ao se falar em etapas ou fases, pode-se ler, pelas entrelinhas, uma narrativa heróica, em que se reconstruísse o passado à luz de certo presente. Assim, tal como cogita Benjamin, a história, e aqui a história das doutrinas jurídicas, seria o cortejo triunfal dos vencedores.⁴ Não é este, contudo, o caso. Estilos são, apenas, formas de se *entender* e de se *fazer* algo.⁵ Etapas ou fases devem ser entendidas, neste texto, como momentos de prevalência de estilos, e não como degraus ordenados. Aliás, estilos não são melhores ou piores em relação aos outros; há, decerto, estilos mais e menos complexos, mas, se se trata de julgá-los, o máximo que se pode dizer é que são mais ou menos *adaptados* ao meio que os circunda.

Em termos estruturais, o texto procede da seguinte forma. O item 2 identifica três características do debate jurídico sobre regulação da economia no Brasil. Algumas delas são, antes, aspectos da própria doutrina jurídica brasileira. O debate brasileiro sobre regulação da economia seria metodologicamente *sincrético*; seria, ainda, *desigual* em interesses, premissas e qualidade; e seu foco primordial seria no *Estado*, e não na sociedade. É antes debate sobre regulação *pública* da economia do que sobre regulação da economia *tout court*.

Logo após, o item 3 identifica os primeiros momentos da análise jurídica brasileira sobre a regulação da economia. Neste momento inaugural, o Direito Regulatório possuía particularidade: era um direito que *não era*. Era Direito Constitucional ou Direito Administrativo. Não era Direito Regulatório.

A partir de certo momento no início dos anos noventa, o Direito Regulatório brasileiro descobriu-se a si mesmo – o marco foi a criação da primeira agência reguladora federal, a ANEEL, em 1996 –, e, com a volúpia dos jovens, começou a se perguntar quem era e qual o seu lugar no mundo. Eis a fase *conceitual-constitucional*, à qual é dedicado o item 4.

Hoje, já – parcialmente – resolvidos alguns desses dilemas, vive-se a etapa *eficacial*, em que as discussões estão centradas na qualidade da regulação da economia. É o tema do item 5.

O item 6, encerramento do trabalho, volta-se aos dilemas do presente. Nele, são destacadas possíveis ações a serem empreendidas, de modo a tornar o debate jurídico brasileiro sobre regulação na economia mais próprio e mais próximo, ainda que preservando a qualidade que há em sua diversidade.

2 CARACTERÍSTICAS DO DEBATE SOBRE DIREITO REGULATÓRIO NO BRASIL: SINCRÉTICO, DESIGUAL E VOLTADO AO ESTADO

O debate sobre o Direito Regulatório, no Brasil, é caracteristicamente (i) *sincrético*, (ii) *desigual*, e (iii) *voltado ao Estado*. Explica-se.

Ele é (i) *sincrético*, seja em métodos, seja em referências teóricas. Virgílio Afonso da Silva identificou a característica do sincretismo metodológico a partir da doutrina brasileira voltada à interpretação da Constituição.⁶ Nossa doutrina da interpretação constitucional fala ora em ponderação de princípios, ora em interpretação constitucional estruturante, sem se importar, ou talvez conhecer, que, na origem teórica alemã, os conceitos são mutuamente excludentes.

Embora discordando, em parte, do tom crítico do artigo de Virgílio Afonso da Silva – pode-se ser *sincrético* não por desconhecimento, mas por opção; e tal opção pode se revelar adequada ao contexto de reflexão e aplicação do Direito no Brasil⁷ –, é possível estender sua análise ao campo do Direito da Regulação.

De fato: no Brasil, também o debate jurídico sobre regulação da economia é metodologicamente *sincrético*. Não há adoção majoritária de um método cognitivo ou operacional.⁸ Há, no entanto, proximidade cada vez maior em relação à academia e à prática norte-americana, sem que isso implique colonização plena, vez que o referencial europeu, que está no DNA de nosso Direito Administrativo, ainda é muito presente. Isso não é, em si, nem ruim, nem bom: é o que somos.

Por exemplo: trecho da obra de Carlos Ragazzo, sobre revisão judicial de marcos regulatórios⁹, discute aspectos de microeconomia com base em referências norte-americanas, e, na conclusão, busca associá-los à forma leve de “princípio da proporcionalidade”, lugar argumentativo próximo da práxis europeia.¹⁰ Tal percurso dificilmente seria percorrido por autor americano¹¹.

Observe-se, no entanto, que é discutível se tal sincretismo é característica do Direito Regulatório *brasileiro*, ou se, antes disso, está associado, como um todo, ao Direito Regulatório europeu contemporâneo.¹² Vê-se, por exemplo, que obras francesas recentes também se aproximam de formas americanas.¹³

Talvez seja mais realista afirmar que, tal como ocorre na Europa, o debate brasileiro a respeito da regulação econômica vem se aproximando dos Estados Unidos. E, como nosso debate jurídico sobre Direito Público sempre foi, para o bem e para o mal, *sincrético*, em nosso país tal hibridismo de referências e de métodos encontra solo fértil.

Somos *sincréticos*, ainda, de um segundo modo: na busca por harmonizar teorias. Aqui, Posner e Dworkin podem aparecer, na mesma página, defendendo a mesma posição. Somos o país dos acordos teóricos incompletos.¹⁴ O estereótipo de apresentação de uma determinada categoria conceitual é o seguinte: narra-se o que seria o extremo A; o que seria o extremo B; e se afirma, como posição ideal, um *tertius*, a qual corresponderia a uma posição intermediária, mista, híbrida, ou moderada.

Pode-se ler tal prática sob duas óticas: ou a da superficialidade – *o autor ignora que as posições são inconciliáveis* – ou a do otimismo – *talvez as diferenças não sejam tão graves*. Do sincretismo decorre uma crença na plasticidade quintessencial das teorias jurídicas, e daí, no hibridismo radical.

Outro aspecto do debate sobre o Direito Regulatório brasileiro: além de sincrético – ao misturar, conciliatoriamente, autores e métodos – ele é (ii) *desigual*, seja em premissas, interesses, e, mesmo, em qualidade.

Não é de se espantar. A academia jurídica brasileira é uma enormidade. Em meados de 2014, havia 1284 cursos de Direito no Brasil. Para uma população de cerca de 200 milhões de pessoas, o Brasil é o país com o maior número de cursos de Direito *per capita* do planeta.¹⁵ Apenas para se ter noção comparativa, Portugal, conta com onze cursos de Direito.¹⁶

Tal gigantismo reflete-se nos programas de pós-graduação em Direito em sentido estrito, em cuja órbita se dá boa parte do debate sobre os aspectos jurídicos da regulação da economia. Em 2013, havia oitenta e um cursos de mestrado; trinta e um doutorados acadêmicos, e um doutorado profissional.¹⁷ Daí que a produção bibliográfica destas centenas de discentes e docentes, que eventualmente se soma à de milhares de advogados ligados à área, é inabarcável.

Há polos de influência – algumas universidades associadas aos centros econômicos e políticos do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Brasília, e alguns programas de pós-graduação no Sul –, mas o debate, feito atualmente por muitos, incorpora muitas vozes. Não é incomum que, ao se mudar de estado, mudem radicalmente as referências bibliográficas, os métodos, os interesses. Afora poucos autores, tidos por clássicos, e que há alguns anos passaram a cuidar de aspectos jurídicos da regulação – por todos, cite-se Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ –, o debate jurídico sobre regulação econômica, no Brasil, é mais local do que nacional.

Existem aspectos naturais e positivos disso. O autor amazonense que estuda a regulação ambiental dos rios da região incorpora inegável *saber local*, para falar-mos com Gertz. Mas a diversidade radical pode esconder, também, ausência de diálogo, redundância de pesquisas, insubmissão à crítica, empoderamento de elites cognitivas paroquiais. A tarefa, aqui, talvez seja a de preservar a pluralidade, mas reduzindo o desnivelamento qualitativo (mais sobre isso no item 6, abaixo).

Nosso debate sobre o Direito Regulatório é, ainda, caracteristicamente (iii) *voltado ao Estado*.¹⁹ Decerto que há algo de necessário nisso: regulação da economia é, em sua grande parte, regulação pública da economia. Mas as evidências indicam algo além. Em muitos casos, mercê de o debate girar em torno ao Estado, chega-se a certa naturalização da regulação pública. Se regular é, em certo sentido, sempre regular mais – à conta da necessidade de as burocracias justificarem publicamente sua existência²⁰ –, o foco do debate jurídico acaba sendo mesmerizado a tal linha de ação.

Assim, obras jurídicas fundacionais sobre Direito Regulatório são voltadas à figura das agências reguladoras.²¹ Ainda hoje são relativamente escassos os textos dedicados à autorregulação sob perspectiva jurídica.²² Mesmo iniciativas sobre como incrementar a qualidade da regulação perguntam o que as agências reguladoras e demais instâncias públicas podem ou devem fazer para tanto. Encantados ou desencantados com a regulação setorial, o ponto focal de nossas esperanças ou críticas é sempre o Estado.

Além destas três características, típicas do debate jurídico sobre regulação da economia, mas compartilhadas com o debate jurídico em geral, há uma quarta, ainda mais indistintamente compartilhada com a academia jurídica como um todo.²³ É a *cordialidade*. Em razão da não-separação entre os mundos do saber e do poder, a doutrina brasileira é composta, em boa parte, por advogados (em sentido amplo: defensores, advogados públicos e privados, promotores) e juizes. Por que se arriscar a perder dinheiro ou reputação comprando brigas? Por que deixar de ser promovido ao tribunal? São diversos os custos políticos e econômicos intrínsecos a esta questão.

Não se trata necessariamente de cordialidade real, mas de posicionamento estratégico diante de um sistema de incentivos. Como não há critério claro de averiguação da qualidade no Direito – afirma-se que a pesquisa em Direito é metodológica e institucionalmente menos desenvolvida do que a das demais ciências sociais²⁴ –, surge a narrativa das personagens. O Direito feito por juristas. Desse modo, alianças interindividuais passam a ser decisivas. Existem, é claro, discordâncias dentro de cada grupo; mas são pontuais. Grandes discordâncias só são toleradas entre grupos inteiros, em relação aos quais já se franqueou a disputa. É dizer: há partidas apenas entre times. A regra é a cordialidade pública (ainda que ela possa, por vezes, dissimular a crítica privada).²⁵

Metodológica e conceitualmente sincrético, desigual em interesses e resultados, mas quase sempre mirando no Estado, o debate brasileiro sobre regulação da economia, feito sob a pressão da cordialidade estratégica, possui cronologia própria. É o tema dos próximos itens.

3 ANTIGAMENTE: A PRÉ-HISTÓRIA DO DIREITO REGULATÓRIO BRASILEIRO

A pré-história do Direito Regulatório brasileiro é a fase em que a regulação da economia não se percebia existente, e o próprio Direito Regulatório *não era*. Era Direito Administrativo, ou Direito Público Econômico, ou só Direito Econômico.²⁶ O debate jurídico fazia-se essencialmente constitucional, afrancesado, e doutrinário em sentido “puro”, isto é, voltado a argumentos tirados da interpretação de dispositivos constitucionais, textos de lei, e afirmações de autores de livros de Direito.

Não existiam agências reguladoras. Isso não quer dizer que a atividade de regulação da economia, entendida em sentido amplo – fixar normas de condutas

de agentes econômicos e praticar atos administrativos a elas afetos (licenças, autorizações econômicas etc.) – inexistisse. Existia, mas sem levar este nome, muito menos despertar as potencialidades que hoje se lhe reconhece.²⁷

A partir dos anos 30 do século passado, com a intervenção do Estado brasileiro na economia em função do modelo getulista de desenvolvimento, surgiram os famosos institutos – o Instituto Brasileiro do Açúcar e do Alcool (1933); o Instituto Nacional do Sal (1940); o Instituto Nacional do Pinho (1941); o Instituto Brasileiro do Café (1952) –, tidos, por Mário Masagão, como espécies de “autarquia de economia”.²⁸ Tais autarquias não possuíam dirigentes com mandato, muitas eram ligadas diretamente à Presidência (como nos casos do Instituto do Sal e do Açúcar e do Alcool), não se cogitava que tivessem poder normativo, e muito menos estavam abertas à participação social. Com alguma dose de interpretação do passado à luz do presente, pode-se, entretanto, enxergá-los como antecessores remotos das agências reguladoras.

O debate jurídico sobre regulamentos expedidos pela Administração Pública fazia-se em termos binários. “Regulamento de execução” era válido; “regulamento autônomo”, não. Fonte da regulação eram as leis; admitia-se, pontualmente, autorregulação privada. Por vezes, o Executivo federal intervinha diretamente na economia, controlando preços e fixando condutas (como por meio da Superintendência Nacional do Abastecimento – a SUNAB).²⁹

Em síntese, a pré-história da regulação da economia brasileira contou com autarquias econômicas, controle da Administração central, e intervenções pontuais e diretas do Executivo federal. Em termos de debate jurídico, o Direito Regulatório não existia – era Direito Administrativo ou Direito Econômico –; regulação era sinônimo de legislar ou de expedir regulamentos executivos; regulamentos autônomos existiam apenas para ser abjurgados; e o debate se voltava às raízes francesas do Direito Administrativo, e, operacionalmente, a argumentos tirados de textos normativos e/ou das cogitações de autores de livros e artigos de Direito.

4 ONTEM: A ETAPA CONCEITUAL-CONSTITUCIONAL

Com o surgimento da primeira agência reguladora federal, a Agência Nacional de Energia Elétrica, em 1996³⁰, o Brasil ingressou num processo de *agenci-ficação*³¹, ou seja, de criação de agências reguladoras, especialmente federais.^{32,33,34} Isso representou mudança significativa para o Direito Regulatório brasileiro. Em primeiro lugar, pode-se dizer que ele foi *criado* a partir daí. Até então, discutia-se, nos meios jurídicos, a regulação da economia, mas em bases difusas e/ou em sentidos diferentes do que viria a se consolidar a partir de então. Nos anos noventa, o Direito Regulatório tomou consciência de si a partir de sua cristalização institucional: a figura da agência reguladora. Eis, então, a etapa *conceitual-constitucional*.

A etapa é, ao mesmo tempo, conceitual e constitucional. Neste período, buscava-se entender o que poderiam ser estas novas autarquias, ditas especiais

por suas leis de criação. Em que consistiria seu “regime jurídico especial”? Teriam elas algo a ver com as *executive agencies* americanas? Com as *independent agencies*, talvez? Com as agências europeias? Mas também se procurava identificar seu encaixe constitucional. A Constituição da República de 1988, com vasta gama de poderes enfeixadas na figura do Presidente, poderia conviver com autarquias avessas a que este exercesse, com o auxílio de seus ministros, a direção superior da Administração Pública (art. 84, II, da CRFB-88)?

O debate jurídico do período foi intenso. Esta é, por assim dizer, a fase heróica do Direito Regulatório brasileiro: mal nascia e já chegava ao apogeu (em especial, como se descobriria depois, quanto à importância atribuída às agências reguladoras pela orientação política do poder central). Muitas das principais obras sobre o tema, - até hoje relevantes -, foram lançadas na época.³⁵ Dentre diversas perguntas lançadas na fase, pode-se destacar, por sua recorrência e importância, as seguintes:

- (i) Qual a legitimidade democrática que perpassa a atuação das agências reguladoras? Há algum déficit democrático em sua atuação? Como elas se posicionam dentro da tripartição das funções estatais?
- (ii) Qual o papel das audiências e consultas públicas no incremento da adesão dos administrados às condutas propostas pela Administração Pública? Tais instrumentos desempenham algum papel em relação à representatividade das agências reguladoras?
- (iii) Agências reguladoras possuem poder normativo? Caso possuam, qual o mínimo de densidade legislativa que as leis devem possuir para operar essa delegação legislativa imprópria? As leis podem se deslegificar, isto é, dispor que, para certos assuntos, dali para frente, agências reguladoras (e/ou outras entidades ou órgãos administrativos) poderão sobre eles tratar por meio de regulamentos?
- (iv) As leis de criação de agências reguladoras podem limitar o presidente da República quanto à indicação e à exoneração de diretores? Se os mandatos de tais dirigentes não coincidem com o do presidente da República, há violação à soberania popular?
- (v) Existe uma discricionariedade administrativa técnica e um mérito técnico, - em paralelo à discricionariedade administrativa “pura” e ao mérito administrativo -, a legitimar a atuação das agências?
- (vi) Como se deve operar a revisão judicial das escolhas regulatórias? Tribunais de contas podem rever o mérito de decisões de agências? É compatível com um regime de autonomia reforçada a admissão de recursos hierárquicos impróprios tirados de decisões destas autarquias? Elas devem possuir corpo jurídico próprio?
- (vii) Como se dá o regime da responsabilidade civil das agências reguladoras? No que consiste a omissão regulatória?

Outras perguntas poderiam ser indicadas. Seja como for, o que importa ressaltar é o dinamismo da época: dúvidas eram lançadas; respostas, cogitadas; entre os que saudavam as agências como “instrumentos do fortalecimento do

Estado”³⁶, e os que as enxergavam como “repartições burocráticas”³⁷, restou a importância de um período fundacional.

Eram as dores do parto. O Direito Regulatório brasileiro nascera, e sofria seu batismo de fogo sob uma chuva de dúvidas.

5 HOJE: A ETAPA EFICACIAL

Nem todas as perguntas da etapa conceitual-constitucional foram respondidas. Algumas, sim. Outras, ainda não. Outras, dificilmente o serão.

Das respostas a que (tentativamente) se chegou, pode-se compendiar as seguintes. Há legitimidade na atuação das agências, mas que se expressa de modo diferente da legitimidade das urnas. Audiências e consultas são importantes para reduzir a assimetria de informações entre reguladores e regulados, mesmo que estejam longe de representar alguma panaceia aos problemas regulatórios – aliás, elas trazem outros tantos. Na prática, agências possuem poder normativo, embora talvez não para assuntos muito importantes. Limites à nomeação e exoneração de dirigentes são constitucionais. Discricionariedade técnica talvez exista, mas isso não é blindagem para a revisão judicial sobre escolhas regulatórias. A recomendação é que o Judiciário se autocontenha ao efetuar tais revisões; recomendação, na prática, não inteiramente aceita. Tribunais de contas podem controlar a atividade-fim de agências. Em casos excepcionais, recursos hierárquicos impróprios são aceitos.

Com a sedimentação de certa cultura da regulação em nosso país, e a pacificação, esquecimento ou resignação quanto a algumas polêmicas, passou-se à etapa *eficacial*, a fase que se vive agora, em que a pergunta não é mais “quem somos”, mas a dúvida sequencial – “para onde (e como) vamos”. É bom lembrar que, em termos institucionais, as agências reguladoras federais não vivem seu melhor momento. Muitas deliberam sem que a totalidade de seus dirigentes, ou ao menos parte razoável deles, hajam sido nomeados. Nota-se certo represamento de recursos orçamentários. E os mundos da técnica e da política, para o bem e para o mal, não parecem ser tão distantes como pressupunha a narrativa que lhes justificou o ingresso no ordenamento brasileiro. Não temos as agências reguladoras de nossos sonhos; temos as de nossas possibilidades.

Antes de tudo, na fase *eficacial*, chegou-se à conclusão de que toda regulação é, sempre, regulação setorial. As grandes narrativas, também aqui, acabaram. O debate jurídico sobre a regulação econômica tem que ser debate sobre a regulação do setor elétrico; sobre a regulação do tabaco; sobre a regulação do gás natural. *Et coetera*.

Fixada esta premissa, novos objetos de estudo passaram a interessar aos estudiosos. Discussões sobre a qualidade da regulação. Propostas de fixação de índices de qualidade regulatória. Reflexões sobre boas práticas regulatórias.³⁸ Debates sobre a governança regulatória, muitos deles centrados na figura nascente da análise de impacto regulatório.³⁹ E, como cogita-se que Brasil possua um Poder

Judiciário bastante ativista, surgem propostas de metrificacão da interação entre agências, Judiciário e Legislativo.⁴⁰

Aliás, assiste-se à ascensão, também no Direito Regulatório, de perspectivas empíricas do estudo do Direito. Audiências públicas passam a ser objeto de verificaco pessoal por observadores-participantes.⁴¹ Com a ascensão da comunicaco em tempo real e a internacionalizaco da academia brasileira, perdem valor as abordagens de pura e simples apresentaco/importaco de conteúdos estrangeiros. Isso não quer dizer que o Direito estrangeiro perdeu sua influência. Ao contrário: ele é mais influente do que nunca, em especial o que vem dos Estados Unidos – em conteúdo e em método. O Direito Regulatório brasileiro de 2015 parece ser menos o direito conceitual do Conselho de Estado francês, e mais o direito das *policies*, da interdisciplinaridade como técnica (o fato de ser o direito das agências reguladoras já diz muito.) Vive-se momento em que o lema parece ser menos abstraco, e mais experiência.

Em consequência, surgem novos temas. Dentre eles, a abordagem da economia comportamental – de que muito se fala no Brasil, espelhando o debate norte-americano, ainda que pouco se pratique –, é bastante exemplificativa dos tempos de hoje. Quem diria que especialistas em Direito Regulatório e em Direito Administrativo estariam debruçando-se sobre práticas que, em muitos casos, parecem próximas ao marketing? Sem falar que um advogado, atuante junto a projetos de infraestrutura pública, é, em boa parte do tempo, menos um profissional do Direito em estilo clássico – menos um “jurista” –, e mais um microeconomista versado em leis e em comportamentos da Administração.

A etapa eficaz pressupõe um foco principal – a eficácia da regulaco –, mas, dado que nosso debate sobre regulaco é desigual (v. item 2, acima), ela conviverá com elementos da fase anterior. Num país continente como o Brasil, há quem esteja cogitando de métricas para índices setoriais de regulaco, e há quem ainda esteja se perguntando se agências reguladoras possuem poder normativo.

Além disso, há indagações da etapa conceitual-constitucional ainda não respondidas – se é que o serão algum dia – o que justifica sua permanência. Importa observar também que, se se verifica que as agências reguladoras federais vivem má fase, a circunstância impactará nos debates sobre a qualidade da regulaco, reenviando debates da fase eficaz (v.g., a *qualidade da regulaco*) a debates da fase anterior (a *autonomia das agências*).

Feitas estas observações, é hora de encerrar o texto, retomando, em tom propositivo, as características do debate jurídico sobre regulaco econômica.

6 ENCERRAMENTO: DUAS PROPOSTAS PARA O NOVO VINTÊNIO DO DIREITO REGULATÓRIO BRASILEIRO

Se é verdade que nosso debate é sincrético, desigual, e voltado ao Estado, há pontos em que ele poderia ser aperfeiçoado? Certamente. Tais características não são propriamente defeitos; há, nelas, muito que se poderia debitar na conta

de representações tradicionais de nosso caráter como nação. Alguém poderia dizer, por exemplo, que nosso sincretismo metodológico é projeção de nosso sincretismo étnico e/ou cultural. Não se vai a tanto, mesmo porque há dúvidas sobre se tais representações são válidas para além do estereótipo.⁴² Mas há, sim, no debate nacional, aspectos subótimos.

De modo simétrico à apresentação das características do debate, vai-se indicar, aqui, duas linhas de ações direcionadas à redução de tais aspectos.

(1) *Corrigir o que há de ruim na desigualdade*

Desigualdade pode ser reflexo de saudável sincretismo. Mas pode ser de-sequilíbrio; fraqueza num dos polos. No Brasil, talvez se trate de um pouco das duas coisas. Aí, o que há de ruim na desigualdade pode ser neutralizado com uma ênfase na difusão de conhecimento, especialmente *online*; na adoção de práticas acadêmicas de alto nível (por exemplo, o reforço de congressos científicos de fato, com elaboração de *papers*); numa maior institucionalização da academia jurídica, com a busca pela adoção de padrões de imparcialidade (a gerar, por exemplo, revistas acadêmicas com alto índice Qualis); na criação de comunidades nacionais de debate e troca de informação. O ideal é que sejamos *plurais* – diversos, mas em alto nível, e não *desiguais*.

(2) *Construir uma teoria própria da regulação econômica*

Esta linha de ação tem a ver com a característica de nossa teoria ser metodologicamente sincrética. Em parte, o sincretismo decorre de fenômeno prévio: a importação descontextualizada de teorias jurídicas. Até meados dos anos 90, produto bom era o importado. De lapiseiras a roupas, havia certo fascínio pelo produto estrangeiro. Se muito desse fascínio ficou pelo caminho, em partes da teoria e da dogmática jurídica ele resiste. Importa mais saber o que Dworkin escreveu a respeito da mais recente decisão da Suprema Corte americana, e tentar, no que der, aproveitá-la no Brasil, do que ousar refletir autonomamente sobre nossos problemas.

Não precisamos viver a vida dos outros. O que não significa, é claro, que devamos rejeitar aportes estrangeiros. São úteis, e a cada dia mais adotados. O problema é a transmigração descuidada. Por exemplo: ao importar o modelo das agências reguladoras, cogitou-se que funcionariam como nos EUA. Só que, lá, elas são resposta ao controle congressional da Administração Pública. Aqui, vivemos o hiperpresidencialismo. Não é de se espantar que, entre nós, haja contingenciamento orçamentário em relação a seu orçamento; alteração de seu regime jurídico por leis de iniciativa privativa do chefe do Executivo. Supõe-se que a dominação presidencial das agências é decorrência de nosso regime jurídico-político.⁴³ A intenção era a de que funcionassem como autoridades independentes. Na prática, há quem fale que são autarquias glorificadas. Mas é claro: se se importasse a prática jurídico-política dos EUA, elas poderiam ser independentes. Só que isso não é possível. Onde foi que erramos?

Na importação acrítica. É mister construir teoria jurídica própria da regulação econômica. Nossos Direito, política, economia e sociedade possuem características, que, se parecidos com os deste ou daquele país, são, na essência, únicos. Urge que analisemos nossos problemas com instrumentos afinados para nós mesmos. Algumas indicações para reflexão:⁴⁴

- Como se disse, as agências reguladoras são modelo que veio dos Estados Unidos. Mas, lá, não há iniciativa privativa do Executivo para projetos de lei. Não há a figura do contingenciamento de recursos orçamentários. Aliás, até mesmo alguns órgãos públicos americanos possuem autonomia que, na prática, é maior do que a de algumas de nossas agências. O que a dominação presidencial implica para nossa teoria regulatória?
- A regulação brasileira subsiste num ambiente de hiperjudicialização. Isso pode levar a uma teoria da regulação econômica em que Judiciário é participante ativo, ao invés de corretor (desejavelmente autocontido) de rumos? Em outras palavras, será que não seria o caso de, em vez de lamentar a invasão do mérito técnico, buscar formas de se incorporar o Judiciário ao processo normogenético, fiscalizatório e executivo das agências?
- Possuímos órgãos com enorme capital político e jurídico, como o Ministério Público e os tribunais de contas. Em que medida eles impactam a teoria da regulação? Serão eles instâncias reguladoras autônomas? Há competição pelo capital simbólico de quem está “regulando melhor”? Existe um “perfeccionismo regulatório”? Existe a produção pragmática de um “estado de omissão regulatória” de molde a justificar a intervenção dos tribunais de contas e/ou do MP?
- Temos propensão a aceitar, e mesmo a pedir, o paternalismo estatal. De resto, nossa Constituição da República legitima-o politicamente. Como isso afeta a atuação da regulação pública da economia? Nos Estados Unidos, cogita-se do paternalismo libertário como opção a intervenções restritivas.⁴⁵ Será que, no Brasil, a estratégia – não obstante méritos ou deméritos – seria desnecessária?
- Vivemos numa federação em três níveis, com órgãos legislativos em todos os entes, e profusão de competências legislativas e administrativas comuns. Qual o impacto desse sistema de incentivos na efetividade da regulação pública da economia?
- Hoje, uma das mais impactantes estratégias regulatórias junto à economia brasileira é a atuação das estatais. A endorregulação tem, entre nós, curso largo. Talvez precisemos de teoria jurídica da regulação da economia que não a denuncie ou recomende, mas a entenda de fato.

A primeira agência reguladora federal brasileira surgiu há quase vinte anos. Ao olhar para nossas especificidades, é tempo de identificar as contribuições de duas décadas de literatura e de prática. Mas é tempo, sobretudo, de nos fazermos pergunta chave para o próximo vintênio: por que não uma teoria brasileira da regulação para valer?

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.) **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: **Obras escolhidas**. Magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura. São Paulo: Brasiliense, 1987, v. 1.

BINENBOJM, Gustavo (Coord.) **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOQUIMPANI, Bruno. **A autoregulação**: delineamento de um modelo polí-cêntrico de regulação jurídica. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da UERJ como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Público. *Mimeo*, 2010.

CAVALCANTI, Bianor Scelza; PECIE, Alketa. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. In: **Revista de Administração Pública**. Fundação Getúlio Vargas, vol. 34(5), set./out. 2000, pp. 99-118.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípios gerais de Direito Público**. São Paulo: Atlas, 1946.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. 2009. The Hidden Foreign Law Debate. In: Heller: Proportionality Approach in American Constitutional Law, The. San Diego Law Review. 46:367.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas.

FERREIRA MOTA, Paulo Roberto. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A Pesquisa em Direito: Diagnóstico e Perspectivas. In: **Revista Brasileira de Pós-Graduação**. Brasília: Capes, v. 2, p. 53-70, 2004.

GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LESSA MATTOS, Paulo Todescan. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MAYERSON-SCHNEIDER, Anna. *The Little Supremes*. In: **Observer**. 14 nov. 2005. Disponível em: <<http://observer.com/2005/11/the-little-supremes>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. **ABAR**. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/images/publicacoes/agencias-reguladoras.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1959, t. 1.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, Fórum, 2014, n. 265, jan./abr. 2014.

_____. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Egon Bockman. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. In: **Revista Brasileira de Direito Público da Economia**, a. 11, n. 44. out./dez. 2013.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. In: **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, jul/2003. pp. 145-154.

NUNES, Edson. Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 2, abr./jun. 2003, pp. 163-220.

NUSDEO, Fábio. Auto-Regulação em Direito Econômico. In: Elizabeth Accioly. (Org.) **Direito no Século XXI: em homenagem ao Prof. Werter Faria**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, v. 1.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. “Governança e Análise de Impacto Regulatório”. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, v. 36, 2011.

PEZ, Thomas. **Le Risque dans les Contrats Administratifs**. Paris: LGDJ, 2013.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Como se produz um jurista? O modelo português – Parte 6. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/direito-comparado-produz-jurista-modelo-portugues-parte#author>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

ROMANO, Marcos Vinícius Bacellar. **Audiências públicas na ANEEL e o insulamento político institucional brasileiro**. Dissertação apresentada à Universidade Federal Fluminense como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras: sua independência e o princípio do estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, Suzana Tavares da. **Um novo direito administrativo?** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*. In: **University of Chicago Law Review** 70(4): 1159–1202. 2003.

VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no Domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 (edição fac-similar).

WEBER, Max. **A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais**. São Paulo: Ática, 2011.

1 Há um corte epistemológico na abordagem do texto: ele trata do debate *jurídico*, quer dizer, daquele que é centrado na incidência de normas jurídicas e em práticas e procedimentos tipicamente operados por advogados, juizes, promotores, e profissionais associados a estas categorias. Seja como for, é impossível, num artigo que analisa a regulação da economia, deixar de resvalar em temas econômicos. É de se ver, aliás, que, a cada dia, parece ascender, na prática e na teoria, um novo paradigma de Direito Administrativo, funcionalmente mais próximo à economia. Sobre o ponto, cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, n. 265, jan./abr. 2014.

2 De modo proposital, o título do trabalho usa a expressão “sensibilidade jurídica”. O que é isso? É difícil definir, mas relativamente fácil de compreender. Sensibilidade jurídica é a soma do que os juristas *debatem*,

do que os tribunais *decidem*, e do que o público em geral *cogita*. É o espírito, o *mores* jurídico de uma época. Por exemplo: durante o período constituinte brasileiro, a sensibilidade jurídica era toda voltada à política constitucional.

- 3 O estereótipo se associa à noção de “tipo ideal” (*Idealtyp*). Weber explica-o da seguinte forma: “Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo de pensamento. Torna-se impossível encontrar empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois se trata de uma utopia. [...] Ora, desde que cuidadosamente aplicado, esse conceito cumpre as funções específicas que dele se esperam, em benefício da investigação e da representação.” WEBER, Max. A “**objetividade**” **do conhecimento nas Ciências Sociais**. São Paulo: Ática, 2011.
- 4 BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: **Obras escolhidas**. Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura. São Paulo: Brasiliense, 1987, v. 1.
- 5 O termo estilo não costuma ser empregado em textos de ciências sociais aplicadas. Ele se origina, e é de uso frequente, na história da arte. Também é de uso comum na estética.
- 6 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.115-143.
- 7 “No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica a importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 197, nota de rodapé n. 21.
- 8 A rigor, no entanto, talvez isso não seja possível, ou, sequer, desejável.
- 9 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 237-270.
- 10 O princípio da proporcionalidade é lugar argumentativo que, em sua forma moderna, nasceu da doutrina alemã do século XIX, ao ideal limites ao exercício do poder de polícia. Após a Segunda Guerra, o princípio passou a ser utilizado pelo tribunal constitucional daquele país como limite à atuação legislativa. Atualmente, o princípio é reconhecido em muitos países como parte do Direito Constitucional. Ele consta, inclusive, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 52.1).
- 11 De modo geral, a jurisprudência norte-americana não é tão receptiva à noção de princípio da proporcionalidade quanto a europeia e a sul-americana. V. COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. 2009. The Hidden Foreign Law Debate. In Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, The *San Diego Law Review*. 46:367.
- 12 TAVARES DA SILVA, Suzana. **Um Novo Direito Administrativo?** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 35: “Em primeiro lugar, destacamos a influência que os sistemas administrativos anglo-saxônicos passaram a exercer sobre os sistemas administrativos continentais no contexto do Estado Garantidor ou Estado pós-Social, imprimindo um caráter funcional às normas jurídico-administrativas, as quais passaram também a ter de se “fundamentar” em critérios de eficiência.”
- 13 Ainda que essencialmente francesa, mas com alguma influência do Direito norte-americano, veja-se, por exemplo, PEZ, Thomas. **Le Risque dans les Contrats Administratifs**. Paris: LGDJ, 2013.
- 14 Expressão cunhada por Cass Sunstein, e difundida no cenário norte-americano, acordos teóricos incompletos são espécies de deliberação em que os agentes acordam com o resultado sem, no entanto, concordar com a teoria mais geral que justifique a decisão. V. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- 15 Dados apresentados no Painel “O ensino jurídico, advocacia e sociedade”, da XXII Conferência Nacional dos Advogados Brasileiros, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil e ocorrida no Rio de Janeiro em 2014.

- 16 A informação foi obtida em: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Como se produz um jurista? O modelo português – Parte 6. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/direito-comparado-produz-jurista-modelo-portugues-parte#author>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- 17 A informação foi obtida no relatório que acompanha a avaliação trienal da Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Ensino Superior – CAPES –, órgão do Ministério da Educação responsável pela regulação dos cursos de mestrado e de doutorado no Brasil. Ele pode ser acessado em: <http://capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs_de_area/Direito_doc_area_e_comiss%C3%A3o_16out.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- 18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- 19 Este seria, quiçá, elemento de ligeira igualação entre perspectivas bastante desiguais.
- 20 Desenvolver em MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 432-434.
- 21 JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.
- 22 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- 23 Mas veja-se BOQUIMPANI, Bruno. **A autoregulação**: delineamento de um modelo policêntrico de regulação jurídica. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da UERJ como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Público. *Mimeo*, 2010. Dentre os clássicos, cf. NUSDEO, Fábio. Auto-Regulação em Direito Econômico. In: ACCIOLY, Elizabeth. (Org.). **Direito no Século XXI**: em homenagem ao Prof. Werter Faria. Curitiba: Juruá Editora, 2008, v. 1, p. 163-175.
- 24 Tão indistintamente compartilhada que se optou por não torná-la item à parte.
- 25 Indicando o “atraso relativo” da pesquisa em Direito em relação à área das ciências humanas, cf. NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. In: **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, jul. 2003, pp. 145-154. Em perspectiva diferente, v. FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A Pesquisa em Direito: Diagnóstico e Perspectivas. In: **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, Brasília: Capes, v. 2, p. 53-70, 2004.
- 26 Na academia jurídica norte-americana, especula-se que, em relação a alguns professores especialmente prestigiosos, em relação aos quais se cogitaria possível vaga na Suprema Corte, opere-se uma espécie de abrandamento de opiniões. Por estratégia, eles não adotariam visões extremadas em relação a temas política ou moralmente carregados. No Brasil, a cordialidade tem razões distintas: é técnica integral de sobrevivência, e não estratégia de ascensão à Suprema Corte. Contudo, é de se imaginar se, diante da polêmica na nomeação de Luiz Edson Fachin ao STF, haja sido transmitida a mesma mensagem aos pleiteantes às futuras vagas do Supremo: “defendam platitudes”. MAYERSON-SCHNEIDER, Anna. The Little Supremes. In: **Observer**. 14 nov. 2005. Disponível em: <<http://observer.com/2005/11/the-little-supremes>>. Acesso em: 9 jun. 2015.
- 27 Característica da fase é a obra de VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no Domínio Econômico**: o Direito Público Econômico no Brasil, de 1968. Há edição fac-similar da obra, publicada pela Renovar em 1998. O autor chama o que viria a ser consagrar como Direito Regulatório de “Direito Regulamentar.” O livro é bastante importante por seu aspecto descritivo. Outra obra que merece ser citada é a de Themistocles Brandão Cavalcanti, **Princípios gerais de Direito Público**, publicada originalmente pela editora Atlas (São Paulo) em 1946. O livro teve outras edições pela editora Borsoi.
- 28 “Por outro lado, o que vinha à lembrança quando se falava de regulação? Apenas uma modalidade de ato administrativo, destinado a reger o funcionamento da máquina estatal ao seu interior. Era o mínimo indispensável à execução de determinadas leis.” MOREIRA, Egon Bockman. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. In: **Revista Brasileira de Direito Público da Economia**, a. 11, n. 44. out./dez. 2013.
- 29 MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1959, t. 1, p. 93.
- 30 MOREIRA, Bockman. op. cit., p. 13.
- 31 A ANEEL foi criada pela lei federal n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996.
- 32 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas. p. 180.

- 32 No plano federal, depois da ANEEL, foi criada a ANATEL (lei n. 9.472/97), a ANP (lei n. 9.478/98), a ANVISA (lei n. 9.782/99), a ANS (lei n. 9.961/2000), a ANA (lei n. 9.984/2000), a ANTT e a ANTAQ (lei n. 10.233/2001), a ANCINE (MP n. 2.281/2001). Durante o governo Lula, foi criada a ANAC (lei n. 11.182/2005).
- 33 O marco para o processo de desestatização da economia brasileiro é anterior: é o Programa Nacional de Desestatização, criado pela lei federal n. 8.031/90.
- 34 Sobre agências reguladoras estaduais, - que não constituem o foco deste artigo -, v. CAVALCANTI, Bianor Scelza; PECIE, Alketa. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. In: **Revista de Administração Pública**. Fundação Getúlio Vargas, v. 34(5), set/out 2000, pp. 99-118. Ainda, NUNES, Edson. Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle. In: **Revista de Direito Público da Economia**, n. 2, abr./jun. 2003. pp. 163-220.
- 35 Dentre o grande número de obras, cite-se, apenas dentre os livros, os seguintes: JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Org.) **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (Há segunda edição, publicada em 2011.) SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. (Há nova edição de 2009.) BINENBOJM, Gustavo (Coord.) **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. FERREIRA MOTA, Paulo Roberto. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras: sua independência e o princípio do estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2002. LESSA MATTOS, Paulo Todescan. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- 36 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. **ABAR**. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/images/publicacoes/agencias-reguladoras.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- 37 GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 38 Boa parte das discussões sobre boas práticas regulatórias ocorrem no bojo de programas como o PRO-REG, Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, vinculado à Casa Civil da Presidência da República. Algumas agências reguladoras federais – a ANVISA e a ANS, por exemplo – lançaram manuais de boas práticas. Consultar em <www.regulacao.gov.br>.
- 39 Sobre o ponto, v., dentre outros, VALENTE, Patrícia Pessoa. **Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. “Governança e Análise de Impacto Regulatório”. In: **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, v. 36, 2011. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 426-431.
- 40 Para se ficar apenas sobre a discussão quantitativa do chamado “ativismo judiciário”, cf. o célebre estudo de POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- 41 Interessante experiência pode ser encontrada em ROMANO, Marcos Vinícius Bacellar. **Audiências públicas na ANEEL e o insulamento político institucional brasileiro**. Dissertação apresentada à Universidade Federal Fluminense como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2015. *Mimeo*.
- 42 Embora, é claro, se o estereótipo é suficientemente forte, ele próprio pode vir a ser fonte de práticas sociais. Portanto, se nossa representação estereotípica como povo “mestiço, sincrético” for muito intensa, pode ser que passemos a nos sentir desta forma, e, daí, a agir com base num padrão de expectativas tirado destas representações.
- 43 PRADO, Mariana Mota. **Presidential Dominance from a Comparative Perspective: The Relationship between the Executive Branch and Regulatory Agencies in Brazil**. In: ACKERMAN, Susan-Rose (Coord.) **Comparative Administrative Law**. Edward Elgar, 2010.
- 44 Algumas dessas indagações foram apresentadas anteriormente em prova de aula do concurso público para provimento do cargo de professor adjunto de Direito Administrativo da UERJ.
- 45 SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron**. In: **University of Chicago Law Review** 70(4): 1159-1202. 2003.

STAGES OF BRAZILIAN LEGAL STUDIES ABOUT ECONOMIC REGULATION^A

ABSTRACT:

At first, the paper examines three features of Brazilian legal studies about public regulation in economy: they are syncretic, uneven, and state-focused. Next, the three stages that Brazilian regulatory studies have had are presented: in the beginning, a “pre-historic” stage, when regulatory law was still not a consolidated field, and therefore broached through Constitutional and Administrative Law. Then, in the nineties, regulatory studies entered in a conceptual stage, focused on constitutional justification for normative powers of independent regulatory agencies. Nowadays, regulatory legal studies are mostly dedicated to assessing the quality of regulation. The article concludes by suggesting two lines of action to create a more original, proficuous legal debate on economic regulation.

Keywords: Administrative law. Economic Law. Regulation. Regulatory Agencies.

Submetido: 16 dez. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

COOPERAÇÃO JUDICIAL PENAL E INTEGRAÇÃO REGIONAL: TRATAMENTO NORMATIVO E INSTITUCIONAL NA UNIÃO EUROPEIA E NO MERCOSUL

Lucas Tavares Mourão*

Jamile Bergamaschine Mata Diz**

1 Introdução. 2 A cooperação judicial como instrumento de aprofundamento da integração. 3 A formação e o desenvolvimento dos mecanismos de cooperação judicial em matéria penal na União Europeia. 4 O Mercosul e a cooperação judicial penal: breve aproximação. 5 Conclusão. Referências

RESUMO

Há muito já se nota que um país que atue isolado no cenário global está fadado a mergulhar em crises contornáveis apenas mediante uma ação integrada dos diversos agentes internacionais. Dentre os problemas que surgem no espectro mundial hodierno, há aqueles que atingem a esfera penal além-fronteiras. Nessa esteira, o presente trabalho busca fazer um levantamento comparativo dos mecanismos de cooperação judiciária penal no âmbito da União Europeia e do Mercosul. Com o crescimento dos níveis de integração, houve o aumento no intercâmbio de pessoas, mercadorias e serviços, alinhado à progressiva supressão de fronteiras, o que trouxe o indesejável crescimento da criminalidade transfronteiriça. Destarte, os países que compõem um sistema de integração se viram obrigados a adotar políticas convergentes para reprimir os delitos interestatais e evitar as impunidades. A conclusão a que se chega é de que, apesar dos relevantes avanços já apresentados, as instabilidades e discrepâncias ainda existentes entre os membros de um mesmo processo de integração impedem uma cooperação mais eficaz, o que constitui sério problema, haja vista a crescente onda de criminalidade transnacional.

Palavras-chave: Integração. Cooperação Penal. Mercosul. União Europeia.

* Advogado em Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto pelo Desenvolvimento Democrático - Belo Horizonte/MG. E-mail: lucastmourao@gmail.com

** Catedrática Jean Monnet de Direito Comunitário. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Universidade de Itaúna-MG Brasil. Professora da FNH/BH. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Assessora Jurídica do Setor de Assessoria Técnica Secretaria do MERCOSUL - Montevideu (período: 2008-2009). Master em Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se, neste trabalho, analisar o fenômeno da integração, em particular a cooperação judicial como elemento para o fortalecimento da associação interregional. Nesse sentido, objetiva-se demonstrar como o desenvolvimento da cooperação entre os sistemas judiciais dos processos de integração entre os Estados do Cone Sul se reflete na criação de um sistema próprio de especial relevância para o cumprimento de decisões, atos e demais tipos de instrumentos gerados no âmbito judicial. Assume relevo, em especial, a análise de como a capacidade operativa e jurídica desse sistema pode dar ensejo – ou não – à concretização das finalidades que os Estados colocaram no contexto do impulso integrador.

Nesse viés, o estudo delineará a formação dos processos de integração sob uma ótica instrumental, baseada nos distintos mecanismos de cooperação gerados pela União Europeia, em maior medida, e pelo Mercosul. Atenção especial deve ser dedicada aos instrumentos criados pelo sistema europeu como marco de referência para os demais processos integradores. Esse destaque se deve à potencialidade que guarda a União Europeia como união monetária e econômica que ultrapassa os limites meramente comerciais que, até então, vinham sendo realizados pelos Estados em suas distintas relações exteriores. Uma abordagem crítica, tal como empreendida neste trabalho, tem o condão de colocar em discussão a importância da cooperação judicial para a integração regional, além de reforçar a necessidade de aprimoramento institucional e procedimental, de modo a efetivamente alcançar mecanismos eficientes, céleres e próprios para a concretização da justiça, e que se torne uma realidade cotidiana na vida dos Estados e de seus cidadãos.

A metodologia do trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de direito internacional e seu tratamento pelo direito da integração, em razão especialmente do caráter específico e singular da análise de um sistema jurídico marcado por um tipo determinado de relação interestatal, e que envolve temas relativos à cooperação judicial entre os atores. Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução da construção da institucionalidade compartilhada mediante a criação de sistemas comuns de decisão. Os métodos histórico e indutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema da institucionalidade no marco do processo de criação da própria associação interestatal sul-americana.

2 A COOPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE APROFUNDAMENTO DA INTEGRAÇÃO

Tem-se hoje, como se sabe, a presença de diversos processos de integração pelo globo, cada qual comportando a estrutura que lhe cabe, respeitando os limites econômicos, políticos, sociais e culturais dos Estados que os compõem e perseguindo fins que, embora possam ter uma origem comum, divergem se-

gundo as ambições e as potencialidades de cada região. É o que se percebe ao se colocar de um lado a União Europeia e, de outro, processos de integração mais incipientes e menos aprofundados, como o NAFTA, a ALCA e, no meio do caminho, o Mercosul.

Nesse cenário de intensificação dos processos integracionistas, pergunta-se, o que significa o termo “cooperação”, onde se enquadra e qual sua influência nas dinâmicas da integração?

Segundo Toffoli e Cestari¹, “cooperação pressupõe trabalho conjunto, colaboração. É nesse sentido que toda e qualquer forma de colaboração entre Estados, para a consecução de um objetivo comum, que tenha reflexos jurídicos, denomina-se cooperação jurídica internacional”. Na mesma coletânea, ensina Nádya de Araújo (2008, p. 40) ser a cooperação jurídica internacional o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado.

Por sua vez, Galvão de Souza² asseverou com eficácia ser a cooperação jurídica internacional “o auxílio prestado entre nações soberanas, para que o processo iniciado, a iniciar-se ou findo em um Estado, possa ter seguimento com a realização de ato jurídico por órgão jurisdicional ou mesmo administrativo de outro Estado”.

Segundo assevera o pesquisador da escola uruguaia, a cooperação reside na necessidade de os Estados aceitarem a aplicação da extraterritorialidade de atos e decisões judiciais como forma de garantir a realização da justiça sem depender do desenho geopolítico. Impedir-se-ia, assim, que as fronteiras internacionais se tornassem obstáculos intransponíveis à justiça.

Em outras palavras, a cooperação decorre da confiança das nações no processo jurisdicional que vai além das fronteiras nacionais, repercutindo em território alheio, “mas solidário na tutela da legalidade”, nas palavras de Leonardo Araújo Abimorad³.

Na outra esfera, levanta-se a doutrina de Mata Diz⁴, quando ensina que a aplicação de normas de integração ultrapassa a mera cooperação internacional, estipulando uma rede de instituições e seu próprio sistema legal.

Nesse sentido, Mariano e Mariano⁵ defendem que a integração regional é mais ampla que a cooperação, vez que pode resultar em novas unidades ou entidades políticas. Segundo esses autores, a integração atinge a sociedade como um todo, gerando interações que fogem ao controle estatal entre grupos de interesse e representantes das sociedades. Por outro lado, a cooperação pode ser uma estratégia contextualizada e ser abandonada de acordo com a conveniência, enquanto a integração é menos flexível.

Para Mata Diz e Penido Martins⁶, a integração é um estágio mais avançado, que pode ser alcançado a partir do desenvolvimento, por exemplo, da cooperação. Pode-se dizer de forma simplificada que a cooperação é um passo para o alcance da integração.

Enquanto a integração é mais ampla e rígida, abrangendo a sociedade envolvida como um todo, o sistema de cooperação denota maior flexibilidade e especificidade em determinado aspecto, que pode ser transitório ou permanente.

A diferença entre as duas noções fica mais evidente quando tomamos como parâmetro a União Europeia, que é o processo de integração mais avançado e complexo da atualidade, abordando diferentes vertentes políticas, econômicas e sociais. Por outro lado, dentro do sistema formado pela integração, há diversas formas de cooperação firmadas entre uns e outros Estados soberanos, almejando objetivos específicos entre eles. É o caso, por exemplo, da cooperação em matéria penal.

3 A FORMAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DOS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

O Tratado de Nice, mantendo o que já dispunha o Tratado da União Europeia, ambos em seu art. 31, prevê que a Cooperação Judiciária visa, dentre outros, a facilitar e acelerar a cooperação entre os ministérios e as autoridades judiciárias dos Estados Membros.

A ideia é de assegurar a compatibilidade das regras aplicáveis em cada Estado Membro, prevenir os conflitos de competência e adotar progressivamente medidas que instaurem regras mínimas aos elementos constitutivos das infrações e às sanções aplicáveis frente a diversos campos da criminalidade.

Instituíram-se, para tanto, procedimentos específicos, tanto no plano formal, quanto no pessoal ou material. São procedimentos que visam às demandas de cooperação, as quais são destinadas a uma autoridade judiciária especificamente designada, em busca da execução de determinados atos.

Por certo, os pedidos de assistência ou cooperação europeus se integram em um procedimento judicial que tem por objetivo a repressão de uma infração, mas seu aspecto transnacional também lhes confere um aspecto político, em necessária observância às soberanias nacionais.

Em princípio, esse controle político pode representar um óbice à celeridade do procedimento de assistência mútua, pois conserva uma regra de transmissão indireta do pedido de assistência à autoridade judiciária pela via ministerial. Contudo, como a exemplo dos art. 694 e 695-1 do Código de Processo Penal Francês, há situações em que o pedido de auxílio é simplificado, frente à necessidade de reprimir as infrações mais graves. Nessas situações, privilegia-se o aspecto Judiciário em detrimento do diplomático.

Com o incremento do espaço Judiciário europeu, houve a criação de autoridades europeias nele envolvidas, o que é uma inovação essencial, já que configura uma medida de suma importância para um combate mais eficiente à criminalidade transfronteiriça. Trata-se das Equipes Comuns de Inquérito e do Eurojust.

No que concerne às equipes comuns de inquérito, elas podem tanto intervir no Estado em que são compostas, quanto no estrangeiro. Suas condições de criação, contudo, não são unânimes entre os Estados; por exemplo, na França, sua criação está condicionada a um acordo prévio do Ministro da Justiça e ao consentimento dos Estados interessados, enquanto que na Espanha, a competência de sua instauração é do Ministro do Interior.

Na prática, as equipes são uma ferramenta resultante de acordos entre autoridades de variados Estados para conduzir em comum investigações relativas a infrações penais que tenham afetado esses países. Trata-se verdadeiramente de um trabalho de colaboração. O conjunto dos atos e das provas colhidos é válido nos procedimentos de todos os países parte no inquérito.

Vê-se, portanto, um engajamento baseado no reconhecimento mútuo. É este reconhecimento recíproco das decisões e das autoridades judiciárias que confere poderes aos agentes estrangeiros e facilita as perseguições. Portanto, diz-se que os objetivos primordiais das equipes é eliminar as fronteiras jurídicas e policiais, aproximar as autoridades judiciárias e evitar a sobrecarga dos modelos clássicos de cooperação

De outro lado, tem-se a Eurojust, que funciona como órgão da União Europeia dotado de personalidade jurídica e encarregado de facilitar a cooperação judiciária. Sua missão é lutar contra as formas graves de criminalidade transfronteiriça, permitindo a coleta, a gestão e o intercâmbio de informações.

Sua atuação é uma complementação da Rede Judiciária Europeia⁷, que é um canal de informações práticas entre as autoridades nacionais. A Eurojust completa igualmente o Organismo Europeu de Luta Contra a Fraude (OLAF), o qual consiste em uma autoridade administrativa, cuja missão é lutar contra a fraude aos interesses financeiros da União Europeia e investigar as violações de agentes e funcionários das comunidades. É frequente a participação do OLAF nas ações coordenadas pela Eurojust.

A Eurojust é, portanto, encarregada de promover e melhorar a coordenação e a cooperação entre as autoridades competentes dos Estados Membros da União Europeia em todos os inquéritos e perseguições relevantes de sua competência. Sua missão pode ser de coordenação e cooperação entre vários Estados Membros, mas também pode ser de suporte em inquéritos e perseguições que concernem tão somente a um Estado, individualmente.

No entanto, a Eurojust não tem competências próprias. Ela foi criada há doze anos como uma etapa importante rumo à criação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, mas não detém a competência para ela própria efetuar atos de inquérito ou de perseguição. Não se trata de um *parquet* europeu, mas de uma ferramenta de cooperação para coordenar a ação das autoridades nacionais que investigam ou se engajam na perseguição.

Em sua atuação, a Eurojust, por intermédio dos representantes nacionais, pode informar às autoridades nacionais o conhecimento de dados específicos e demandar-lhes que procedam à abertura de um inquérito ou que iniciem uma perseguição. Pode solicitar à autoridade de um Estado que denuncie as infrações às autoridades equivalentes de outro Estado Membro. Por fim, pode também solicitar que a autoridade instaure uma Equipe Comum de Inquérito.

Em linhas gerais, às principais autoridades envolvidas na cooperação interestatal, cumpre trazer à discussão as principais formas de cooperação em atividade na União Europeia. De início, cabe mencionar que a figura da extradição clássica foi perdendo sua expressividade nas relações entre os países do Velho Continente. Afinal, embora suas bases estejam voltadas a um sistema jurídico de colaboração internacional, não há um procedimento extradicional unificado, sendo a questão disciplinada pelo ordenamento interno de cada país.

Ao analisar o art. 2º da Convenção Europeia de Extradição, vê-se que podem dar causa à extradição todos os delitos punidos com uma pena ou medida de segurança privativa de liberdade com duração máxima não inferior a um ano. Já para o caso de execução de uma pena já aplicada, esta deve ter a duração mínima de quatro meses. Nesta última hipótese, a duração mínima é condição cumulativa com a prevista na primeira parte.

Pontos de maior polêmica da Convenção dizem respeito ao art. 3º, quando dispõe que quanto aos crimes políticos não poderá ser concedida a extradição, se o crime for dessa natureza, ou de natureza acessória a ela. Também o polêmico campo da extradição de nacionais, que é posta como uma faculdade das partes; no caso, é previsto que o Estado requerido que recusar a extradição de seu nacional deve, a pedido do Estado requerente, submeter o assunto às autoridades competentes em seu território, para que se instaure o procedimento criminal.⁸

Dos aspectos mais importantes da Convenção, contudo, é a determinação de que não será procedida à extradição se não houver garantia de que a pessoa solicitada seja julgada por tribunal que lhe assegure as garantias fundamentais, tanto processuais, quanto de proteção dos direitos de defesa. Para o Conselho Europeu, essas garantias, reconhecidas pela Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, podem motivar a recusa em extraditar alguém.

É ainda importante mencionar as Convenções de Bruxelas de 1995 e de Dublin de 1996, resultantes de uma política europeia de aumento da cooperação judiciária, em especial em matéria extradicional. No entanto, ambas foram quase totalmente substituídas pela decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu, sendo aplicadas somente nos casos em que este não pode ser utilizado.⁹

Sobre a primeira delas, a Convenção de Bruxelas de 1995, o mais importante a ser ressaltado é a introdução de um procedimento simplificado de entrega, que pode ser utilizado quando houver o consentimento do extraditando e a concordância do Estado requerido. Já a Convenção de Dublin de 1996 teve

maior relevo ao derogar o princípio da dupla incriminação¹⁰ em relação a tipos penais específicos, desde que puníveis com pena restritiva de liberdade com pena máxima não inferior a um ano, com base na legislação do Estado requerente; e que a associação para o crime ou conspiração pela qual se requer a extradição tenham como finalidade a prática de um ou mais dos delitos previstos na Convenção Europeia sobre a Repressão do Terrorismo, de 1977.

Com o tempo, a extradição passou a ser um procedimento excepcional, utilizado apenas entre países que veem o sistema judicial de seus pares com desconfiança. É um sistema lento, custoso e produz resultados incertos, em razão da grande discricionariedade que tem o Estado requerido na sua análise.¹¹ Tendo isso em vista, outras políticas vêm sendo exploradas, a exemplo do mandado de detenção europeu.

A Decisão-Quadro de 13 de junho de 2002 sobre o Mandado de Detenção Europeu trouxe um novo procedimento de entrega dos indivíduos procurados, com o objetivo de dar andamento aos procedimentos penais ou ao cumprimento de uma pena. O procedimento só se aplica, contudo, entre os Estados Membros da União Europeia, substituindo o procedimento clássico de extradição que, no entanto, subsiste em certos casos. Esse novo modelo trazido pela decisão-quadro é inteiramente judicial e visa principalmente a conceder mais celeridade aos processos de cooperação.

O mandado em referência corresponde à vontade de criar um sistema eficaz para substituir o procedimento clássico de extradição entre os Estados Membros da UE. Essa vontade foi concretizada após os atentados de 11 de setembro de 2001, com vistas a facilitar e a acelerar as perseguições. É instrumento de harmonização dos procedimentos dentro do espaço Judiciário europeu, para lutar contra a crescente criminalidade transnacional.

Cabe à autoridade judiciária a competência para endereçar à autoridade judiciária de outro Estado Membro o mandado de detenção, ou o executar sob sua demanda, o que revela um exemplo concreto de cooperação judiciária direta, com base no reconhecimento e no respeito mútuo.

Como dito antes, o mandado de detenção europeu é um procedimento de entrega aplicável unicamente entre os Estados Membros da UE, em substituição ao procedimento clássico de extradição. Quer dizer que um Estado não membro que demande a entrega de um indivíduo deve recorrer à extradição prevista em outras convenções internacionais, notadamente a Convenção do Conselho da Europa de 13 de dezembro de 1957, as regras de extradição do Acordo Schengen, dentre outras.

Entre os Estados Membros, o procedimento do mandado de detenção se aplica a certas condições relativas à infração. O mandado de detenção europeu pode ser emitido por fatos puníveis pela lei do Estado-Membro de emissão com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima não inferior a um ano, ou quando tiver sido decretada uma pena ou aplicada uma

medida de segurança por sanções de duração não inferior a quatro meses. Quando as condições estão reunidas, o Estado Membro não tem, necessariamente, de adotar esse procedimento, podendo preferir a entrega do indivíduo segundo o Processo Simplificado de Extradicação entre os Estados Membros da União Europeia, de 10 de março de 1995.

Pode-se utilizar, portanto, de um ou de outro meio entre os Estados Membros, e o procedimento de extradicação ordinária para os Estados não membros, ou seja, os que não fazem parte da União Europeia.

Em matéria de extradicação, é aplicado o Princípio da Dupla Incriminação, o que significa que é possível extraditar alguém, caso o fato pelo qual ele é perseguido for reprimido no Estado requerente e no requisitado. Esta regra permite uma harmonização das legislações penais dos Estados Membros. Não pode ser esquecida, contudo, a exceção apresentada pela Convenção de Dublin de 1996, abordada alhures.

No que pertine ao mandado de detenção, em princípio, o ato infracional no Estado de emissão também deve sê-lo no Estado de execução. Contudo, tal postulado não se aplica a alguns tipos de infração, desde que preencham duas condições: a primeira é de que os fatos sejam punidos pela lei do Estado de emissão com uma pena ou medida de segurança restritiva de liberdade superior ou igual a três anos; a segunda é de que os fatos façam parte das infrações consideradas como as mais graves.

Todavia, como dito em outro momento, a entrega dos indivíduos perseguidos pode ser recusada, desde que motivada. Os motivos que justificam a recusa se dividem em obrigatórios e facultativos e concernem, dentre outros, à entrega para perseguir ou punir alguém em razão de suas orientações políticas, ou para executar uma sanção contra uma pessoa nacional da parte requisitada. São motivos antigos que, tradicionalmente, impedem a extradicação.

Aponta-se ser o procedimento do mandado de detenção inteiramente Judiciário, permitindo o envio da pessoa procurada de uma autoridade judiciária a outra, evitando a via diplomática. É meio mais simples e rápido que a extradicação, mesmo a simplificada, e com duração média do procedimento muito inferior. Embora mais simples que a extradicação, o mandado europeu é mais completo, o que o torna extremamente útil para lutar contra a delinquência, antes que desapareçam seus vestígios, sendo assim, portanto, etapa significativa rumo à elaboração do Espaço Judiciário Europeu.

Cumprindo ainda abordar o ideário acerca da instauração de um Registro Criminal Europeu¹².

É de longa data a necessidade de um registro criminal europeu¹³, mas esse instrumento não é ainda uma realidade. O que existe são modelos similares, mas não centralizados, em que funciona uma cooperação judiciária com base em informações sobre o passado das pessoas perseguidas penalmente (Service do Casier Judiciaire National, 2013).

A existência de um registro criminal é importante, sobretudo, para aplicar eventualmente as regras de reincidência e, assim, agravar a repressão. Sua necessidade se mostra patente para garantir a liberdade de circulação das pessoas, e em razão do aumento da criminalidade transfronteiriça.

O problema subsistente, contudo, é a diversidade entre os sistemas nacionais que efetuam os registros. A autoridade que centraliza as informações varia segundo o país, podendo ser Ministro da Justiça, Ministro do Interior, ou mesmo a polícia. Em alguns casos, todas as condenações são mencionadas, já em outros, apenas aquelas mais graves constam no sistema. Em alguns casos, decisões que absolvem o indivíduo do ato ilícito são inseridas; noutros, até mesmo decisões de autoridades administrativas são recolhidas. Há discrepância também quanto ao acesso à informação, que pode ser mais ou menos limitada às autoridades judiciárias, administrativas ou políticas. Por fim, outro obstáculo é a diferença concernente ao tempo necessário para a prescrição; enquanto que em alguns países ela jamais ocorre, em outros, ela é automática após determinado decurso de tempo.¹⁴

Afora a dificuldade de compreensão da informação recebida dentro do quadro de cooperação entre as autoridades judiciais, esse projeto falhou em razão das dificuldades para ser posto em prática. É um instrumento que necessitaria de assistência logística complexa, com sistemas de manutenção, estocagem e acesso a informações, o que geraria custos demasiadamente elevados. Ademais, as liberdades fundamentais estariam em risco, haja vista a ampla circulação de dados pessoais¹⁵.

Contudo, a ideia de um verdadeiro registro europeu persiste, mas limitado a certos domínios, como na luta contra o crime organizado, por exemplo.

Atualmente, há duas grandes iniciativas em nível europeu, que concernem à facilitação do intercâmbio de informações entre os registros nacionais e ao índice de pessoas condenadas. São sistemas mais leves, simples e baratos, em que a informação é conservada em nível nacional e transmitida à autoridade nacional, que a mantém.¹⁶

O primeiro caso, de facilitação de troca de informações, é uma modernização do sistema da Convenção Europeia de Cooperação de 1959, ou seja, a Comissão Europeia reviu certos pontos para acelerar a colaboração entre os nacionais. É o caso, por exemplo, da regra que impõe aos Estados Membros o dever de lançar em seus registros tão somente as condenações ocorridas no exterior.

Já o índice tem a função de permitir às autoridades judiciárias de um Estado que constatem em quais outras localidades o indivíduo já tenha sido condenado. O índice contém indicações mínimas sobre o estado civil e o país no qual a pessoa foi condenada, quando presente um mínimo de harmonização das informações. Esse índice deve ser alimentado pelos registros dos Estados Membros, dentro de um formato padronizado e podendo conter informações complementares como a qualificação dos fatos.

Para além dos dois projetos supra mencionados, existe na prática uma interconexão de registros nacionais, mas somente entre quatro Estados: França, Alemanha, Bélgica e Espanha. Esse sistema permite a transmissão de informações entre as partes por meio de um servidor que recebe e centraliza as demandas e as informações. É um sistema inteiramente informatizado e que facilita a conservação dos dados relativos a condenações em cada Estado. Trata-se de uma modernização da ideia de 1959, com obtenção de dados de forma rápida, a partir de intercâmbio bilateral entre as partes.¹⁷

Por melhor que seja no momento, o exemplo existente entre os quatro membros tem muito a se aperfeiçoar. Ele exige um suporte único de comunicação de informações, assim como um apoio logístico para a transmissão de informações, visto existirem discrepantes diferenças jurídicas entre as partes, o que dificulta a exploração dos dados e das fichas de condenação. Para tanto, intervêm membros das autoridades judiciárias, assim como técnicos em informática e linguistas especializados em Direito Penal.

Não se trata de um verdadeiro registro criminal europeu, mas já é um modelo próximo do que se pretende com uma interconexão ampliada a todos os países membros.

4 O MERCOSUL E A COOPERAÇÃO JUDICIAL PENAL: BREVE APROXIMAÇÃO

Conforme acentua Nádya de Araújo,¹⁸ a legislação que regulamenta a cooperação jurídica internacional é fragmentada. No caso dos países membros do Mercosul, cuidam da cooperação jurídica internacional as normativas internas e os inúmeros diplomas de origem internacional, como convenções multilaterais, regionais e bilaterais.

Em se tratando de acordos multilaterais, há três convenções firmadas com a chancela da ONU, voltadas ao combate à criminalidade transnacional, que merecem destaque no presente estudo, em especial por terem sido incorporadas pelos Estados componentes do Mercosul. São elas as Convenções de Viena, Palermo e Mérida.

A primeira delas, a *Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, aprovada em Viena no ano de 1988, tinha como principal objetivo o fortalecimento dos meios jurídicos para fomentar a cooperação internacional em matéria penal, com vistas ao combate às atividades criminosas internacionais decorrentes do tráfico ilícito de drogas.

Uma importante consequência dessa Convenção foi o compromisso internacional assumido pelos países de criminalizar a lavagem de dinheiro decorrente do tráfico de drogas. Desde então, os países passaram a editar leis sobre esse tema.¹⁹

Já no ano de 1999, foi celebrada em Palermo, Itália, a *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*, entrando em vigor em 2003²⁰.

É o principal mecanismo existente, no cenário internacional, atinente a crimes de grande complexidade, cometidos por um grupo criminoso organizado, com área de abrangência global.

A Convenção de Palermo estabelece que os Estados devem criminalizar diversas condutas que estão intimamente ligadas ao crime organizado internacional, tais como a participação em grupo criminoso organizado, corrupção e lavagem de dinheiro, sendo este último o objetivo global para a manutenção da segurança internacional.

Por fim, aborda-se a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção* de 2003, firmada em Mérida (México), que entrou em vigor internacionalmente em dezembro de 2005. Consiste no primeiro tratado multilateral direcionado para as questões decorrentes da corrupção, cujo conteúdo permite embasar um pedido de cooperação internacional ou de recuperação de ativos²¹, objetivando “a promoção, a facilitação e o apoio à cooperação internacional e à assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos”, conforme disposto no artigo primeiro.²²

Feita essa análise das principais Convenções regulamentadoras da cooperação penal em nível internacional²³, passa-se a um estudo dos acordos em nível regional, em especial àqueles que são adstritos ao âmbito dos membros do Mercosul, exclusivamente. Referidos textos são primeiramente utilizados como substrato para embasar um pedido de cooperação internacional entre os Estados componentes do grupo.

Salienta-se a importância dos tratados regionais frente aos multilaterais, pois que estes dizem respeito a condutas específicas, sendo enquadrados como “criminalizantes” (tipificam as condutas de tráfico ilícito de entorpecentes, crime organizado transnacional e corrupção, por exemplo). Por outro lado, os tratados regionais são generalistas.²⁴

Em âmbito mais restrito que as Convenções acima trabalhadas, trazem-se à baila os frutos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em especial a *Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal*, feita em maio de 1992 na cidade de Nassau, Bahamas, e vigente nos Estados Partes do Mercosul.

A Convenção da OEA, que se baseia na Carta da Organização dos Estados Americanos, estabelece como propósito essencial dos Estados americanos buscar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os membros. Salienta que a adoção de regras comuns no campo da assistência mútua, em matéria penal, contribuirá para esse propósito.²⁵

Apresenta ainda, em seu artigo primeiro, que os Estados-Partes se comprometem a prestar assistência mútua em matéria penal em investigações, processos e procedimentos referentes a delitos cujo conhecimento seja da competência do Estado requerente no momento em que solicitar a assistência.

Há, ainda, outras formas de cooperação além da efetuada por meio de tratados. É o exemplo, no âmbito da OEA, da Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação, fruto da deliberação da V Reunião de Ministros da Justiça da OEA, realizada em 2004, na cidade de Washington (EUA). Nela, foi estabelecido um mecanismo de correio eletrônico seguro que possibilita a troca de documentos e o compartilhamento de espaços de trabalho destinados ao desenvolvimento conjunto de assuntos de interesse comum.²⁶

Ainda no âmbito latino americano, existe a Rede Ibero-Americana de Cooperação Jurídica (IberRede), instituída em 2004, com objetivo de aperfeiçoar a cooperação jurídica em matéria civil e penal entre os países membros, bem como estabelecer sistema de informações sobre seus diferentes sistemas jurídicos. A IberRede é composta pelos Estados que participam das Cúpulas Ibero-Americanas de Chefes de Estado e de Governo, que, além dos países latino americanos, engloba também Portugal e Espanha.²⁷

Enfim, cabe apresentar os acordos firmados estritamente entre os membros do Mercosul com vistas à cooperação jurídica em matéria penal.

Em primeiro lugar, cumpre mencionar o *Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Cível, Comercial, Trabalhista e Administrativa*, feito em Las Lenãs no ano de 1992. Dito instrumento possibilitou o requerimento de homologação de sentença no Mercosul, via carta rogatória.²⁸

Esse protocolo, no entendimento de Cervini e Tavares²⁹, contém uma isolada, mas relevante disposição, que representa um verdadeiro marco de avanço dentro da cooperação penal. Trata-se do artigo 18 que, em sua parte final, “abarca também o reconhecimento e execução de sentenças ditadas em matéria de reparação de danos e restituição de bens pronunciados em jurisdição penal”.

Outro tratado que vale a pena mencionar é o *Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais*, celebrado entre Brasil e Uruguai, no ano de 1992, em Montevideu. A relevância deste instrumento reside em prever uma cooperação jurídica penal destinada a instruir investigação ou um processo penal, além de se constituir verdadeiro embrião para o Protocolo de São Luis, de 1996.³⁰

O *Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul*, firmado na cidade argentina de São Luis, em 1996, afirma o papel da cooperação penal como um instrumento para aprofundar o processo de integração, bem como reconhece a gravidade das atividades criminosas transnacionais e a dificuldade que pode surgir para a condução de investigações diante da existência de provas situadas em diferentes Estados.³¹

Esse instrumento tem por objetivo eliminar as barreiras burocráticas impostas pelas prerrogativas estatais, de modo a constituir um mecanismo de cooperação penal direta, no âmbito do Mercosul.

O Protocolo de São Luis, assim como a Convenção de Nassau, fomentam a assistência mútua em matéria penal e possuem mecanismos interessantes, tais como o dever de prestar assistência independente de haver dupla incriminação³², mas que não substituem ou simplificam o processo de extradição. Ressalta-se, por fim, que os dois documentos colocam a assistência não como uma faculdade, mas como um dever.

Ademais, em conformidade ainda com a ideia dos dois documentos supra mencionados, encontra-se o *Acordo sobre Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul*, de 1998, donde destaca-se ser, em regra, possível extraditar nacionais, ressalvadas as hipóteses em que existe disposição constitucional contrária. Nesse caso, o Estado que denegar a extradição ao requerente deverá promover o julgamento do indivíduo, informar periodicamente sobre o andamento processual e remeter cópia da sentença proferida.³³

Cumpra ainda falar um pouco do Mandado de Captura do Mercosul, inspirado no Mandado de Detenção Europeu. Trata-se de um instrumento para simplificar o procedimento de extradição tradicional no âmbito mercosulino, incluindo os Estados associados³⁴, como ocorre com o correspondente da União Europeia.

A definição do mandado de captura é bem similar à do mandado de detenção europeu. Consiste em uma decisão judicial que determina a entrega de uma pessoa para responder a uma ação penal em curso ou para cumprir pena. Há, contudo, diferenças entre os dois institutos, como o fato de o Acordo relativo ao Mercosul ser bem mais restrito, já que apenas estão abrangidos os crimes contidos em convenções internacionais ratificadas pelo Estado emissor e pelo Estado executor do mandado.³⁵ A regra aplicável aos crimes comuns continua sendo os Acordos sobre Extradicação vigentes entre os Estados, como o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul, ou tratados bilaterais sobre o assunto.

Destacados quais os principais diplomas legais que regulam a cooperação judiciária em matéria penal entre os países do Mercosul, cumpre trazer à tona os mais tradicionais instrumentos da cooperação e como eles são usados quando solicitada a cooperação com base nos textos legais existentes e aqui apresentados.

O primeiro instrumento a que se faz menção é a *Carta Rogatória*, um dos mecanismos mais antigos de cooperação jurídica entre Estados, que representa um pedido formal de auxílio para a instrução do processo, feito pela autoridade judiciária de um Estado a outro. Segundo ensina Nádia de Araújo³⁶, as cartas rogatórias destinam-se ao cumprimento de diversos atos, como citação, notificação e cientificação, denominados ordinatórios ou de mero trâmite; de coleta de prova, chamados instrutórios; e, ainda, os que contêm medidas de caráter restritivo, chamados executórios. É o veículo de transmissão de qualquer pedido judicial, podendo ser de caráter cível ou penal.

Todos os conceitos de carta rogatória deixam expressa a natureza jurisdicional deste instrumento, ou seja, uma comunicação entre órgãos jurisdicionais de Estados diferentes.

Outra modalidade de cooperação jurídica é a *Homologação de Sentença Estrangeira*, mediante a qual se confere eficácia em território nacional a decisões judiciais exaradas em solo estrangeiro. Corresponde ao grau máximo de cooperação, pois reconhece a eficácia de uma decisão de outro Estado. É um ato definitivo, que movimenta o aparato coercitivo do Estado requerido sobre o indivíduo a quem é voltada a sentença.³⁷

Distingue-se da carta rogatória, pois enquanto esta se presta essencialmente ao reconhecimento e cumprimento de decisões interlocutórias da justiça estrangeira, a homologação se destina ao reconhecimento autônomo da decisão judicial de caráter definitivo.³⁸

Em sua obra, Galvão de Souza fez importante levantamento do processo de homologação de sentença entre os membros do Mercosul, quando em comparação com países terceiros:

Outro poderá ser o procedimento para nacionalização, quando esta decisão for oriunda de um dos países que compõe o Mercosul. Isto porque o Protocolo de Las Leñas simplificou bastante o procedimento de homologação de sentença estrangeira no âmbito do Mercosul, permitindo que o procedimento se dê por carta rogatória dirigida por órgão jurisdicional estrangeiro direto ao Superior Tribunal de Justiça, via autoridade central, sem a necessidade de propositura de ação de homologação de sentença estrangeira diretamente no Brasil pela parte interessada.

A simplificação do procedimento de homologação de sentença estrangeira por meio da carta rogatória no âmbito do Mercosul também implica na simplificação dos requisitos formais, especialmente a necessidade de comprovação da autenticidade da decisão e dos documentos que a acompanha, uma vez que este requisito é dispensado no trâmite das cartas rogatórias via autoridade central.

Portanto, no Brasil, a partir do Protocolo de Las Leñas, são dois os procedimentos para homologação de sentença estrangeira, dependendo do país de origem da decisão que pretende ser nacionalizada. Se a decisão é proveniente de um dos Estados Partes do Mercosul, o procedimento pode ser simplificado pela carta rogatória, podendo o interessado iniciar a execução da sentença em seu país de origem, requerendo o juiz da execução, por meio de carta rogatória e via autoridade central, que os atos executórios necessários à continuação do processo possam se realizar no Brasil [...]; se, no entanto, a decisão a ser homologada for de origem estranha ao bloco do Cone Sul, a ação de homologação de sentença estrangeira tem que ser proposta por um dos interessados, junto ao Superior Tribunal de Justiça, observando-se a forma tradicional.³⁹

Um terceiro instrumento de cooperação que vale a pena abordar é a *Extradicação*, definida por Celso de Albuquerque Mello como o “ato por meio do

qual o indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente, a fim de processá-lo e puni-lo”⁴⁰.

A extradição é contemplada em inúmeros tratados internacionais, mas, mesmo na ausência de instrumento internacional, poderá também ser solicitada com base no princípio da reciprocidade.

Toffoli e Cestari⁴¹ abordam ainda, como instrumento de cooperação, a *Transferência de Presos*, que consiste na remoção de um indivíduo condenado em um Estado para cumprir pena no território de seu Estado de origem. Tem natureza humanitária, uma vez que pretende contribuir para a reintegração social do apenado junto ao seu ambiente familiar. No mesmo rumo, a *Transferência de Processos*, apresentada pelos mesmos autores retro e prevista, por exemplo, na Convenção da ONU sobre Crime Organizado. Esse instrumento visa a viabilizar o deslocamento de um procedimento penal, já instaurado na jurisdição de um Estado, para outro Estado também competente para processar e julgar aquele ato sempre que o traslado for benéfico ao trâmite do processo.

Nádia de Araújo⁴², por sua vez, levanta a *Informação do Direito Estrangeiro e Pedido de Informações*, quando há a cooperação para a informação sobre o direito nacional vigente em um determinado Estado para uso judicial em outro Estado, podendo o pedido ser feito sob a forma judicial ou meramente administrativa. No Mercosul, por exemplo, o Protocolo de Las Leñas prevê que esse tipo de informação pode ser enviada diretamente pela Autoridade Central designada.

Assemelha-se, este último método, ao novel *Auxílio Direto*, último dos instrumentos a ser analisado e que surgiu diante da necessidade de se criarem mecanismos ainda mais arrojados de colaboração, em especial, porque os modelos clássicos já se mostravam insuficientes.

O auxílio direto é a cooperação efetuada entre Autoridades Centrais de países parte de convenções internacionais, com previsão para essa modalidade de cooperação. Nos dizeres de Loula, é um:

[...] procedimento inteiramente nacional, que começa com uma solicitação de ente estrangeiro para que um juiz nacional conheça de seu pedido como se o procedimento fosse interno. Ou seja, a autoridade ou parte estrangeira fornece os elementos de prova para a autoridade central que encaminha o caso para o MPF (penal) ou AGU (civil) propor a demanda desde o início.⁴³

Como se percebe, trata-se de um procedimento inteiramente nacional, desde sua origem ao término. É proposto internamente pelo órgão competente e sujeito ao crivo e julgamento do juiz nacional, mediante um requerimento estrangeiro via autoridade central. Não é, portanto, uma decisão judicial, mas requerimento da parte interessada, seja particular ou autoridade administrativa, que se submeterá à decisão do juiz nacional.

Explicação mais didática confere Galvão de Souza ao escrever que:

Ao contrário do que ocorre nos mecanismos tradicionais de cooperação, onde o pedido de cooperação enseja apenas um procedimento, o auxílio direto origina obrigatoriamente dois procedimentos. O primeiro deles nasce com o pedido de cooperação lavrado pela autoridade requerente e, após análise e seguimento pelas autoridades competentes, chega às autoridades do país requerido para formar o procedimento internacional do auxílio direto. Em busca do atendimento do pedido, devem tais autoridades buscar o início do procedimento pertinente, que pode ser judicial ou administrativo. Este segundo é um procedimento nacional, portanto. Assim é que o auxílio direto, na verdade, forma-se a partir da junção de dois procedimentos específicos e separados: o procedimento internacional, também chamado genericamente de pedido de cooperação ou pedido de auxílio jurídico (este último especialmente no auxílio direto em matéria penal) e o procedimento nacional. O procedimento nacional, por sua vez, pode ser um processo administrativo, um incidente processual judicial específico [...] ou uma ação judicial.⁴⁴

O auxílio direto em caráter penal é utilizado, em regra, quando um Estado, a fim de subsidiar procedimento em trâmite em seu próprio território, necessita de providência judicial a ser obtida em outra jurisdição. Como a rapidez na obtenção da prova é indispensável, o auxílio direto se torna o instituto mais adequado para a consecução do pedido.⁴⁵

A grande diferença do auxílio direto para os principais mecanismos de cooperação (carta rogatória e homologação de sentença) consiste em que, no auxílio, não existe nenhuma decisão judicial estrangeira a ser cumprida ou reconhecida. O que existe é a produção de uma decisão que é nacional, apenas provocada pela parte estrangeira.

O surgimento do auxílio direto como forma de cooperação mais versátil e compatível com a era atual foi uma das saídas encontradas para dar vazão à grande demanda de auxílio mútuo entre não somente os membros do Mercosul, mas os Estados de todo o mundo.

Finalmente, como foi aqui analisado, vários são os mecanismos trazidos pelas convenções, acordos e tratados firmados pelos Estados Partes do Mercosul relativos à cooperação judicial em matéria penal. Não obstante, ainda há pontos controversos e suscetíveis de serem aperfeiçoados, como a necessidade de criação de órgãos próprios e específicos para fomentar a cooperação nesta área tão importante para a estabilidade do processo de integração.

5 CONCLUSÃO

Balizados pelo respeito às soberanias próprias, assim como à ordem interna, os Estados passaram a se juntar em torno de diferentes formas de in-

tegração ou cooperação seja por motivos de subsistência ou estratégia militar, a História é repleta de casos em que os países optaram por atuar em conjunto de forma cooperativa.

É de se esperar que a cooperação entre os Estados para combater os delitos que ultrapassam as fronteiras nacionais seja tanto mais complexa quanto maior for o grau de integração entre os países. De outro modo não poderia ser, pois que a complexidade inerente a uma integração mais avançada demanda maior grau de conexão entre diferentes agentes estatais. Assim é que se explica a União Europeia ter um sistema de cooperação judiciária penal mais concatenado que o Mercosul. Afinal, enquanto este último surgiu no início da década de 1990, aquele outro deu seus primeiros passos de grande relevância já em meados do século XX.

Um problema que ainda subsiste é o fato de que, enquanto a criminalidade cresce desmedidamente, o avanço nas formas de cooperação depende das instituições dos diversos Estados. Como ainda são muitas as discrepâncias em matéria constitucional, penal, processual e mesmo policial entre os membros de um mesmo grupo, os avanços em matéria de investigação, persecução e repressão ocorrem de forma tímida.

Soma-se a isso o despreparo dos operadores do direito para lidar com o direito estrangeiro. A tradição, em especial nos países do Mercosul, em se voltar somente à jurisdição interna, torna os juristas cegos frente aos instrumentos externos e internacionais, o que atabalhoa de forma flagrante as possibilidades de cooperação.

Da mesma forma, a inflação legislativa com a adoção de distintas normas e atos jurídicos e/ou administrativos sobre o assunto contribui para que o sistema de cooperação internacional seja ainda tão falho. Nos dois grupos estudados, mas em especial no sul americano, as legislações que regulam o tema são esparsas e com grande interstício temporal entre elas. A falta de um elemento normativo centralizado e contemporâneo às práticas criminais da atualidade dá azo a uma incerteza e a um despreparo consideráveis no tocante à matéria. Vemos que, na União Europeia, os instrumentos de cooperação passam por constantes reformas frente às novéis realidades. O mesmo não pode ser dito do Mercosul, que ainda se mostra perdido e muitas vezes inerte frente às demandas que se apresentam.

Para se chegar a um modelo de cooperação judiciária penal que possa combater com eficácia a criminalidade transfronteiriça, cada vez mais acentuada, urge a necessidade de um melhor preparo dos operadores do direito, para que tenham condições de manejar de forma adequada os instrumentos internacionais de cooperação.

Também é imperioso que os sistemas de integração, assim como os Estados que os compõem, busquem elaborar um sistema normativo único e abrangente, abarcando as formas de cooperação entre eles. Se assim não se proceder, continuará a viger a ineficiência na concretização da justiça, em decorrência de instrumentos díspares e ainda pouco utilizados, além de antiquados, ligados a necessidades de outrora, sendo que as demandas hodiernas já são outras, muito mais complexas.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádía. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. Brasília: Artcor Gráfica e Editora Ltda., 2008.
- BRASIL. **Decreto nº 154** de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.
- _____. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.
- _____. **Decreto nº 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.
- _____. **Decreto nº 6.340**, de 3 de janeiro de 2008. Promulga a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, assinada em Nassau, em 23 de maio de 1992, e seu Protocolo Facultativo, assinado em Manágua, em 11 de junho de 1993.
- _____. **Decreto nº 6.891**, de 2 de julho de 2009. Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Mercosur. Orígen, Fundamentos, Normas y Perspectivas**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- ESTRASBURGO. 20 de abril de 1959. **Convention Européenne d'Entraide Judiciaire en Matière Pénale**.
- _____. 27 de janeiro de 1977. **Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme**.
- FOZ DO IGUAÇU. 16 de dezembro de 2010. **MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 48/10**. Acordo sobre Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados.
- FRANÇA. **Lei nº 57-1426** de 31 de dezembro de 1957. Institui o Código de Processo Penal Francês.
- JOANNIN, Pascale. *Le casier judiciaire européen: quelles perspectives?* Paris. **Fondation Robert Schuman**, 2006. Disponível em: <<http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0019-le-casier-judiciaire-europeen-quelles-perspectives>>. Acesso em: mar. 2014.
- KLUG, Augusta Carla. **A extradição de nacionais entre Estados-Membro da União Europeia**. Florianópolis: UFSC, 2009.

LUXEMBURGO. 2002/584/JAI: Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros - Declarações de alguns Estados-Membros quando da aprovação da decisão-quadro.

MARIANO, Marcelo Passini; MARIANO, Karina L. Pasquariello. As teorias de integração regional e os Estados subnacionais. **Impulso**. Piracicaba, Ed. Unimep, 2012, v. 13, n. 31, pp. 1-179.

_____; MARTINS, Thiago Penido. A integração interestatal e as transformações nos elementos essenciais para a definição de Estado. In: **Anais do XXIV Congresso do Conselho Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Direito - CONPEDI**. Aracaju, 2015 (no prelo).

NICE. 26 de fevereiro de 2001. **TRATADO DE NICE** que altera o Tratado da União Europeia, os tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns atos relativos a esses tratados.

PARIS. 13 de dezembro de 1957. **Convention Européene d'Extradition**.

ROMA. 04 de novembro de 1950. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**.

SERVICE du Casier Judiciaire National. **Le casier judiciaire**. Nantes: France Diplomatie, 2013. Disponível em: <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/comment-adopter-a-l-etranger/les-fiches-pratiques-pour-adopter/article/le-casier-judiciaire>. Acesso em março de 2014.

SOUZA, Gustavo Henrique Galvão de. **A cooperação jurídica no Mercosul: análise das cartas rogatórias trocadas entre Brasil e Uruguai e o papel do superior tribunal de justiça**. Montevideu: Universidad de la Empresa, 2014.

TOFFOLI, José Antônio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. Brasília: Artector Gráfica e Editora Ltda, 2008.

TROTTA, Sandro Brescovit; FERREIRA, Luciano Vaz. Cooperação jurídica internacional em matérias penal: contornos históricos. **Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, janeiro-junho 2013, v. 5, n. 1, p. 1-14.

VENANCIO, Daiana Seabra. Mercosul e o Combate à Criminalidade Transnacional: um Estudo dos Instrumentos de Cooperação Judiciária em Matéria Penal. In: Seminário Brasileiro de Estudos Estratégicos Internacionais, 2013, Porto Alegre. **Anais 2013**, Porto Alegre: UFRGS, 2013.

- 1 TOFFOLI, José Antônio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. Brasília: Artector Gráfica e Editora Ltda, 2008, p. 23.
- 2 SOUZA, Gustavo Henrique Galvão de. **A cooperação jurídica no Mercosul**: análise das cartas rogatórias trocadas entre Brasil e Uruguai e o papel do superior tribunal de justiça. Montevideu: Universidad de la Empresa, 2014, p. 37.
- 3 ABIMORAD, Leonardo Araújo. A cooperação judiciária de direito internacional como fórmula para resolver conflitos entre particulares no Mercosul, apud SOUZA, loc. cit.
- 4 DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Mercosur. Orígen, Fundamentos, Normas y Perspectivas**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 29.
- 5 MARIANO, Marcelo Passini; MARIANO, Karina L. Pasquariello. As teorias de integração regional e os Estados subnacionais. **Impulso**. Piracicaba, Ed. Unimep, 2012, v. 13, n. 31, pp. 1-179, p. 50.
- 6 DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; MARTINS, Thiago Penido. A integração interestatal e as transformações nos elementos essenciais para a definição de Estado. In: **Anais do XXIV Congresso do Conselho Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Direito – CONPEDI**. Aracaju, 2015 (no prelo).
- 7 A RJE é, por sua vez, um instrumento que permite o conhecimento jurídico regional, podendo ser utilizado pelos estrangeiros para, por exemplo, identificar as autoridades locais competentes para receber uma carta rogatória.
- 8 KLUG, Augusta Carla. **A extradição de nacionais entre Estados-Membro da União Europeia**. Florianópolis: UFSC, 2009, p. 21.
- 9 *Ibid.*, p. 26.
- 10 Como sugere o nome, o Princípio da Dupla Incriminação estabelece que a extradição só poderá ser concedida para fatos punidos tanto na legislação do Estado requerente, quanto do Estado requerido.
- 11 KLUG, op. cit., p. 29.
- 12 A expressão é tradução livre do termo francês “*casier judiciaire européen*”, mas poderia ser adotada também a tradução como “ficha criminal europeia”.
- 13 Tratar-se-ia de um registro criminal informatizado em que são inscritas as condenações penais. Ficaria incumbido de centralizar e conservar todas as condenações penais contra uma pessoa.
- 14 PASCALE, op. cit.
- 15 *Ibid.*
- 16 *Ibid.*
- 17 *Ibid.*
- 18 ARAÚJO, Nádia. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. Brasília: Artector Gráfica e Editora Ltda., 2008, p. 42.
- 19 VENANCIO, Daiana Seabra. Mercosul e o Combate à Criminalidade Transnacional: um Estudo dos Instrumentos de Cooperação Judiciária em Matéria Penal. In: **Seminário Brasileiro de Estudos Estratégicos Internacionais, 2013, Porto Alegre. Anais 2013**, Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 4.
- 20 O primeiro passo para a sua formação ocorreu em 1997 com a criação do Centro Internacional para a Prevenção do Crime (CICP) como parte do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). Em 1988, por determinação da Resolução nº 53/111, da Assembleia Geral das Nações Unidas, o comitê de trabalho para elaborar uma convenção internacional de combate à criminalidade transnacional foi instituído. Em 1999, em Palermo (Itália), houve conferência para a análise do texto preparado por esse comitê, sob o título de Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que ficou conhecida como Convenção de Palermo. Finalmente, na Assembleia Geral do Milênio, em 15 de novembro de 2000, na cidade de Nova York, a Convenção foi adotada pelas Nações Unidas, entrando em vigor aos 29 de setembro de 2003.
- 21 Os instrumentos mais comuns com que são feitos os pedidos de cooperação serão apresentados em um momento posterior no presente trabalho.
- 22 VENANCIO, op. cit., p. 04.
- 23 Todas as Convenções e Protocolos até então trabalhados estão em vigor entre os países do Mercosul, de maneira que fazem parte dos instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal.
- 24 TROTTA, Sandro Brescovit; FERREIRA, Luciano Vaz. **Cooperação jurídica internacional em matérias penais: contornos históricos. Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, janeiro-junho 2013, v. 5, n. 1, pp. 1-14, p. 12.
- 25 *Ibidem.*, p.13.

- 26 VENANCIO, op. cit., p. 06.
27 Ibidem.
28 TROTТА; FERREIRA, op. cit., p. 09.
29 CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p. 88, *apud* TROTТА; FERREIRA, *loc. cit.*
30 TROTТА, Sandro Brescovit; FERREIRA, Luciano Vaz. Cooperação jurídica internacional em matérias penal: contornos históricos. **Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, janeiro-junho 2013, v. 5, n. 1, pp. 1-14, p. 9.
31 VENANCIO, op. cit., p. 7.
32 Cf. art. 5º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e art. 1º, item 5 do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais.
33 VENANCIO, op. cit., p. 8.
34 Ainda não houve, contudo, ratificação do Acordo por nenhum Estado, não existindo previsão para que entre em vigor.
35 VENANCIO, op. cit., p. 9.
36 ARAÚJO, op. cit., p. 43.
37 SOUZA, op. cit., p. 45.
38 TOFFOLI; CESTARI, op. cit., p. 25.
39 SOUZA, Gustavo Henrique Galvão de. **A cooperação jurídica no Mercosul: análise das cartas rogatórias trocadas entre Brasil e Uruguai e o papel do superior tribunal de justiça**. Montevideu: Universidad de la Empresa, 2014, p. 45.
40 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 169, *apud* TOFFOLI; CESTARI, *Loc. cit.*
41 TOFFOLI; CESTARI, op. cit., p. 26.
42 ARAÚJO, op. cit., p. 45.
43 LOULA, Maria Rosa. Auxílio Direto em Matéria Civil: Novo Instrumento Brasileiro de Cooperação Jurídica Internacional. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007, *apud* ARAÚJO, Nádia. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. Brasília: Artecor Gráfica e Editora Ltda., 2008, p. 45.
44 SOUZA, op. cit.
45 TOFFOLI; CESTARI, op. cit., p. 27.

JUDICIAL CRIMINAL COOPERATION AND REGIONAL INTEGRATION: REGULATORY AND INSTITUTIONAL TREATMENT IN THE EUROPEAN UNION AND MERCOSUR

ABSTRACT

It has long been noted that a country that acts alone in the world is bound to plunge into crisis that are avoidable through an integrated action of the various international actors. Among the issues that arise in today's global spectrum, there are those that reach the criminal sphere across borders. On this track, this study seeks to make a comparative survey of criminal judicial cooperation mechanisms within the European Union and Mercosur, as well. With the growth of levels of integration, there was

an increase in the exchange of people, goods and services, aligned to the progressive abolition of borders, which brought undesired growth of cross-border crime. Thus, countries that make up an integration system were forced to adopt convergent policies to crack down interstate crimes and prevent impunity. The conclusion reached is that, despite the significant progress already made, the instabilities and discrepancies between members of the same process of integration prevent more effective cooperation, which is a serious problem, given the rising in transnational crime.

Keywords: Integration. Penal Cooperation. Mercosur. European Union.

Submetido: 19 out. 2015
Aprovado: 5 jan. 2016

SIMPLIFICAÇÃO CONTÁBIL PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Marcelo D. Varella*
Clarice Gomes de Oliveira**
Cleise Martins Costa***
Michelle Messere****

Introdução. 1 Os padrões internacionais de contabilidade. 2 Marco legal brasileiro para contabilidade de empresários e a realidade das micro e pequenas empresas. 3 Competência do Conselho Federal de Contabilidade para normatizar a contabilidade para micro e pequenas empresas. 4 Determinações do Conselho Federal de Contabilidade para micro e pequenas empresas. 5 Necessidade de simplificação do modelo de escrituração para MPES. 5.1 Escrituração diária ou mensal. 5.2 Regime de competência ou de caixa. 5.3 Necessidade de assinar a Carta de Responsabilidade. 5.4 Controle de estoques. 5.5 Impairment. 5.6 Receita da Prestação de Serviços. 5.7 Indicação de informações sobre o período anterior. 5.8 Nível 4 do Plano de Contas Simplificado. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente trabalho aborda a aproximação e simplificação da normativa contábil destinada às microempresas e empresas de pequeno porte. Para tanto, o texto discorre sobre a internacionalização das normas contábeis realizada por meio da adoção do padrão IFRS, emitido pelo órgão internacional IASB, e identifica a falta de simplificação desse padrão para o grupo das micro e pequenas empresas. A principal questão gira em torno do fato de as micro e pequenas empresas fazerem uso da contabilidade somente para fins de controle fiscal e não de controle organizacional, como seria desejável. Assim, o trabalho evidencia a importância de se compreender as consequências das exigências legais impostas, de modo que seja possível simplificar e adequar a norma à realidade das micro e pequenas empresas.

Palavras chave: Contabilidade internacional. IFRS. Microempresas. Pequenas empresas.

* Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Pós-doutor e Livre-Docente (USP). Pesquisador do CNPq, email: marcelodvarella@gmail.com

** Doutoranda em Direito no Centro Universitário de Brasília. Mestre em Ciência Política (UnB). Email: clarice.oliveira@gmail.com

*** Doutoranda e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Email: cleisemartins@gmail.com

****Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília (UnB). Email: mihdelacerda@gmail.com

INTRODUÇÃO

A escrituração contábil de empresários e sociedades empresárias, em sentido amplo, constitui o processo de registro das operações, envolvendo recursos financeiros, bens, direitos e obrigações. É materializada por meio da execução dos serviços de escrituração dos livros e produção dos demonstrativos e relatórios contábeis vinculados à movimentação patrimonial e financeira das empresas, tanto no âmbito fiscal, quanto no âmbito contábil, em todas as modalidades específicas, conhecidas por denominações que informam sobre o ramo de atividade, como contabilidade bancária, contabilidade comercial, dentre outras, constituindo-se em direito dos empresários e ao mesmo tempo obrigação dos profissionais de contabilidade, não importando o porte ou regime de tributação da empresa ou entidade.

Há um processo global de uniformização de regras contábeis, movido, sobretudo, pela necessidade de compreensão mútua entre as contas de empresas multinacionais, muito comumente constituídas sob a forma de sociedades anônimas abertas. No entanto, a criação de regras uniformes acaba abrangendo micro, pequenas e médias empresas, as quais são constituídas na maior parte das vezes sob a forma de sociedades limitadas, muito em razão das exigências do sistema bancário para concessão de crédito, das próprias empresas parceiras em contratos internacionais, e da expansão de cadeias produtivas que envolvem milhares de empresas. No âmbito internacional, houve a confecção de normas simplificadas de contabilidade para pequenas e médias empresas, que foram interpretadas no Brasil pelo Conselho Federal de Contabilidade.

De forma geral, microempresas vêm se utilizando da contabilidade apenas como instrumento para se manterem em dia com o fisco, afastando-se da sua função originária fundamentada na organização, demonstração, controle e acompanhamento do patrimônio em razão da atividade econômica da empresa. A contabilidade é obrigatória, prevista no Código Civil e na Lei Complementar nº. 123 de 2006, e poderia ser otimizada caso fosse compreendida como elemento chave na gestão empresarial.

Os empresários individuais e as sociedades empresárias por determinação legal são obrigadas a manter escrituração de seus livros. Assim, considera-se necessário compreender quais são as exigências legais impostas aos empresários e às sociedades empresárias para depois avaliar se existe possibilidade de simplificação das atuais exigências contábeis impostas pela legislação. O presente artigo constitui o resultado da participação pessoal de parte dos autores nas negociações para uma norma doméstica simplificada para contabilidade de micro e pequenas empresas.¹

1 OS PADRÕES INTERNACIONAIS DE CONTABILIDADE

A adoção de padrões internacionais contribui para viabilizar negócios e ampliar a segurança jurídica, sobretudo em um período de expansão da globalização econômica.

A uniformização das regras contábeis internacionais é bastante influenciada pela instituição privada norte americana Financial Accounting Standards Board (FASB), que emite o United States Generally Accepted Account principles (USGAAP)³. Os princípios USGAAP estão previstos na norma contábil SFAS 5 (SFAS – Statements of Financial Accounting Standards) do Fasb, e são eles: entidade, continuidade, unidade monetária, periodicidade, custo histórico, reconhecimento de receita, confrontação de despesa, evidenciação, conservadorismo e competência⁴. A relevância da economia americana e a atuação das empresas americanas em vários cantos do mundo acarretou a exportação desse modelo a diversos países⁵.

Os primeiros esforços identificados no sentido de unificar internacionalmente as normas contábeis deram-se em 1973, com a criação do Comitê de Normas Internacionais de Contabilidade (IASC), órgão que passou a ser o responsável pela emissão das normas internacionais de contabilidade – NIC's (em inglês, IAS – International Accounting Standards). O IASC visava à formulação e à publicação de normas contábeis que fossem cumpridas e aceitas internacionalmente⁶.

Em 2000, por exemplo, a Petrobras manifestou interesse em lançar títulos na Bolsa de Valores de Nova York. Porém, para lançar títulos nos Estados Unidos da América, a Petrobras teve que passar por um registro junto à Securities and Exchange Commission (SEC), órgão regulador americano, e adotar o padrão local US GAAP, para que suas informações pudessem ser compreendidas por possíveis investidores americanos e pelo órgão fiscalizador⁷.

Apesar de o FASB e a SEC terem contribuído para o desenvolvimento do padrão internacional IFRS, ajudando o IASB na produção do modelo internacional, isso não significou que os EUA adeririam ao padrão internacional criado. O sucesso do US GAAP acabou por se tornar obstáculo para a adoção posterior de um padrão internacional como o IFRS no país. Esse obstáculo, resultado da resistência do mercado americano, dificultava a comunicação entre empresas estrangeiras e o mercado de capital americano e vice versa⁸.

Em paralelo, nota-se também um processo de internacionalização e uniformização de normas contábeis na União Europeia, com os avanços de integração. Há proximidade entre o modelo norte-americano e o modelo europeu, sobretudo com base na internacionalização de padrões de normas contábeis⁹.

Em 2001, o IASC foi substituído pelo Conselho de Normas Internacionais de Contabilidade, denominado de IASB (International Accounting Standards Board), passando as antigas NIC's (ou IAS) a serem chamadas de IFRS (International Financial Reporting Standards)¹⁰. O IASB consiste em uma pessoa jurídica de direito privado, constituída por representantes de mais de 140 instituições nacionais. No Brasil, participam do IASB o Instituto Brasileiro de Contadores (IBRACON) e Conselho Federal de Contabilidade (CFC)¹¹.

O IASB, portanto, é atualmente a organização responsável por emitir e atualizar o padrão de normas contábeis proposto para adoção por todos os Estados, denominado IFRS (International Financial Reporting Standards), iniciativa que proporciona uma estrutura financeira padrão para as empresas. Para que seja possível atingir uma linguagem financeira comum, o IASB busca identificar os melhores padrões financeiros criados pelos direitos nacionais nos diversos países a fim de montar um conjunto de normas contábeis capazes de proporcionar um padrão internacional de relatórios financeiros¹².

Para atender à demanda por um padrão internacional, o IASB criou o International Financial Reporting Standards (IFRS), que representa um conjunto de normas contábeis produzidas para se tornarem padrão internacionalmente aceito, de forma a “promover a convergência entre as normas contábeis locais e as normas internacionais de contabilidade de alta qualidade”¹³. O IFRS foi criado com o intuito de ajudar a integração econômica mundial e permitir uma linguagem financeira comum entre os países. Portanto, não há caráter de compulsoriedade no uso das normas internacionais, mas é pertinente o seu grande avanço e importância, visando à melhor interpretação por parte dos usuários.

Os pontos positivos se concentram em torno do aumento da segurança jurídica, porque padrões comuns significam a possibilidade de comparações e de auditoria nas relações empresariais internacionais. O padrão internacional do IASB permitiria que as barreiras existentes em transações externas fossem mais facilmente eliminadas, tendo em vista que proporcionaria aumento na eficiência do mercado e diminuiria os custos de captação de recursos, favorecendo a maior competitividade das empresas e, conseqüentemente, impulsionando seu crescimento¹⁴.

Os principais desafios advindos da adoção do padrão internacional são encontrados em questões como as mudanças da entrada em vigor das normas, bem como dificuldade na tradução e interpretações diversas, além do alto custo de implementação¹⁵. O custo referente à dificuldade na tradução e interpretação fica evidente com a necessidade de se formar e divulgar um glossário de termos, conceitos e interpretações relacionados às normas; é o que ocorre, por exemplo, com as normas de comércio internacional no âmbito da OMC¹⁶.

Essa complexidade das normas internacionais traria, portanto, um verdadeiro problema quanto ao custo, pois a sua implementação acabaria pesando na rentabilidade das empresas que devem arcar com: “desenvolvimentos tecnológicos, treinamento de pessoal, assim como recorrer a consultores externos para os quais a transição para as novas normas representará uma oportunidade de aumentar os honorários”¹⁷.

No caso das pequenas empresas, o impacto seria ainda maior. A adoção do IFRS em um país afetaria tanto as empresas de pequeno porte, como as empresas de grande porte, porém desproporcionalmente. Levando-se em consideração que empresas menores possuem menos recursos à disposição

do que as empresas de grande porte para arcar com os custos de internacionalização das normas contábeis, conclui-se que as empresas menores lidam com encargo financeiro maior¹⁸.

2 MARCO LEGAL BRASILEIRO PARA CONTABILIDADE DE EMPRESÁRIOS E A REALIDADE DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

O Código Civil, Lei n. 10.406/2002, determina as normas sobre escrituração contábil. Com base no seu artigo 1.179, dispõe que os empresários e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, com base na escrituração de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva; de igual forma, deverá levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico¹⁹. O único empresário excetuado da obrigação de realizar escrituração contábil consiste no Micro Empreendedor Individual, por força do §2º do Artigo 1.179.

Assim, pela regra do Código Civil, compreende-se que os empresários e sociedades empresárias brasileiras possuem a obrigação a seguir um sistema contábil com base na escrituração de seus livros. O principal livro contábil constitui o Livro Diário, no qual constam os registros das operações diárias, individualizadas, relativas ao exercício da atividade empresarial²⁰.

Todavia, a Lei Geral sobre Micro e Pequenas Empresas (LC n. 123, de 2006) estabelece regras específicas sobre a contabilidade desses empresários. O artigo 27 da Lei Geral determinou que as micro e pequenas empresas (MPEs), optantes pelo Simples Nacional²¹, devem manter um sistema completo de escrituração contábil, podendo, opcionalmente, adotar modelo simplificado regulamentado pelo Comitê Gestor, conforme o art. 27²².

O Comitê Gestor do Simples Nacional determina, no artigo 61 da Resolução nº. 94, de 2011, que a ME e as empresas de pequeno porte (EPP) optantes pelo Simples Nacional deverão adotar para os registros e controle das operações e prestações por ela realizadas os seguintes livros: Livro Caixa, Livro de Registro de Inventário, Livro de Registro de Entrada, Livro de Registro dos Serviços Prestados, e Livro de Registro de Entrada e Saída de Selo de Controle. No entanto, esses livros são considerados essenciais quando falamos sobre escrituração para fins fiscais, porém, no tocante aos livros obrigatórios referentes à escrituração contábil, é necessário considerar o disposto no Código Civil.

Com a aprovação da Resolução 1.255/09 do CFC e a instituição do TG 1000, inspirado no IFRS para PMEs, também instituída pelo CFC, as microempresas e as empresas de pequeno porte passaram a ser submetidas à regulamentação desse modelo contábil. Porém, não era um modelo que proporcionava alguma simplificação ou facilidade que tornasse mais atrativa a sua adoção por esse segmento de empresas, que, em geral, não possuem estrutura contábil organizada e informatizada²³.

Conforme o §3º do artigo 61 da Resolução 94/2011 do CGSN, a apresentação da escrituração contábil, assim compreendida como Livro Diário e Livro Razão, dispensa a apresentação do Livro Caixa.

Embora o livro contábil de maior importância seja o Diário, a escrituração contábil não se restringe somente ao registro das operações nesse livro, estendendo-se também à escrituração dos demais livros obrigatórios, bem como daqueles necessários no conjunto da organização da contabilidade da empresa, incluindo ainda o levantamento dos respectivos balanços e demonstrações correspondentes.

O Livro Diário consiste em um livro contábil de escrituração obrigatória, cuja exigência legal está inserida no artigo 1.170 do CC/02, no qual são lançadas as operações diárias de uma empresa. Nele, são registrados os fatos contábeis em partidas dobradas, ou seja, os totais débito e crédito deverão ser iguais, sendo a conta débito lançada antes da conta crédito.

O Livro Razão possui como função resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário, mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação (Lei 8.218/1991, artigo 14, e Lei 8.383/1991, artigo 62)²⁴. O Livro Razão constitui o detalhamento, por conta, dos lançamentos realizados no Diário.

No Livro Caixa, são registrados os recebimentos e pagamentos em dinheiro, lançados de forma cronológica (dia, mês e ano). É um livro auxiliar de registro contábil, e seu uso é facultativo. O Livro Caixa se destina ao controle dos lançamentos exclusivos de entrada e saída, da conta Caixa da empresa²⁵.

O CFC ressalta que o Livro Caixa, na lógica contábil tradicional, destina-se apenas e tão somente aos recebimentos e pagamentos em dinheiro, enquanto que o Livro Caixa a que se refere o CGSN requer a explicitação de toda movimentação financeira, ou seja, os movimentos de pagamentos e recebimentos havidos por bancos, por exemplo. De qualquer modo, na visão do CGSN, como indicado acima, o livro caixa poderia inclusive ser dispensado, caso se organize a gestão contábil pelos livros Diário e Razão²⁶.

É necessário esclarecer que as MPEs são dispensadas de escrituração apenas para fins de comprovação junto ao Fisco Federal. Dessa forma, deverão manter os livros determinados pela legislação a fim de cumprir as exigências legais. Ou seja, é necessário diferenciar as exigências de escrituração contábil prevista no Código Civil das exigências de escrituração fiscal. Ressalta-se que os livros possuem a função de permitir uma escrituração da situação patrimonial do empresário e da sociedade empresária. Além dos livros necessários para escrituração contábil, também existem os livros específicos para escrituração fiscal e falimentar, exigidos pela legislação extravagante.

O Código Civil ainda dispõe que, além dos livros, é necessário que o empresário elabore o Balanço Patrimonial, que constitui a principal demonstração contábil existente. Ele demonstra como de fato está o patrimônio da

empresa, refletindo sua posição financeira em um determinado momento (no fim do ano ou em qualquer data predeterminada). No Balanço, o Patrimônio equilibra os bens e direitos com as obrigações e as participações dos sócios e/ou proprietários. Dessa forma, demonstra a igualdade patrimonial. O Balanço Patrimonial evidencia o Patrimônio da entidade, tanto quantitativa quanto qualitativamente, ou seja, apresenta cada item ou elemento que faz parte do Patrimônio e quanto se tem de cada um desses itens ou elementos. É a elaboração balanço, inclusive, que permite a apuração de lucro e sua correta distribuição entre os sócios.

3 COMPETÊNCIA DO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE PARA NORMATIZAR A CONTABILIDADE PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.

Em consonância com o artigo 27 do Estatuto Nacional da Micro e Pequena Empresa, o Comitê Gestor do Simples Nacional constitui órgão competente para regulamentar a escrituração contábil das Micro e Pequenas Empresas. Por força de sua competência, a Resolução CGSN nº 94/11 regulamentou o artigo 27 da Lei Geral e também conferiu poderes ao Conselho Federal de Contabilidade (CFC) para editar resoluções, disciplinando o significado de Contabilidade Simplificada, em conformidade com as disposições previstas no Código Civil Brasileiro. Veja-se a transcrição que segue:

art. 65. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional poderá, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, atendendo-se às disposições previstas no Código Civil e nas Normas Brasileiras de Contabilidade editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 27)

Dessa forma, ao analisar os dispositivos legais sobre o tema, observa-se que as MPes são vinculadas às regras sobre escrituração contábil determinadas pelo Código Civil, todavia, poderão adotar modelo mais simples de contabilidade, que é determinado pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC).

O Conselho Federal de Contabilidade (CFC) possui sua competência estabelecida pelo Decreto-Lei n. 9.295 de 22 de maio de 1946, cuja atribuição explícita versava sobre as questões de fiscalização do exercício da profissão contábil. A partir de 2010, ressalta-se a publicação da Lei n. 12.249, de 11 de junho de 2010, que em seus arts. 76 e 77 alterou o Decreto-Lei n. 9.295/46²⁷, de modo a atribuir explicitamente ao Conselho Federal de Contabilidade (CFC) a competência legal para normatizar a forma de elaboração da contabilidade das empresas.

O Conselho Federal de Contabilidade (CFC), com a referida alteração legal, emite regulamentações, edita os princípios de contabilidade e as normas brasileiras de contabilidade, que possuem natureza técnica e profissional.

As Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC) constituem-se em regras e procedimentos de conduta que devem ser observados como requisitos para o exercício da profissão contábil, bem como, os conceitos doutrinários, princípios, estrutura técnica e procedimentos a serem aplicados na realização da escrituração contábil efetuada pelos profissionais de contabilidade. O seu conteúdo segue os padrões internacionais estabelecidos pelos *International Financial Reporting Standards* (IFRS).

Conforme as determinações do CFC, suas normas, interpretações e comunicados técnicos devem ser aplicados à escrituração e elaboração de demonstrações contábeis para fins gerais e outros relatórios financeiros de todas as entidades com e sem fins lucrativos. O Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) emite pronunciamentos, interpretações e orientações em convergência com as IFRS emitidas pelo IASB²⁸. O Conselho Federal de Contabilidade (CFC) homologa os documentos do CPC, aprovando-os por meio da edição das Normas Brasileiras de Contabilidade Técnica Gerais (NBC TG). Cada documento emitido pelo CPC (pronunciamentos, interpretações e orientações) será aprovado, pelo CFC, por meio de uma NBC TG, ITG ou CTG, com o mesmo número.

4 DETERMINAÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Tomando-se por base a resolução n. 94 do CGSN, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) estabeleceu novas normas para atender ao princípio do tratamento diferenciado para MPÉs. Em razão disso, foi editada a ITG 1000, que se propõe a estabelecer critérios e procedimentos simplificados a serem observados pelas microempresas e empresas de pequeno porte.

As MPÉs deverão seguir as determinações da ITG 1000, que alcança eventos e transações básicas, propõe plano de contas simplificado e conjunto reduzido de demonstrações contábeis. A ITG 1000 procurou simplificar as obrigações existentes. A NBCTG 1000, aprovada pela Resolução 1.255/2009, editou o Normativo Contábil para Pequenas e Médias Empresas, a vigorar a partir de 2010, passando a ser aplicável a todas empresas que não tiverem obrigação de prestação pública de contas. Desse modo, as micro e pequenas empresas, de acordo com a LC n. 123, passariam a ter de adotar tal modelo. Com a edição da ITG 1000, procurou-se modelo mais simples e acessível.

A ITG 1000 demanda a reformulação de controles internos e planos de contas, o incremento de sistemas eletrônicos e o treinamento especializado da mão de obra.

Para melhor compreensão, descreve-se a seguir as exigências atuais da ITG 1000 referentes à escrituração, critérios e procedimentos contábeis, demonstrações contábeis e plano de contas simplificado.

Item 8. A escrituração contábil deve ser realizada com observância aos Princípios de Contabilidade, aprovados pela Resolução CFC n.º 750/93, e em conformidade com as disposições contidas nesta Interpretação.

Item 9. As receitas, as despesas e os custos do período da entidade devem ser escriturados contabilmente, de acordo com o regime de competência.

Item 10. Os lançamentos contábeis no Livro Diário devem ser feitos diariamente. É permitido, contudo, que os lançamentos sejam feitos ao final de cada mês, desde que tenham como suporte os livros ou outros registros auxiliares escriturados em conformidade com a ITG 2000 – Escrituração Contábil, aprovada pela Resolução CFC n.º 1.330/11.

Item 11. Para transações ou eventos materiais que não estejam cobertos por esta Interpretação, a entidade deve utilizar como referência os requisitos apropriados estabelecidos na ITG 2000 – Escrituração Contábil e na NBC TG 1000 – Contabilidade para Pequenas e Médias Empresas.

Item 12. Para salvaguardar a sua responsabilidade, o profissional da Contabilidade deve obter Carta de Responsabilidade da Administração da entidade para a qual presta serviços, podendo, para tanto, seguir o modelo sugerido no Anexo 1 desta Interpretação.

Item 13. A Carta de Responsabilidade deve ser obtida conjuntamente com o Contrato de Prestação de Serviços Contábeis de que trata a Resolução CFC n.º 987/03 e renovada ao término de cada exercício social.

Item 14. A Carta de Responsabilidade tem por objetivo salvaguardar o profissional da Contabilidade no que se refere a sua responsabilidade pela realização da escrituração contábil do período-base encerrado, segregando-a e distinguindo-a das responsabilidades da administração da entidade, sobretudo no que se refere à manutenção dos controles internos e ao acesso às informações.

A ITG 1000 prevê os seguintes aspectos e procedimentos contábeis:

item 15. O custo dos estoques deve compreender todos os custos de aquisição, transformação e outros custos incorridos para trazer os estoques ao seu local e condição de consumo ou venda;

item 16. O custo dos estoques deve ser calculado considerando os custos individuais dos itens, sempre que possível. Caso não seja possível, o custo dos estoques deve ser calculado por meio do uso do método “Primeiro que Entra, Primeiro que Sai” (PEPS) ou o método do custo médio ponderado. A escolha entre o PEPS e o custo médio ponderado é uma política contábil definida pela entidade e, portanto, esta deve ser aplicada consistentemente entre os períodos;

item 17. Os estoques devem ser mensurados pelo menor valor entre o custo e o valor realizável líquido. Para estoques de produtos acabados, o valor realizável líquido corresponde ao valor estimado do preço de venda no curso normal dos negócios menos as despesas necessárias estimadas para a realização da venda. Para estoques de produtos em elaboração, o valor realizável líquido corresponde ao valor estimado do preço de venda no curso normal dos negócios menos os custos estimados para o término de sua produção e as despesas necessárias estimadas para a realização da venda;

item 18. Um item do ativo imobilizado deve ser inicialmente mensurado pelo seu custo. O custo do ativo imobilizado compreende o seu preço de aquisição, incluindo impostos de importação e tributos não recuperáveis, além de quaisquer gastos incorridos diretamente atribuíveis ao esforço de trazê-lo para sua condição de operação. Quaisquer descontos ou abatimentos sobre o valor de aquisição devem ser deduzidos do custo do imobilizado;

item 19. O valor depreciável (custo menos valor residual) do ativo imobilizado deve ser alocado ao resultado do período de uso, de modo uniforme ao longo de sua vida útil. É recomendável a adoção do método linear para cálculo da depreciação do imobilizado, por ser o método mais simples;

item 20. Se um item do ativo imobilizado apresentar evidências de desvalorização, passando a ser improvável que gerará benefícios econômicos futuros ao longo de sua vida útil, o seu valor contábil deve ser reduzido ao valor recuperável, mediante o reconhecimento de perda por desvalorização ou por não recuperabilidade (impairment);

item 21. São exemplos de indicadores da redução do valor recuperável, que requerem o reconhecimento de perda por desvalorização ou por não recuperabilidade:

- declínio significativo no valor de mercado;
- obsolescência; e
- quebra.

item 22. Define casos específicos, como “terreno”, que geralmente possui vida útil indefinida e, portanto, não deve ser depreciado; “edificação”, que possui vida útil limitada e, portanto, deve ser depreciado;

item 23. As receitas de venda de produtos, mercadorias e serviços da entidade devem ser apresentadas líquidas dos tributos sobre produtos, mercadorias e serviços, bem como dos abatimentos e devoluções, conforme exemplificado no Anexo 3 desta Interpretação;

item 24. A receita de prestação de serviço deve ser reconhecida na proporção em que o serviço for prestado; e

item 25. Quando houver incerteza sobre o recebimento de valor a receber de clientes, deve ser feita uma estimativa da perda. A perda estimada com créditos de liquidação duvidosa deve ser reconhecida no resultado do período, com redução do valor a receber de clientes por meio de conta retificadora denominada “perda estimada com créditos de liquidação duvidosa”.

A entidade deve elaborar o Balanço Patrimonial, a Demonstração do Resultado e as Notas Explicativas ao final de cada exercício social. Quando houver necessidade, a entidade deve elaborá-los em períodos intermediários. As seguintes exigências são feitas em relação às demonstrações contábeis:

item 28. As Demonstrações Contábeis devem ser identificadas, no mínimo, com as seguintes informações: (i) a denominação da entidade; (ii) a data de encerramento do período de divulgação e o período coberto; e (iii) a apresentação dos valores do período encerrado na primeira coluna e na segunda, dos valores do período anterior;

item 29. No Balanço Patrimonial, a entidade deve classificar os ativos como Ativo Circulante e Não Circulante e os passivos como Passivo Circulante e Não Circulante;

item 31. Os outros ativos devem ser classificados como Ativo Não Circulante;

item 32. O Passivo deve ser classificado como Passivo Circulante quando se espera que seja exigido até 12 meses da data de encerramento do balanço patrimonial. Nos casos em que o ciclo operacional for superior a 12 meses, prevalece o ciclo operacional;

item 33. Os outros passivos devem ser classificados como Passivo Não Circulante;

item 34. No mínimo, o Balanço Patrimonial deve incluir e evidenciar os grupos de contas apresentados no Anexo 2 desta Interpretação;

item 35. No mínimo, a Demonstração do Resultado deve incluir e evidenciar os grupos de contas apresentados no Anexo 3 desta Interpretação;

item 36. Itens adicionais, nomes de grupos e subtotais devem ser apresentados no Balanço Patrimonial ou na Demonstração do Resultado se forem relevantes e materiais para a entidade;

item 37. As despesas com tributos sobre o lucro devem ser evidenciadas na Demonstração do Resultado do período;

item 38. Quaisquer ganhos ou perdas, quando significativos, por serem eventuais e não decorrerem da atividade principal e acessória da entidade, devem ser evidenciados na Demonstração do Resultado separadamente das demais receitas, despesas e custos do período; e

item 39. No mínimo, as Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis devem incluir: (i) declaração explícita e não reservada de conformidade com esta Interpretação; (ii) descrição resumida das operações da entidade e suas principais atividades; (iii) referência às principais práticas contábeis adotadas na elaboração das demonstrações contábeis; (iv) descrição resumida das políticas contábeis significativas utilizadas pela entidade; (v) descrição resumida de contingências passivas, quando houver; e (vi) qualquer outra informação relevante para a adequada compreensão das demonstrações contábeis.

Em relação ao Plano de contas, a ITG 1000 permite que este seja simplificado, devendo, contudo, ser elaborado, considerando-se as especificidades e natureza das operações realizadas, bem como deve contemplar as necessidades de controle de informações no que se refere aos aspectos fiscais e gerenciais.

Item 41. O Plano de Contas Simplificado, apresentado no Anexo 4 dessa Interpretação, deve conter, no mínimo, 4 (quatro) níveis, conforme segue:

Nível 1: ativo;

passivo e patrimônio líquido; e

receitas, custos e despesas (Contas de Resultado).

Nível 2: ativo circulante e ativo não circulante;

passivo circulante, passivo não circulante e patrimônio líquido;

receitas de venda, outras receitas operacionais, custos e despesas operacionais.

Nível 3: contas sintéticas que representam o somatório das contas analíticas que recebem os lançamentos contábeis, como, por exemplo, Caixa e Equivalentes de Caixa.

Nível 4: contas analíticas que recebem os lançamentos contábeis, como, por exemplo, Bancos Conta Movimento.

5 NECESSIDADE DE SIMPLIFICAÇÃO DO MODELO DE ESCRITURAÇÃO PARA MPES

Considera-se que o modelo imposto pelas Normas Brasileiras de Contabilidade pode apresentar dificuldades de cumprimento, tendo-se em vista a realidade organizacional dos micro e pequenos empresários que são sociedades limitadas, e em geral, somente possuem o Livro Diário, Razão e Caixa. A interpretação literal da ITG 1000 gera em si controvérsia. Alguns pontos podem ser reformulados, outros melhor explicados, para evitar confusões constantes nas discussões entre os profissionais da contabilidade.

As divergências entre os atores parece ser passível de solução com base na melhor compreensão das normas da ITG 1000. De fato, não é necessário alterar

a norma do Conselho Federal de Contabilidade, para o advento de contabilidade simplificada. Uma outra norma de hierarquia inferior, modulando a interpretação da ITG 1000 pode chegar aos mesmos resultados.

5.1 Escrituração diária ou mensal

Destaca-se a realização de lançamentos diários ou mensais, prevista na ITG 1000 no item 10. É determinado que os lançamentos contábeis no Livro Diário deveriam ser feitos diariamente. Tal regra dificultaria a atividade econômica, pois o pequeno empresário possui limitação de mão-de-obra específica para contabilidade, assim, a própria ITG 1000 permite que os lançamentos sejam feitos ao final de cada mês, no entanto, desde que tenham como suporte os livros ou outros registros auxiliares em conformidade com a ITG 2000, que constitui o modelo de escrituração geral, inclusive para médias e grandes empresas.

Sobre esse ponto, o CFC indica que os lançamentos nos livros fiscais não podem ser escriturados mensalmente, mas apenas diariamente. O fisco exige que as micro e pequenas empresas enviem relatórios, contendo os movimentos diários. Os profissionais da contabilidade estão acostumados a cumprir tais exigências. Quem elabora lançamentos fiscais pode utilizar estes para “exportá-los” para a contabilidade, automaticamente, em sistema eletrônico, já utilizado amplamente pelos contabilistas. O arquivo txt é exportado automaticamente do sistema utilizado pela RFB para os sistemas utilizados pelos contabilistas. De acordo com o CFC, a ITG 2000 permite que lançamentos feitos com base em livros auxiliares possam servir de base para lançamentos mensais. O CFC não vê conflito, nem incoerência, pois, se a empresa adota os Livros Diário, Razão e Caixa, por que deveria abandoná-los, se os lançamentos já são feitos em outros livros auxiliares, como, registro de saídas, serviços, apuração de ICMS e outros?

Assim, a norma explicativa tem como objetivo esclarecer a possibilidade de realizar a escrituração a qualquer momento, desde que os lançamentos indiquem claramente o dia em que ocorreram.

5.2 Regime de competência ou de caixa

Outro ponto refere-se à possibilidade de opção pela empresa em relação à escrituração em regime de caixa ou competência. Tal opção é comum para fins de apuração de tributos. A Fenacon e o Sebrae argumentam que a empresa poderia escolher o melhor regime a adotar, inclusive, para escrituração contábil.

Contudo, o CFC considera que a possibilidade de adoção do regime de caixa é contrária ao arcabouço e à doutrina contábil. Argumenta que a própria contabilidade pública adotou o regime de competência, justamente por compreender que é o melhor método e que a adoção do regime de caixa contraria frontalmente o modelo de contabilidade seguido no Brasil.

5.3 Necessidade de assinar a Carta de Responsabilidade

A ITG 1000 obriga a assinatura de Carta de Responsabilidade, documento autônomo, com modelo anexo à ITG 1000. O próprio CFC concorda que a Carta de Responsabilidade pode ser suprida no contrato de prestação de serviços, desde que se adicione cláusula correspondente ao seu conteúdo conforme descrito na norma. De certo modo, há receio de resistência dos empresários em assinar um novo documento, em separado, em que eximem seus contadores da responsabilidade.

Uma forma de evitar conflitos entre os atores seria alterar o texto do termo de encerramento do livro diário, acrescentando um parágrafo no qual se explica a responsabilidade dos empresários pelas informações que passam aos contadores. Assim, não se eximiria os contadores da sua responsabilidade profissional, mas se preservaria o profissional quando este sequer pode ter tido acesso à documentação completa da empresa.²⁹

5.4 Controle de estoques

Como regra, a ITG 1000 determina que, para o cálculo do custo do estoque, é necessário utilizar o método de custo individualizado dos itens, conforme o disposto no *item 16*. Ao nosso ver, este constitui o método mais dispendioso em termos contábeis, vez que, por esse método há a obrigação de individualizar cada item do estoque. De modo excepcional, a ITG 1000 permite a utilização de outros métodos, como PEPS (“Primeiro que entra, primeiro que sai”) ou o custo médio ponderado.

Porém, considera-se que os dois métodos sugeridos a título excepcional deveriam, na verdade, ser considerados como o procedimento padrão para cálculo dos estoques. Embora os métodos tais como “primeiro a entrar, primeiro a sair”, ou como custo da última compra, fundamentem-se, principalmente, em custos de reposição, o que geralmente ocasiona superavaliação dos estoques pela diferença entre o custo efetivo de aquisição ou fabricação e o valor corrente, é possível haver a conciliação no final do exercício via controle interno do cliente. Desse modo, não se contrariaria o conceito de custo como aspecto básico de avaliação dos estoques. A ITG-1000, embora indique outros métodos de avaliação de estoque alternativos ao custo individualizado, em seu texto, fala em “sempre que possível. Caso não seja possível”. Ou seja, os demais métodos não se constituem em opções reais. O ideal é que o profissional de contabilidade tenha a liberdade sobre a forma mais adequada de avaliação do estoque, sempre que julgue conveniente.

O CFC concorda que a decisão sobre o método de avaliação é do empresário. Cabe ao profissional de contabilidade oferecer seu conhecimento técnico no sentido de auxiliá-lo na execução da avaliação, mas parece ser apropriado alterar a expressão “sempre que possível” da ITG 1000, para que não se dê a entender que há uma obrigatoriedade de utilizar o custo individualizado dos itens.

5.5 Impairment

Conforme o item 20 da ITG 1000, certos ativos imobilizados devem ser submetidos ao teste de *impairment*, ou seja, serem ajustados ao seu valor recuperável no caso de ocorrência de algum dos motivos expostos no item 21 da mesma norma. O conhecimento sobre a necessidade de avaliar se há obsolescência, quebra ou declínio na recuperação de algum valor não necessita ser realizado por pessoas especializadas, ou mesmo de laudos técnicos. A regra só pede que o empresário se manifeste sobre esses fatos e julgue se isso repercutirá no Balanço. Caso contrário, não há necessidade de qualquer manifestação.

Parece ser apropriado explicar que a medida não se aplica à depreciação contínua dos ativos imobilizados, mas apenas aos bens que apresentarem as evidências de não geração de benefícios, no caso do item 21. Nesse caso, caberá ao próprio empresário decidir se um bem do seu estoque perdeu totalmente ou quase totalmente o seu valor, com a quebra ou obsolescência, por exemplo, o que pode ser realizado nas demonstrações contábeis anuais.

5.6 Receita da Prestação de Serviços

O item 24 da ITG 1000 determina que a receita de prestação de serviço deve ser reconhecida na proporção em que o serviço seja prestado. Nesse caso, vislumbra-se situação incongruente entre a prática e regra definida pelo marco normativo do CFC. Os profissionais de contabilidade não costumam ter acesso à informação sobre a proporção do serviço executado por micro e pequenas empresas, registrando os pagamentos com base apenas no valor da nota fiscal. Ou seja, se a nota informa o valor global de um serviço executado ao longo de três meses, por exemplo, o mais provável é que o registro contábil seja lançado em apenas um mês. Atender à ITG 1000 exigirá controle de cada etapa da prestação dos serviços para cálculo da proporção a ser registrada e acesso a informações que hoje não são divulgadas pelos sócios ou administradores dessas empresas. Como a legislação tributária faculta o regime de caixa para cálculo dos tributos devidos no SIMPLES NACIONAL e no Lucro Presumido, os controles serão multiplicados.

O CFC alega que, primeiramente, cumpre destacar que a ITG 1000 alcança não somente as empresas optantes pelo Simples Nacional. Além disso, a apuração da Receita do modo proposto somente é exigida para fins das Demonstrações Contábeis Anuais. O empresário certamente não terá muitas dificuldades de cumprir tal solicitação uma vez por ano. Nesse sentido, é útil que a orientação técnica, contudo, indique que a obrigação de prestar essa informação é anual e não mensal, reduzindo de forma significativa a obrigação.

5.7 Indicação de informações sobre o período anterior

De igual modo, considera-se que, no âmbito das Demonstrações Contábeis, o item 28 da ITG 1000 impõe que sejam apresentados nas demonstrações

contábeis, tanto os valores do período encerrado, como os valores referentes ao período anterior. Considera-se que a obrigatoriedade de apresentação dos valores referentes ao período anterior não agrega vantagens à demonstração contábil, na medida em que existe o balanço do período anterior, assim, sugere-se a exclusão de item iii do item 28 da ITG 1000 ou que o mesmo se torne facultativo.

Por outro lado, praticamente todos os softwares de contabilidade existentes hoje já agregam a contabilidade do período anterior. Uma vez que os contadores já são obrigados a utilizar *softwares* para realizar seus trabalhos, não haveria dificuldades concretas. Um prazo de adaptação, para atualizar os softwares que não têm essa funcionalidade, seria razoável, de forma a melhor preparar a sociedade.

5.8 Nível 4 do Plano de Contas Simplificado

No tocante ao Plano de Contas Simplificado, parece ser apropriado melhor definir o conteúdo do nível 4, em virtude de diferentes interpretações entre os atores envolvidos.

Ao analisar o *item 41 da ITG 1000*, há o entendimento de determinados atores que há obrigação de informar contas analíticas que recebem os lançamentos contábeis. Nesse caso, o mais comum seria a existência de várias contas utilizadas pelo empresário como desdobramento das contas sintéticas. No entanto, raramente uma MPE possui esses desdobramentos, o que determinaria que o nível 4 seria somente cópia do nível 3, pouco se diferenciando.

O CFC argumenta que não se trata do detalhamento das contas bancárias, mas apenas a indicação do código de cada conta. Assim, não se trata de divergência, mas apenas de ponto a ser explicitado, para correto entendimento dos atores.

A escrituração contábil das sociedades empresárias optantes do SIMPLES Nacional poderia ser realizada por meio do controle exclusivo das notas fiscais, envolvendo seu CNPJ. As empresas do SIMPLES já são obrigadas a emitir notas fiscais eletrônicas. Aplicativo poderia colher os dados, envolvendo o CNPJ da empresa (compras e vendas) e gerar a contabilidade automaticamente, dispensando a produção dos livros pela própria empresa.

Nesse caso, o contador apenas complementaria e revisaria, quando fosse conveniente e interessante para o empresário, com outros dados para melhorar sua gestão, como perdas em estoque, e controle da sua conta bancária (extrato). O aplicativo estaria à disposição dos empresários e poderia interagir com outros aplicativos gratuitos existentes no mercado que controlam a gestão da empresa.

O Governo Federal ou o Sebrae Nacional poderiam disponibilizar aplicativo gratuitamente, de forma a tornar possível às empresas interessadas satisfazer aos aspectos de contabilidade. Nesse caso, seria necessária nova Resolução do CGSN, permitindo a contabilidade simplificada.

CONCLUSÃO

Primeiramente, ressalta-se a obrigatoriedade de escrituração contábil por qualquer empresa, e o é por força de lei. A dispensa da escrituração contábil completa refere-se apenas à legislação do Imposto de Renda, não estando a empresa desobrigada da escrituração exigida pela legislação comercial, societária e falimentar. Mesmo com exigências legais, estima-se que 80% das MPes não escrituram seus atos e fatos contábeis³⁰.

As Micro e Pequenas Empresas optantes pelo Simples Nacional podem, opcionalmente, substituir a obrigação de escrituração completa pela escrituração simplificada, cujo modelo é determinado por normas do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), tendo em vista o disposto no artigo 27 da Lei Geral sobre Micro e Pequenas Empresas e o disposto no artigo 65 da Resolução 94 do CGSN.

No entanto, ao analisar as exigências do modelo determinado pelo CFC – ITG 1000, observa-se que algumas de suas determinações podem ser consideradas complexas frente à realidade das Micro e Pequenas Empresas e outras podem ser melhor explicadas, para sanar confusões entre os atores envolvidos.

Há estimativas de que 99% das empresas ativas no Brasil correspondem às MPes³¹. Com base nesse fato, é necessário criar medidas que estimulem e apoiem o crescimento desse segmento. Desse modo, é importante simplificar os itens mencionados acima, para estimular mais empresas a estabelecer, de fato, o controle contábil e melhor prepará-las para o mercado competitivo.

REFERÊNCIAS

BAQUERO-SALAZAR, Édgar Emilio. *Efectos de la implementación de la NIIF para las PYMES en una mediana empresa ubicada en la ciudad de Bogotá*. Universidad Javeriana. Bogotá, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/cuco/v14n35/v14n35a03.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Microempresas representam 99% das empresas do país e são responsáveis por 51% de todos empregos existentes, diz Ipea. **Planalto.gov**. 2013. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/excluir-historico-nao-sera-migrado/microempresas-representam-99-das-empresas-do-pais-e-sao-responsaveis-por-51-de-todos-empregos-existentis-diz-ipea>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

BROWN, Philip. International Financial Reporting Standards: What are the benefits? Better Markets Conference – Adopting IFRS: the global experience. **Icaew**. 2010. Disponível em: <http://www.icaew.com/~/_/media/Files/Technical/Financial-reporting/IFRS/baa3-international-financial-reporting-standards-what-are-the-benefits.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2014.

COSTA, Cleíse Nascimento Martins. A construção de padrões internacionais por agentes privados e a modificação de legislação nacional: alteração do padrão de contabilidade para empresários no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília,

v. 11, n. 1, p. 65-81, 2014. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2772/pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014.

DAVID FILHO, Benedicto et al. ITG 1000: o impacto na contabilidade para ME e EPP. In: **Convenção dos Profissionais de contabilidade do Estado De São Paulo**, 23. Disponível em: <<http://www.convecon.com.br/download/ITG1000.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

FERREIRA, Angélica. Lei 11.638 & MP 449: a experiência Petrobras. **Petrobras**, 2009. Disponível em: <<http://www.fipecafi.org/palestras/fipecafi-anefac-palestra-lei-11638-e-mp-449/conteudo-palestrante-maria-angelica-ferreira-da-silva.pdf>> Acesso em: 12 out. 2014.

FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD. **Statement of Financial Accounting Concepts**, n. 5. Disponível em: <<http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175820900391&blobheader=application%2Fpdf>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

NIYAMA, Jorge Katsumi. *Contabilidade internacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Glossaire : um guide de la terminologie de l'OMC. Wto*. Disponível em: <https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015.

PADOVEZE, Clóvis Luís; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; LEITE, Joubert da Silva Jerônimo. **Manual de contabilidade internacional**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

PRICE WATERHOUSE COOPERS. Entering the United States securities markets. **PWC**. Disponível em: <<https://www.pwc.pl/en/rynki-kapitalowe/enteringtheus.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

SCHAUB, Alexander. The use of Accounting Standards in the European Union. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 25, n. 3, primavera, 2005. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1610&context=njilb>>. Acesso em: 23 out. 2014.

TWEEDIE, David; SEIDENSTEIN, Thomas R. Setting a Global Standard: The Case for Accounting Convergence. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 25, n. 3, primavera, 2005. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1609&context=njilb>>. Acesso em: 22 out. 2014.

1 Agradecemos em especial a Verônica Souto Maior (CFC), Mário Berti, Valdir Pietrobon e Simone da Costa Fernandes (FENACON) e Julio Durante (Sebrae São Paulo).

2 PADOVEZE, Clóvis Luís; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; LEITE, Joubert da Silva Jerônimo. **Manual de contabilidade internacional**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

3 Ibid.

4 FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD. **Statement of Financial Accounting Concepts** n. 5. Disponível em: <<http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobk>>.

- ey=id&blobwhere=1175820900391&blobheader=application%2Fpdf>. Acesso em: 27 mar. 2015.
- 5 PRICE WATERHOUSE COOPERS. Entering the United States securities markets. PWC. Disponível em: <<https://www.pwc.pl/en/rynki-kapitalowe/enteringtheus.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2015.
 - 6 PADOVEZE; BENEDICTO; LEITE. op. cit.
 - 7 FERREIRA, Angélica. *Lei 11.638 & MP 449: a experiência Petrobras*. Petrobras, 2009. Disponível em: <<http://www.fipecafi.org/palestras/fipecafi-anefac-palestra-lei-11638-e-mp-449/conteudo-palestrante-maria-angelica-ferreira-da-silva.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.
 - 8 TWEEDIE, David; SEIDENSTEIN, Thomas R. Setting a Global Standard: The Case for Accounting Convergence. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 25, n. 3, primavera, 2005. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1609&context=njilb>>. Acesso em: 22 out. 2014.
 - 9 SCHAUB, Alexander. The use of Accounting Standards in the European Union. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 25, n. 3, primavera, 2005. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1610&context=njilb>>. Acesso em: 23 out. 2014.
 - 10 PADOVEZE; BENEDICTO; LEITE, op. cit.
 - 11 NIYAMA, Jorge Katsumi. *Contabilidade internacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
 - 12 TWEEDIE; SEIDENSTEIN, op. cit.
 - 13 NIYAMA, op. cit.
 - 14 BROWN, Philip. International Financial Reporting Standards: What are the benefits? Better Markets Conference – Adopting IFRS: the global experience. 2010. Icaew. Disponível em: <<http://www.icaew.com/~media/Files/Technical/Financial-reporting/IFRS/baa3-international-financial-reporting-standards-what-are-the-benefits.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2014.
 - 15 BAQUERO-SALAZAR, Édgar Emilio. *Efectos de la implementación de la NIIF para las PYMES en una mediana empresa ubicada en la ciudad de Bogotá*. Universidad Javeriana, Bogotá, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/cuco/v14n35/v14n35a03.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014.
 - 16 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Glossaire: um guide de la terminologie de l'OMC. Wto. Disponível em: <https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015.
 - 17 VÉRON, Nicolas. *Les points de vue des investisseurs sur l'adoption des normes IFRS*. Etudes et Conseil pour l'Information Financière. Biblio base online. 2004. Disponível em: <<http://www.bibliobaseonline.com/notice.php?NUMERO=75363&OLD=97545%7C92737%7C94546>>. Acesso em: 11 nov. 2014.
 - 18 MOHR, Angie. International Financial Reporting Standards – advantages & disadvantages. *Small business*. Disponível em: <<http://smallbusiness.chron.com/international-financial-reporting-standards--advantages--disadvantages-2167.html>>. Acesso em: 11 nov. 2014.
 - 19 Artigo 1.179 do Código Civil: “Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico”.
 - 20 Admite-se a escrituração resumida no Diário, por totais que não excedam ao período de um mês, relativamente a contas cujas operações sejam numerosas ou realizadas fora da sede do estabelecimento, desde que utilizados livros auxiliares para registro individualizado e conservados os documentos que permitam sua perfeita verificação (Decreto-lei 486/1969, artigo 5, § 3º).
 - 21 O Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Abrange a participação de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). É administrado por um Comitê Gestor composto por oito integrantes: quatro da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dois dos Estados e do Distrito Federal e dois dos Municípios.
 - 22 Art. 27. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor.
 - 23 COSTA, Cleíse Nascimento Martins. A construção de padrões internacionais por agentes privados e a modificação de legislação nacional: alteração do padrão de contabilidade para empresários no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 65-81, 2014. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2772/pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014.
 - 24 A partir de 01/01/1992, tornou-se obrigatória, para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, a escrituração e a manutenção do livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário, mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação. A escrituração deverá ser individualizada, obedecendo-se à ordem cronológica das operações

- (RIR/1999, art. 259, que incorporou as Leis n.º 8.218, de 1991, art. 14, e n.º 8.383, de 1991, art. 62).
- 25 O Art. 14 da Lei 8.218/1991, com a redação alterada pelo Art. 62 da Lei 8.383/1991, diz que: a tributação com base no lucro real somente será admitida para as pessoas jurídicas que mantiverem, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro ou fichas utilizadas para resumir e totalizar, por conta ou sub-conta, os lançamentos efetuados no Diário (Livro Razão), mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação. A não manutenção do livro de que trata esse artigo, nas condições determinadas, implica arbitramento do lucro da pessoa jurídica.
 - 26 Discussão com representantes do CFC, Dra. Verônica Soutomaior.
 - 27 Decreto-Lei que criou o Conselho Federal de Contabilidade e definiu as atribuições do Contador.
 - 28 Comitê de Normas Internacionais de Contabilidade.
 - 29 A Administração da empresa declara que: (i) possui os controles internos necessários ao suporte e respaldo da escrituração contábil e das Demonstrações Contábeis anuais; (ii) não praticou atos contrários às normas e legislação vigente aplicável; (iii) documentou todas as operações e transações realizadas pela empresa e as encaminhou para o Profissional de Contabilidade visando aos devidos registros contábeis por meio de documentação hábil e idônea; e (iv) forneceu toda a informação necessária para a adequada elaboração das Demonstrações Contábeis anuais e suas Notas Explicativas do exercício social findo em XX/XX/XX.
 - 30 FILHO, Benedicto David. et al. ITG 1000: o impacto na contabilidade para ME e EPP. In: **Convenção dos profissionais de contabilidade do Estado de São Paulo**, 23. Disponível em: <<http://www.convecon.com.br/download/ITG1000.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2014.
 - 31 BRASIL. Presidência da República. Microempresas representam 99% das empresas do país e são responsáveis por 51% de todos empregos existentes, diz Ipea. **Planalto**. 2013. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/excluir-historico-nao-sera-migrado/microempresas-representam-99-das-empresas-do-pais-e-sao-responsaveis-por-51-de-todos-empregos-existentis-diz-ipea>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

SIMPLIFICATION OF ACCOUNTING NORMS FOR MICRO AND SMALL ENTERPRISES

ABSTRACT

This paper addresses the need for simplification of the accounting rules directed to micro and small enterprises. For this task, the text addresses the internationalization of accounting rules through the adoption of the standard IFRS issued by IASB, the accounting international body, and identifies the lack of simplification of the rules to be used by micro and small enterprises. The main issue goes around the fact that these companies use the accounting system only in order to respond to fiscal controls and not to improve organizational control, as would be desirable. Therefore, this paper points out the relevance of understanding the legal requirements imposed to this group of companies so that it be possible to simplify and adapt the rules to the reality of the micro and small enterprises.

Keywords: International accounting. IFRS. Micro enterprise. Small enterprise.

Submetido: 16 dez. 2015

Aprovado: 6 jan. 2016

DIGNIDADE HUMANA E UMWELT: A FUNDAMENTALIDADE SISTÊMICA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira*

1 Introdução. 2 Pressupostos da Teoria dos Sistemas. 3 Dignidade Humana. 4 Conteúdo Jurídico do Princípio da Precaução ambiental. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo investigar até que ponto a Teoria dos Sistemas sociais pode contribuir para o desenvolvimento da fundamentação principiológica do Direito Ambiental. Partindo de uma breve construção da estrutura da teoria dos sistemas – nos moldes luhmanianos –, chega-se ao estudo do princípio da precaução. Dentro deste contexto, objetiva-se ainda investigar se, dentro da concepção sistêmica, o referido princípio de Direito Ambiental encontra fundamentação na ideia de Dignidade Humana, reitora que é de todo o sistema jurídico e seus subsistemas.

Palavras-chave: Precaução. Principiologia Ambiental. Teoria dos Sistemas.

1 INTRODUÇÃO

E lá se foram vinte e sete anos desde a promulgação da atual Constituição brasileira. Em que pese todos os argumentos contrários, há um dado que parece permitir concluir que ela tem cumprido sua função: hoje um dos temas mais discutidos, dentro e fora do ambiente acadêmico jurídico, é a questão da efetividade dos Direitos Fundamentais.

Além disso, é notável a fertilidade que ela deu a nosso sistema jurídico, vez que possibilitou o aumento de demandas democraticamente feitas aos poderes constituídos, produzindo consideráveis avanços na Teoria do Direito, em especial no sentido da expansão das fronteiras do sistema jurídico que hoje recebe demandas indubitavelmente mais sofisticadas que aquelas da década de 1980 ou de décadas anteriores.

Um dos temas que vem sendo objeto da atenção de diversos pesquisadores é a efetividade da proteção ambiental, observada a partir de uma questão

* Mestre e Doutor *Magna cum Laude* em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Ciências Penais pelo IEC. Professor Adjunto de Direito Penal, Processual Penal e Criminologia da Universidade Federal de Lavras – UFLA. Coordenador do curso de pós-graduação em Controle, Detecção e Repressão Desvio de Recursos Públicos da ESAF-MG/UFLA. E-mail: ricardoaugustoteixeira@gmail.com.

fundamental, qual seja, pode o direito ao meio-ambiente equilibrado ser tido, de fato, como direito fundamental? Pode ele ser fundamentado na ideia de dignidade humana, que tornou-se o referencial de fundamentalidade dos direitos particularmente após a II Guerra?

Há quem condicione a primeira pergunta a uma resposta afirmativa da segunda. Reinaldo Pereira da Silva,¹ por exemplo, elenca algumas condições para que direitos sejam tidos por fundamentais, dentre elas que sejam “considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana”.²

Tal exigência impõe a complexa tarefa de definir o que se entende por dignidade humana, vez que a carga histórica do conceito nos guia a uma leitura individualista da ideia, notadamente a partir do célebre imperativo kantiano de que o homem é fim em si mesmo, não podendo, pois, ser feito meio para qualquer outro fim. Não obstante, ensina Franz Josef Wetz³ que:

Em geral a ideia de dignidade humana foi empregada de duas maneiras: primeiro, como demonstração de uma qualidade inata das pessoas, que foi chamada de conteúdo essencial. De acordo com essa ideia cada um possui em virtude da força de Ser humano, independente de seu comportamento ou das relações sociais, uma especial dignidade. Contudo, dignidade significou também uma tarefa organizacional, assim dependendo principalmente de nosso modo de vida e forma de comportamento se e em que extensão possuímos dignidade. Nesta correlação foi a dignidade considerada às vezes como mérito individual, às vezes como uma conquista da sociedade. (trad. nossa⁴).

Desta forma, o caminho a ser seguido neste artigo será, primeiramente, a identificação dos elementos típicos da Teoria dos Sistemas aplicada ao Direito, de forma a permitir uma construção adequada às suas complexas exigências metodológicas. Em seguida, será abordada a questão da “dignidade humana”, numa tentativa de conformá-la com os limites que nos parecem adequados ao direito. Posteriormente, será abordado o chamado princípio da precaução ambiental (*precautionary rule/Vorsorgeprinzip*), partindo de uma reconstrução histórica, passando pela identificação dos problemas que envolve e, ao final, propondo um conceito adequado aos limites impostos tanto pela Teoria dos Sistemas quanto pela ideia de “dignidade humana”.

2 PRESSUPOSTOS DA TEORIA DOS SISTEMAS

Desde logo, uma ressalva. O que é proposto neste momento é fazer uma breve descrição da forma como o Direito – e as demandas que a ele são feitas – podem ser repensados quando nos valemos do instrumental teórico da Teoria dos Sistemas, em geral seguindo as propostas de Niklas Luhmann. Todavia, dada a limitação de espaço deste texto, remetemos o leitor a nosso *Direito Penal de Emergência*,⁵ onde há um capítulo integralmente dedicado a mostrar e defender a operacionalização do Direito por meio da Teoria dos Sistemas. Assim sendo, aqui abordaremos apenas

os aspectos primordiais, necessários ao desenvolvimento das ideias que virão na sequência. Um outro objetivo é familiarizar o leitor com a terminologia luhmaniana, por si só um desafio àqueles que desejam tomá-lo como referencial teórico.

Embora não seja uma construção originalmente feita para as Ciências Sociais – aplicadas ou não –, os princípios reitores da Teoria dos Sistemas permitem sua transposição para os mais diversos campos de investigação⁶.

Reconstruir a Teoria da Sociedade, a partir dos preceitos da Teoria dos Sistemas, foi a proposta de Niklas Luhmann ao assumir a titularidade na *Universität Bielefeld*. Eventualmente ele chegou também à teoria do Direito, *locus* este que nos interessa mais intensamente, e que atualmente é objeto de trabalho de diversos pesquisadores, sendo os mais destacados Günther Teubner, Andreas Fischer-Lescano e Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos na Europa, Marcelo Neves, Juliana Neuenschwander e Leonel Severo Rocha no Brasil.

O aspecto mais elementar é uma mudança radical quanto ao que caracteriza a “sociedade” contemporânea⁷. Abandona-se a ideia weberiana de uma sociedade composta por pessoas, vez que centrada na ação, e assume-se a ideia de que a sociedade é comunicação⁸. E sendo ela comunicação⁹, é preciso repensar os demais institutos da teoria social, todos eles construídos sobre o pressuposto de que a sociedade é, em última análise, composta por pessoas.

Estabelecido este pressuposto, é preciso definir alguma forma de organização e simplificação de toda a “comunicação” que ocorre. Isso, na esteira de Luhmann, é feito por meio do desenvolvimento de sistemas. A ideia é simples, embora engenhosa. A vida social tem demandas as mais diversas. Para que tais demandas sejam respondidas, faz-se necessário que sistemas especializados surjam, até porque, do contrário, a desorganização de tanta informação (comunicação) geraria apenas caos. Desta feita, sistemas surgem conforme as demandas sociais exigem. A especialização – diferenciação¹⁰, na terminologia luhmaniana – consiste no desenvolvimento de sistemas específicos para lidar com demandas específicas, de forma a responder a elas de forma mais satisfatória, bem como organizar a comunicação e reduzir a complexidade da sociedade.

Pensemos, para exemplificar esta introdução, na necessidade de organizar a vida em sociedade. Num momento de menor complexidade social, bastava os vínculos familiares para o estabelecimento de condutas adequadas ou inadequadas, bem como para definições quanto a autoridades. Na medida em que a complexidade dos grupos sociais aumentou, novas formas de organização – de raízes ainda familiar – aparecem, como os clãs e fratrias. Com a insuficiência da autoridade familiar, é preciso uma fonte superior de estabilidade, que defina autoridades e noção de certo e errado, ou adequado/inadequado. Num primeiro momento podemos observar sistemas místico-morais, que evoluem para religiosos-morais, religiosos-morais-jurídicos até a eventual diferenciação de cada um deles, no momento em que a complexidade social não permite mais pensá-los como uma só coisa, e a cada um deles passam a ser dirigidas demandas particulares.

Ao Direito compete a definição de licitude e ilicitude – uma sofisticação não exata da ideia de correteza e erro –, com isso garantindo expectativas comportamentais generalizáveis¹¹.

Neste momento é possível inserir um novo dado, qual seja, os traços fundamentais de um “sistema social”.

Um sistema se caracteriza por ser um grupo de comunicação organizado sob um código binário, que é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto. Primeiro, serão abordadas as questões do código binário e a do fechamento operacional. Na sequência, trataremos da abertura cognitiva.

Um sistema necessita de operar fechado sob um código binário a fim de garantir sua diferenciação em relação aos demais sistemas, bem como para possibilitar a redução de complexidade¹² da informação (e das demandas) com que ele trabalha. Assim, um sistema que opere de forma fechada sob um código estrito de comunicação responderá às demandas a ele endereçadas numa linguagem adequada ao referido código. Isso não significa que a comunicação – e o próprio sistema – não evolua, mas apenas que a evolução deve respeitar o código, sob risco de desdiferenciação e/ou de colonização por outro sistema.

Esta condição dos sistemas se desenvolveu a partir da ideia de autopoiese¹³, desenvolvida pelo biólogo chileno Humberto Maturana e adotada e adaptada por Luhmann para a Teoria dos Sistemas sociais. Investigando o surgindo da vida na Terra, Maturana identifica como momento definitivo aquele em que dentre as diversas combinações de elementos que ocorreram numa era pré-vida, há uma interação peculiar que se reproduz, diferenciando-se de seu ambiente. Neste momento, surge um sistema, uma unidade capaz de se reproduzir, e que é diferente de tudo que há em seu entorno¹⁴. Há aí o outro dualismo fundamental da Teoria dos Sistemas: Sistema/Ambiente.

Transposta para a teoria da sociedade, a ideia é que um sistema pode ser identificado quando ele reproduz sua comunicação obedecendo a um código binário específico e peculiar, que permite a ele desenvolver-se e diferenciar-se do resto das coisas, resto este agora chamado de ambiente ou entorno. É preciso notar que na terminologia original, Luhmann usou o termo *Umwelt* para designar o que em português foi chamado “ambiente”, e que *Umwelt* também é o termo usualmente traduzido – na linguagem comum – por “meio ambiente”, no sentido ecológico do termo. Daí o jogo de palavras do título: *Umwelt* é ambiente, entorno, mas também é meio ambiente. É, em síntese, o objeto principal deste texto.

O primeiro passo para identificar um sistema é, pois, identificar o código binário que rege determinadas comunicações. No caso do Direito, por exemplo, o código binário é “lícito/ilícito”¹⁵. Toda comunicação dentro do sistema jurídico se dá sob este parâmetro. Sempre que outro código é utilizado, há o risco de o sistema perder seu elemento de diferenciação.

Diante deste risco, os sistemas devem operar de forma fechada¹⁶, isto é, não admitindo a entrada de comunicação construída sob outro código¹⁷. Não é possível, por exemplo, que o sistema jurídico opere com os códigos “poder/não-poder”, ou “lucro/prejuízo”, caracterizadores dos sistemas político e econômico, respectivamente. Os sistemas político e econômico são, para o Direito, ambiente, entorno.

Todavia, a complexidade da sociedade não permite que um sistema se isole dos demais. Um sistema que se fecha completamente tende a deixar de ser acionado, a deixar de receber demandas sociais, vez que a perda de contato tende a ter como resultado a incapacidade de responder às demandas. Quando isso ocorre, ou surge um novo sistema para lidar com tais demandas, ou elas terminam sendo tratadas por outro sistema, cuja comunicação evoluiu naquela direção.

No intuito de evitar o isolamento, os sistemas devem ser cognitivamente abertos, ou seja, dotados de um mecanismo que os permita dialogar com outros sistemas, isto é, com seu entorno. O nome que Luhmann deu a tal mecanismo é “acoplamento estrutural”¹⁸.

O acoplamento estrutural é um canal de comunicação existente entre dois sistemas¹⁹. Eventualmente uma estrutura pode funcionar como canal entre mais de um sistema. É o que ocorre, por exemplo, com a Constituição. A Constituição é o canal que permite a comunicação do Direito com o sistema político e com o sistema econômico. Cada um de forma individualizada.

Este “permitir a comunicação” entre sistemas diferentes significa que um sistema pode gerar perturbações a outro sistema, apesar de não operar sob o mesmo código binário. Logo, o mecanismo de acoplamento estrutural também funciona como um filtro/tradutor, que possibilita ao sistema transmutar a comunicação elaborada sob um outro código binário para uma comunicação dentro do código binário do sistema que foi por ela irritado²⁰.

Neste momento o leitor, atento, pode estar se perguntando o que foi feito com as pessoas, afinal, não sendo elemento central da teoria da sociedade, elas devem aparecer em algum outro lugar, sob pena de toda a construção não ter nenhuma valia.

Luhmann considerava que “pessoas” é um termo que tem uma carga significativa complexa demais para ser encaixado dentro da teoria dos sistemas. Por essa razão ele abandonou tal termo e passou a utilizar o termo “sistemas psíquicos” para identificar as “pessoas”. Isto, pois, para Luhmann, do ponto de vista sistêmico, elas, as pessoas, precisam ser pensadas também como um sistema peculiar²¹. Isso gerou uma série de críticas. Todavia, dada a amplitude da questão, remetemos o leitor a outro texto,²² onde há uma aproximação completa da contenda.

É preciso ainda mourejar a questão dos “subsistemas”. Subsistemas nada mais são que diferenciações que ocorrem dentro de sistemas sociais, a fim de responder a pedidos ainda mais específicos. A ideia é que o desenvolvimento da

complexidade intrasistêmica pode levar à formação de especificações internas, direcionando demandas e respostas, e possibilitando reduzir a complexidade interna enquanto, simultaneamente, aumenta a qualidade das respostas dadas. Novamente o sistema jurídico é um bom exemplo. É claro que o código lícito/ilícito é apto a lidar com todas as demandas, todavia, é salutar o desenvolvimento de subsistemas – direito penal, direito civil, direito tributário – a fim de permitir um ganho de sofisticação no discurso e, com isso, gerar melhores soluções para as demandas feitas.

Feita esta apresentação, é possível agora que pensemos nosso problema a partir deste instrumental teórico.

Dentro desta perspectiva, nossa tarefa de delimitar o conteúdo jurídico do Princípio da Precaução se torna menos complexa, pois ele deve ser visto, *a priori*, como um ato de comunicação que significa que havendo possibilidade/risco de repercussão ambiental negativa, o sistema jurídico decidirá a demanda determinando a realização da conduta que anule ou diminua tal risco, independentemente de maiores considerações. Não seria possível, por exemplo, sustentar que tal norma deve ser ponderada por razões econômicas – embora isso seja feito, e será visto adiante –, vez que isso seria a introdução de um argumento construído dentro de outro código binário, e mantido naquela linguagem, algo não tolerado pela Teoria dos Sistemas.

Em outras palavras, além de estabelecer uma reação previsível por parte do sistema jurídico, tal norma ainda impede que determinados argumentos sejam levados ao debate jurídico. É preciso, então, estudar as consequências desta reação sistêmica.

Quando um sistema é perturbado, três reações são possíveis. O primeiro caso é aquele de uma irritação que o sistema percebe como irrelevante, a exemplo de um ato que não preenche as características necessárias para ser tido por comunicativamente relevante. O exemplo jurídico típico desta situação são as condutas dos absolutamente incapazes: em regra, o Direito não reage a um ato por eles realizados, ainda que tenha forma jurídica, vez que o próprio sistema assume que os atos de tais “sistemas psíquicos” não oferecem a relevância comunicativa necessária a causar uma reação sistêmica.

O segundo caso é o da conduta que tenta fazer o sistema tomar uma decisão sob outro código binário. Por exemplo, uma decisão que afirmasse que, apesar do risco ambiental desconhecido, o risco deveria ser aceito em razão do provável retorno econômico que aquele ato terá. A reação sistêmica a esta situação é a exclusão ou anulação desta decisão, dada a violação do código binário. O sistema reage excluindo tal decisão em razão de ela oferecer um risco efetivo à própria existência do sistema, vez que a tomada de decisões dentro de outro código traz em si o risco de desdiferenciação, ou seja, que o sistema perca sua identidade, tornando-se parte de outro sistema, e o risco de colonização por outro sistema, isto é, que o sistema funcione como legitimador

de decisões tomadas sob outro código, sem, contudo, respeitar efetivamente a estrutura e o código do sistema jurídico.

A terceira situação é aquela em que argumentos que respeitam o código binário do sistema são levantados, tornando o caso mais difícil. É o que ocorre, por exemplo, se um órgão de controle ambiental prévio afirma que determinado procedimento preencheu os requisitos de segurança ambiental. Nesse cenário deverá haver a evolução da comunicação intrasistêmica a fim de verificar se a solução dada se compatibiliza também com o princípio da precaução, vez que este é norma fundante do subsistema jurídico-ambiental. Se se perceber que o procedimento prévio de segurança foi pensado já a partir da ideia de precaução, a decisão tomada será aceita e o argumento incorporado ao desenvolvimento da comunicação do sistema. Se o procedimento de controle desconsiderar o que determina a precaução, por exemplo, por ser anterior a ela, a decisão tomada – que é um ato comunicativo – deverá ser anulada ou reformada a fim de adequar-se à estrutura do sistema.

Outro aspecto que contribui para o desenvolvimento do tema abordado é a percepção da “dignidade humana” como elemento estrutural do sistema jurídico. Isto, porém, será abordado no próximo item.

3 DIGNIDADE HUMANA

A ideia de “dignidade humana” acabou tornando-se lugar comum no pensamento jurídico contemporâneo. Qualquer que seja a tese defendida, da inadequação das prisões à carga tributária, passando pela teoria dos contratos mercantis, em algum momento alguma parte da teoria acaba sendo justificada pelo postulado da “dignidade da pessoa humana”. A pergunta que se faz é: é possível fundamentar a precaução ambiental em tal postulado? Como? E é possível com isso produzir argumentos que possam ser utilizados pelo sistema jurídico sem riscos de desdiferenciação e de colonização? A resposta nos parece afirmativa. Antes de chegar a ela, porém, é preciso revisitar a própria ideia de dignidade humana, a fim de compreendermos como ela assumiu o papel relevante que hoje tem.

A noção de dignidade tem uma história que remonta à Grécia clássica e às religiões antigas. Assim, Platão e Aristóteles, por exemplo, consideravam que “o ser humano se eleva por cima das outras entidades do mundo, em razão do fato de ter alma racional”²³²⁴. (trad. nossa²⁵). Enquanto “no pensamento judeu, o ser humano se alça por cima de todas as criaturas, pelo fato de ser imagem e semelhança de Deus”.²⁶ (trad. nossa²⁷).

Ainda no pensamento clássico, os estóicos desenvolveram dois axiomas para expressar a importância do ser humano. “Akhonta”, aquilo que tem valor, e “agatha”, aquilo que tem dignidade. O ser humano tem valor, mas um valor que não pode ser medido, precificado. Daí, inclusive, a crítica dos estóicos a qualquer tipo de escravidão.²⁸

Por outro lado, romanos e atenienses estranhavam a concepção de que a

dignidade fosse algo com que se nasce. “Dignidade – *dignitas et excellentia* – era compreendida não como qualidade de nascença, mas sozinha como resultado de conquista individual e reconhecimento social”.²⁹ (trad. nossa³⁰).

Já no pensamento cristão a ideia de dignidade também é construída a partir da noção da criação à imagem e semelhança de Deus. “Como filho e semelhante a Deus, possui o homem um valor absoluto, por meio do qual ele se diferencia de todas as demais criaturas”.³¹ (trad. nossa³²).

Na filosofia moderna – dos séculos XVII e XVIII – o fundamento da dignidade dos homens é reconstruído sobre bases independentes de valores religiosos.

Assim fundamentou, por exemplo, Immanuel Kant no século XVIII a dignidade dos homens exclusivamente em sua própria consciência, liberdade, moralidade e razão – e não diretamente em sua semelhança a Deus e a sua colocação no mundo”.³³ (trad. nossa³⁴).

O abandono da matriz religiosa permitiria ampliar o alcance da ideia, trabalhando-a a partir de outros pontos.

O professor da Universidade de Viena Peter Schaber,³⁵ por exemplo, traz para a discussão a hipótese da dignidade como dependente de reconhecimento social.

[...] Para a atribuição da dignidade humana, diferentes fundamentos poderiam exercer algum papel. Assim, a circunstância relevante poderia ser que nós nos sintamos conectados aos outros, ou que eles pertençam à mesma espécie. (...) Esta sugestão não diz nada sobre onde o limite para a atribuição de dignidade deve ser movida. Esta demarcação de fronteiras seria muito mais dependente de considerações tidas por relevantes socialmente. (...).³⁶ (trad. nossa³⁷).

De início é preciso observar que tal sugestão é falha em identificar as origens históricas da ideia de dignidade humana. Outro problema, que o próprio Peter Schaber aponta, seria o risco de que a atribuição de dignidade se tornasse algo puramente arbitrário (*ein Akt der Willkür zu werden*), podendo ser ou não atribuída a partir de critérios inconsistentes. Outra questão posta é: o que legitimaria aos homens atribuírem-se dignidade reciprocamente, mas não atribuí-la a outros seres? Quais seriam as qualidades relevantes para a atribuição de dignidade?³⁸

Diante de tais questionamentos, ele põe em discussão outra ideia, dada por Joel Feinberg, de que a dignidade deva/possa ser compreendida como a habilidade de fazer demandas e buscar seus direitos. “Deste modo a dignidade inata dos homens não seria dependente de reconhecimento social por parte de homens portadores de dignidade, mas da qualidade de ter tal habilidade”.³⁹ (trad. nossa⁴⁰).

O próprio Schaber⁴¹ repudia a ideia de Feinberg por duas razões. A primeira seria o fato de que, assumida tal sugestão, a dignidade seria atingida não quando uma pessoa fosse humilhada ou maltratada, mas sim quando tivesse sua possibilidade de fazer demandas judiciais suprimida, o que é contraintuitivo. Ainda,

pois esta sugestão retira a dignidade inata daqueles que não tem e eventualmente jamais terão capacidade de, pessoalmente, perseguir seus direitos, como é o caso das crianças e dos que nosso sistema chama “absolutamente incapazes”.

Dada a insuficiência dos critérios apresentados até o momento, ainda seguindo Schaber,⁴² outra proposta deve ser analisada: a da “dignidade humana como direito a não ser humilhado”⁴³.

Esta proposta será analisada a partir de casos paradigmáticos em que a dignidade é atingida a partir de diferentes tipos de humilhação, notadamente a tortura sistemática (*Regel Folter*) e uma vida em pobreza absoluta (*ein Leben in absoluter Armut*).

Ambas as situações impedem ou dificultam severamente que a pessoa faça uso daqueles atributos que nos diferenciam dos demais seres, como nossa liberdade, nossa noção de moralidade e nossa razão.

A contemplação destes exemplos paradigmáticos de violação da dignidade sugere a seguinte concepção de dignidade humana: a dignidade humana não é um bem físico, mas uma demanda moral, que é violada se uma pessoa for humilhada. Atribuir dignidade a um homem significa, por consequência, conferir a ele o direito moral a não ser humilhado. Cada pessoa tem, porque e enquanto compreendido como portador de dignidade humana, uma busca qualificada por ser tratada pelos demais de uma determinada forma e respectivamente de poder viver de uma forma específica.⁴⁴ (trad. nossa⁴⁵).

O conceito acima, ao final, parece indicar uma correlação – talvez mesmo uma correspondência – entre as ideias de dignidade humana e autonomia (capacidade de autodeterminação) e/ou respeito próprio (*Selbstachtung*).

Neste ponto é possível responder à questão inicial quanto a possibilidade de se fundamentar a proteção ambiental na ideia de dignidade humana. Mesmo seguindo a sugestão de Krystian Complak⁴⁶ de que a dignidade humana deve ser utilizada para fundamentar apenas os aspectos mais fundamentais dos direitos humanos, entendemos cabível, aliás, imperativo fundamentar nela a exigência de proteção ambiental.

E assim defendemos, pois é indiscutível que a possibilidade de autodeterminação de uma pessoa – isto é, a possibilidade de ela escolher a forma de conduzir sua própria vida – é estritamente dependente de um mínimo de disponibilidade de recursos naturais. Basta que se pense nos danos naturais decorrentes de mudanças climáticas, como períodos de seca excessivamente longos, chuvas excessivas em regiões não adaptadas a essa situação, aquecimento de áreas com clima outrora ameno etc, para visualizar a dependência da ideia de autodeterminação com a necessidade de um “mínimo ambiental. Neste sentido, seguimos a conclusão de Patrick Ayala:

Considerando-se o conjunto dos argumentos analisados, e se é correto admitir que a sobrevivência e o livre desenvolvimento

da personalidade das pessoas depende de que sejam garantidos ou mantidos determinados níveis de qualidade aos recursos naturais em geral, é possível atribuir à natureza a condição de bem que manifesta valor intrínseco, razão pela qual as ordens constitucionais contemporâneas, situadas que estão no contexto de projetos emancipatórios de qualidade diferenciada, tendem a reconhecer e a exprimir o valor de existência da natureza (e o valor de existência de outras formas de vida) como manifestação de um pluralismo moral na definição das tarefas estatais de proteção.⁴⁷

4 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Há um sem número de trabalhos sociológicos – dentre os quais se destaca o de Ulrich Beck⁴⁸ – dedicados a identificar e delinear a realidade do mundo moderno como um mundo de riscos e perigos criados pelo próprio desenvolvimento tecnológico e pela expansão das fronteiras do conhecimento em geral⁴⁹. O desenvolvimento científico-tecnológico permitiu à humanidade desenvolver possibilidades de libertação e opressão nas mesmas proporções⁵⁰, fazendo surgir riscos inimagináveis um século atrás⁵¹. Dentre os resultados desta realidade está a exigência de que sejam encontradas saídas psicológicas para conviver⁵² com riscos de forma aceitável, isto é, conduzida de forma inconsciente⁵³.

Dentre estes riscos nos interessa de forma particular um grupo que ameaça não apenas nosso modo de vida, mas talvez mesmo nossa forma de vida, nossa continuidade enquanto civilização. Falamos aqui dos riscos ambientais de grande porte, que vem sendo delineados de forma contínua pelas mais diversas entidades e autoridades nos últimos quarenta anos, pelo menos.

Sem muito esforço é possível pensar em algumas fontes de risco ambiental relevante que são produto imediato do desenvolvimento tecnológico, por exemplo, riscos decorrentes da engenharia genética aplicada a seres vivos e a alimentos, riscos decorrentes da queima de combustíveis fósseis, risco decorrentes da geração nuclear de energia, bem como dos testes de armamentos nucleares etc. Todos esses casos, com exceção do desenvolvimento de armas nucleares, estão numa zona cinzenta entre risco não mensurável e benefícios igualmente desconhecidos. Colocando de outra forma: todas estas situações geram riscos e benefícios aptos a melhorar nosso modo de vida, porém, expondo-o a riscos desconhecidos, isto é, cuja exata dimensão não é possível saber, não sendo possível, também, saber se poderíamos lidar com tais riscos caso se efetivem.

É bastante evidente que o discurso do desenvolvimento dentro de margens de segurança usualmente veiculado por aqueles que têm interesses (em geral econômicos) na continuidade da “evolução” tecnológica/industrial tem prevalecido, muitas vezes ocultando dados relevantes⁵⁴, muitas vezes reforçando a crença numa suposta segurança dada pelo respeito a padrões científicos⁵⁵.

Neste cenário, um dos instrumentos desenvolvidos pelo Direito foi o “Princípio da Precaução”, que ganhou particular importância com o surgimento das empresas de biotecnologia, vez que a abertura de capital de tais atores econômicos potencializa os riscos, já que a lógica do lucro tende a prevalecer sobre a contenção de riscos.⁵⁶

O princípio da precaução ganha identidade a partir da existência do potencial de risco de uma atividade. Com origem no Preâmbulo da Declaração Ministerial de Bremen de 1984, na Conferência Internacional sobre Proteção do Mar do Norte, foi mencionado e 1987, quando na Declaração Ministerial de Londres na II Conferência sobre o Mar do Norte, que o mencionou de modo específico.⁵⁷

A fórmula mais conhecida, contudo, parece ser aquela que consta do documento final da conferência ECO 92, realizada no Rio de Janeiro, em seu “princípio 15⁵⁸”, que estabelece que havendo riscos ambientais, ainda que incertos, medidas de precaução a tais riscos deverão ser adotadas pelos Estados, não sendo a incerteza do risco um argumento válido para postergar medidas de proteção ambiental.

Considerada a supramencionada importância da proteção ambiental como verdadeiro direito fundamental⁵⁹, torna-se imperativo resolver a questão da definição da norma que advém do Princípio da Precaução, vez que a indefinição – que é típica das ideias mais difundidas a respeito do termo “princípio”, e que é corroborada pelo enunciado veiculado pela Declaração do Rio de Janeiro – fragiliza o potencial deste dispositivo, tornando-o menos apto na concretização do direito a um meio ambiente equilibrado, tal como consta do caput do artigo 225 da Constituição brasileira de 1988, direito esse cuja proteção é atribuída a todos os entes da federação⁶⁰.

Maurício Mota sintetiza boa parte dos problemas que decorrem do texto do “Princípio 15”:

Nessa formulação alguns aspectos devem ser destacados. O primeiro é o de que a intensidade da tutela jurídica do bem (o meio ambiente) não é absoluta, mas circunscrita à capacidade de cada Estado; o segundo é o de que basta a ameaça hipotética, porém plausível de danos graves ou irreversíveis para justificar a intervenção, não sendo necessária a sua configuração concreta ou temporalmente provável; o terceiro aspecto é o de que não se exige a certeza científica absoluta da determinação do dano plausível, mas tão somente que este, dentro do conjunto de conhecimentos científicos na ocasião disponível, possa legitimamente se apresentar como potencialmente danoso e, finalmente, que as medidas econômicas a serem adotadas para prevenir a degradação ambiental sejam compatíveis com as outras considerações societárias do desenvolvimento econômico.⁶¹

Observa-se que há diversos pontos a serem resolvidos a fim de tornar tal instituto um instrumento efetivo de concretização do direito fundamental ao

meio ambiente. Passemos agora à análise de cada um. Em seguida, outras questões devem ser abordadas, como a titularidade intergeracional do direito em tela.

É pacífica no meio jurídico a inexistência de direitos absolutos⁶². No elenco acima mencionado, a relativização do direito à efetivação plena do princípio da precaução foi relacionada “à capacidade de cada Estado”. É possível ainda pensar nos casos de conflito normativo em que, argumentativamente, seja viável chegarmos a um impasse, uma situação que não pode ser decidida objetivamente, mas apenas por uma escolha que, ainda que juridicamente justificável, no fundo é reflexo das preferências daquele que decide. Estes dois problemas, contudo, podem ser manejados de forma satisfatória. Quanto ao último, nos parece evidente que a concretização da proteção ambiental tem uma preferência *a priori* sobre qualquer outro direito. A razão disso é a sua essencialidade, no sentido de ser instrumento que protege não direitos individuais ou coletivos, mas, no limite, a viabilidade de nossa existência. Assim sendo, havendo conflito com outras normas, a precaução só deverá ser posta em segundo plano se surgir um conjunto de argumentos forte o bastante para isso e, ainda, que se demonstre que esta opção não ocasionará danos irreversíveis de grandes proporções.

Quanto à questão da capacidade de cada Estado, dois caminhos devem ser observados. Primeiro, é preciso garantir que todos os recursos possíveis (disponíveis) estão sendo utilizados em tal tarefa. Segundo, deve-se exigir dos Estados a imediata construção legislativa necessária à concretização do princípio, isto é, a criação de instrumentos jurídicos e instituições aptas a promover a concretização do mandamento⁶³ em estudo. É bem verdade que estas demandas esbarram na lógica política de agir conforme o potencial eleitoral das ações – que, no caso, é pequeno. A saída é trabalhar para que a proteção ambiental seja percebida cada vez mais como política de Estado, preferencialmente com respaldo em mecanismos internacionais que, não raramente, são uma contramedida efetiva ao agir estritamente eleitoreiro de boa parte da classe política.

Os segundo e terceiro problemas mencionados por Maurício Mota dizem respeito ao fato de que não é necessária a certeza do dano, mas apenas sua probabilidade, o que torna este, em nossa opinião, o maior dos problemas. Vejamos!

Embora as pesquisas das ciências exatas e biológicas já tenham abandonado a ideia da “certeza científica⁶⁴” há tempos,^{65 66} o Direito – por paradoxal que pareça – ainda tem dificuldade em lidar com esse rompimento, e este é um exemplo típico desta dificuldade. Como determinar a (re)ação de instrumentos e instituições jurídicas sem conseguir definir, pelo menos, o momento em que a violação do preceito ocorreu?

Como o próprio princípio 15 da Declaração do Rio sugere, não é necessária a certeza científica, mas apenas a probabilidade. Logo, a resposta a esta questão talvez seja aprender a confiar naqueles que Thomas Kuhn⁶⁷ designa “membros mais hábeis do grupo em cuja área de competência ele ocorre”, isto é, naqueles considerados autoridades acadêmicas no tema que seja fonte de risco.

É possível contra-argumentar que dentro da comunidade científica raramente há consensos, em especial quando estamos lidando com pesquisas que envolvem empresas privadas ou interesses econômicos de grande porte, públicos e/ou privados. Isto é inegável. Todavia, uma tomada de posição prudente recomendaria considerar – com mais afinco – as análises daqueles pesquisadores de carreira sem vínculos pessoais com o tema, e sem riscos de perder sua posição caso a conclusão seja no sentido de se suspender ou mesmo proibir o desenvolvimento de determinada tecnologia. Um bom exemplo é o caso do aquecimento global. No caso, há grande número de manifestos no sentido de que tal fenômeno não é reflexo de atuação humana, mas algo cíclico, da natureza do planeta. Por outro lado, há instituições como o IPCC – vinculado às Nações Unidas –, que congregam pesquisadores sem vínculos econômicos imediatos com o tema e que, portanto, merecem, em princípio, maior credibilidade.

Assim sendo, é possível concluir que a questão da incerteza é um problema mais cultural – talvez especificamente dos atores jurídicos – do que uma questão impeditiva da concretização da *precautionary rule*.

O último problema elencado diz respeito à compatibilidade da precaução com considerações sobre o desenvolvimento econômico⁶⁸. Esta exigência é, no mínimo, curiosa. Todavia, o termo que melhor a descreve nos parece ser o relativismo de valores que vigora neste começo de século XXI. Isto, pois, mesmo se tratando de riscos ainda não bem definidos, com potencial destrutivo eventualmente regional ou global – pense em energia nuclear ou organismos geneticamente modificados –, há quem questione os impactos econômicos da precaução!

É de clareza solar que a economia e suas diversas facetas é a característica mais relevante do mundo ocidental neste momento histórico. O que é preciso questionar são os limites, já bastante distendidos, até pela viabilidade deste modelo de forma de vida. Cogitar dos impactos da efetivação do princípio da precaução considerando os impactos que ele pode ter sobre a economia é inverter a mais elementar ordem de prioridade. Apesar de o que possa parecer numa visão mais superficial, não nos construímos em função da economia. Construímos a economia em função de nós! E assim deve ser, sob pena de chegarmos ao absurdo de dizer que é melhor aceitar um risco com potencial destrutivo desconhecido do que impedir que ele surja, pois isso seria prejudicial à economia. Basta considerar um caso concreto, o da usina nuclear de Fukushima, no Japão.

Embora num primeiro momento tenha sido considerado um risco aceitável, útil mesmo à economia local, ocorrido um desastre natural de grandes proporções a conclusão é a inversa, de que o risco que sua existência traz é maior do que seus benefícios.

Superados estes obstáculos anteriormente abordados, é preciso abordar a questão da titularidade do direito de exigir a imposição da postura determinada pelo instituto jurídico sob análise.

Este item é importante por duas razões. Primeiro, porque sendo direito da chamada terceira dimensão – a dos ditos difusos e coletivos, também identificados como de “solidariedade” e de “fraternidade”⁶⁹, há uma natural dificuldade em individualizar titulares e, com isso, portadores de legitimidade ativa para demandar sua implementação. Segundo, porque a efetivação da preservação ambiental deve ser orientada pela ideia de “equidade intergeracional”⁷⁰, isto é, o fato de que o dever de proteger efetivamente o meio-ambiente existe não apenas em benefício da atual geração⁷¹, mas também das gerações futuras⁷².

A solução para esta questão, todavia, deve ser aquela da via que, a nós, parece a mais simples: a da atribuição de legitimidade a todos os potenciais envolvidos no eventual/possível dano, ainda que de forma reflexa⁷³. O eventual risco de listisconsórcio multitudinário ou de proliferação de ações semelhantes em partes diversas do território nacional poderiam ser solucionados com a utilização dos instrumentos já utilizados nas ações que tutelam interesses difusos e coletivos.

Tudo considerado, é possível delinear o princípio da precaução como um instrumento que reconstrói as prioridades (valorativas) quando da tomada de decisões em situações de risco coletivo desconhecido, determinando que, apesar das demais considerações possíveis, a escolha a ser feita é a que de forma mais concreta reduza ou paralise os riscos, ainda que com prejuízos econômicos.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico e econômico tem empurrado a humanidade para fora de suas zonas de certeza. A busca por inovações e melhorias, com bastante frequência, nos faz caminhar rumo a fronteiras antes intransponíveis, nos colocando em situações cujas consequências estão, eventualmente, além de nossas capacidades de previsão e de resposta.

Para tais situações, e considerando o risco ambiental que elas criam – e, conseqüentemente, os riscos para as pessoas – surgiu o chamado “Princípio da Precaução”, que determina que a ausência de certeza quanto ao risco de um evento não deve ser considerado um argumento válido para postergar a tomada de ações preventivas frente a este risco.

É verdade que uma norma jurídica qualquer não tem, sozinha, força suficiente para garantir aquilo que deseja garantir. Todavia, como visto, a exclusão do argumento da “incerteza científica” como premissa favorável à continuidade de pesquisas em áreas desconhecidas é tudo o que se pode e deve esperar do sistema jurídico, vez que este é seu limite “natural” enquanto sistema autopoietico.

De toda forma, sendo tal limite respeitado, ele será eficiente e suficiente para garantir a segurança ambiental necessária à manutenção da ideia de dignidade como possibilidade de escolher o próprio modo de vida.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- ALEXY, Robert. In: SILVA: Virgílio Afonso da (Trad). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à Saúde**: efetividade e proibição do retrocesso social. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.
- AYALA, Patrick de Araújo. Direito Ambiental de Segunda Geração e o Princípio da Sustentabilidade na Política Nacional do Meio Ambiente. In: **Revista de Direito Ambiental – RDA**, v. 63, p. 103-132, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. In: MEDEIROS, Carlos Alberto (Trad.). **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- CAFFERATTA, Néstor A. *El Principio Precautorio*. In: **Gaceta Ecológica**, n. 73, pp.05-21, 2004.
- CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. In: **Revista da Esmec**. v.15, n.21, 2008.
- DELATTRE, Pierre. In: FURTADO, José Afonso (Trad.). **Teoria dos Sistemas e Epistemologia**. Lisboa: A Regra do Jogo Edições, 1981.
- DINO NETO, Nicolao. Introdução ao Estudo das Infrações Administrativas Ambientais. In: **Revista de Direito Ambiental – RDA**, v. 62, pp.169-200, 2011.
- EAGLEMAN, David. In: VINAGRE, Ryta (Trad.). **Incógnito**: as vidas secreta do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- GIDDENS, Anthony. In: FIKER, Raul (Trad.). **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, L. S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.
- KUHN, Thomas S. In: BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson (Trad). **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LOPEZ, Myriam Sepulveda. *La Dignidad Humana como un valor etico juridico implicado en la Bioetica y el Bioderecho*. In: **Mission Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales**. n. 2. 2009.

LUHMANN, Niklas. In: BAYE, Gustavo (Trad.). **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. In: NASSER, Ana Cristina Arantes (Trad.). **Introdução à Teoria dos Sisteas**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

MENDONÇA, Daniel; RODRIGUES, Léo Peixoto. Laclau e Luhmann: um diálogo possível. In: MENDONÇA, D.; RODRIGUES, L. P. (Orgs.). **Ernesto Laclau & Niklas Luhmann: pós fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

MOTA, Maurício. Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. In: **Revista de Direito Ambiental - RDA**, v.50, pp.180-211, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

SCHABER, Peter. *Menschenwürde und Selbstachtung. Ein Vorschlag zum Verständnis der Menschenwürde*, in: **Studia Philosophica**, v. 63, p. 93-106, 2004.

SCHWARTZ, Germano. A Fase Pré-autopoiética do Sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SCHWARTZ, Germano. Autopoiése e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: ROCHA, L. S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. **A Verdade sobre a Autopoiése no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. In: **Revista de Direito Ambiental - RDA**, v. 46, pp.164-190, 2007.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. **Direito Penal de Emergência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

WETZ, Franz Josef. **Menschenwürde: Eine Illusion?** Klett-Cotta Verlag, Stuttgart, 2005.

- 1 SILVA, Reinaldo Pereira e. A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. In: *Revista de Direito Ambiental – RDA*, v. 46, pp.164-190, 2007.
- 2 *Ibid.*, p. 165.
- 3 WETZ, Franz Josef. *Menschenwürde: Eine Illusion?* Klett-Cotta Verlag, Stuttgart, 2005, p. 28
- 4 **No original:** *Allgemein wird den Begriff Menschenwürde auf zweierlei Weise verwendet: einmal als Bezeichnung einer angeborenen Eigenschaft des Menschen, welche Wesensmerkmal genannt wird. Hiernach besitzt der Einzelne schon kraft seines Menschseins, unabhängig von seinem Verhalten und den gesellschaftlichen Verhältnissen, in denen er lebt, eine besondere Würde. Dann aber bedeutet Würde auch einen Gestaltungsauftrag, demzufolge es hauptsächlich von uns Menschen selbst, unserer Lebensweise und unseren Umgangsformen abhängt, ob und inwiefern wir Würde besitzen. In diese Zusammenhang wird Würde mal als individuelles Verdienst, mal als gesellschaftliche Leistung betrachtet.* (WETZ, op. cit., p.28).
- 5 TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. **Direito Penal de Emergência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.
- 6 Na realidade, aquilo a que se chama Teoria dos sistemas recobre todo o conjunto de tentativas, provenientes de horizontes muito diferentes, utilizando conceitos e princípios de formalização não menos diversos, mas tendo todas em comum o facto de procurarem atingir os objectivos que acima lembrámos em domínios de estudo mais ou menos amplos. (...). (DELATTRE, Pierre. In: FURTADO, José Afonso (Trad.). **Teoria dos Sistemas e Epistemologia**. Lisboa: A Regra do Jogo Edições, 1981, p.12).
- 7 (...) O instrumental da pesquisa sociológica que então começava a desenvolver-se apresentava exigências teóricas que não mais podiam ser satisfeitas com as antigas concepções globalizantes da totalidade social. A teoria da sociedade como totalidade abrangente do convívio social desmoronou. Isso bloqueou também o desenvolvimento da sociologia do direito, ou, pelo menos, a desviou no sentido do que era possível metodologicamente, transformando-a em uma sociologia dos papéis profissionais, dos processos decisórios, etc...ou seja em uma sociologia cujo tema não era mais o direito. (LUHMANN, Niklas. In: BAYE, Gustavo (Trad.). **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p.167).
- 8 Portanto, a sociedade é comunicação. E tudo o que se comunica faz parte da sociedade ou é sociedade. A sociedade é uma realidade com clausura autoreferencial ordenada de forma autossustitutiva, de vez que tudo que deve ser substituído ou mudado, em seu interior, deve ser mudado ou substituído a partir de seu próprio interior. É assim que a sociedade se comunica, se transforma e se complexifica. Dessa forma, a sociedade é tida como o sistema global da comunicação. E a comunicação é a síntese da informação, do ato de comunicação e da compreensão. Ou, como lembra Leonel Severo Rocha, *comunicação é a capacidade de repetir as suas operações diferenciando-as de suas observações*. (SCHWARTZ, op. cit., p.71) (itálicos no original).
- 9 Por isso, a teoria de Luhmann é uma concepção de mundo que pode ser chamada, na falta de outro nome, pós-moderna. Teoria que acentua não a racionalidade, não o consenso, a identidade, mas a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade. É uma teoria crítica nesse sentido avançando o máximo possível além de qualquer noção de racionalidade tradicional. É claro que continua aproveitando um pouco das contribuições de Weber e de Parsons, mas a sociedade, na perspectiva de Luhmann, é uma sociedade que visa à produção da diferença. Introduziu-se toda essa trajetória para se salientar a importância da teoria sociológica do Direito. Weber colocou a problemática da ação, da decisão; Parsons, a problemática dos sistemas. E Luhmann vai rever tudo isso e aprofundar numa teoria da sociedade contemporânea. (ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 30).
- 10 (...) Na diferenciação segmentária são formados diversos sistemas iguais ou semelhantes: a sociedade compõe-se de diversas famílias, tribos, etc. Na diferenciação funcional os sistemas parciais, ao contrário, são formados para exercerem funções especiais e específicas, sendo portanto distintos entre si: para a política e a administração, para a economia, para a satisfação de necessidades religiosas, para a educação, para cuidar dos doentes, para funções familiares residuais (assistência, socialização, recreação), etc. Uma paulatina transformação da diferenciação segmentária para a diferenciação funcional nas mais importantes áreas funcionais da sociedade constitui, genericamente, um traço básico do desenvolvimento social. (...). (LUHMANN, op. cit., p. 176).
- 11 (...) a função do direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões. O direito é assim “a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. O direito, para Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo. Assim, esta complexidade heterogênea, causado pela chamada dupla contingência é combatida pelos processos de identificação estrutural, somente possíveis com a criação de

- diferenciações funcionais. A teoria sistêmica do direito, comunicando a norma jurídica com o social e a práxis significativa, fornece um importante passo para que a construção de uma nova teoria do direito aborde simultaneamente os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, em relação com o sistema social. (ROCHA, op. cit., p. 32).
- 12 A complexidade é, então, reconstruída a partir de outro prisma: a de sua redução. É sua redução que, paradoxalmente, permite a evolução social, e mais: é o que permite toda a origem da interação social. No entanto, o problema da interação social não pode ser embasado na hipótese de que a complexidade se dá quando dois indivíduos se comunicam. Deve-se entender o problema da contingência não somente como um problema a ser enfrentado, mas como uma questão que gera maiores possibilidades para sua própria resolução. (SCHWARTZ, op. cit., p.69).
 - 13 O conceito de autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autós* (“por si próprio”) e *poiesis* (“criação”, “produção”). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização. Trata-se, portanto, de sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos. (...). (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 60-61).
 - 14 (...) a autopoiese é essencialmente uma problemática de continuação (*Kontinuirung*), no tempo, na efetuação (*Vollzug*), operação após operação ou acontecimento após acontecimento, de um sistema, ou seja, de uma performance funcional que se tornou autolimitante (i.e. *Autônomo*). Isso porque encontraremos no centro da concepção autopoietológica os conceitos de autorreferência, de recursividade, de conectividade ou conectabilidade. A autopoiese pode, mesmo, ser definida simplesmente como a qualidade de um sistema “que organiza a conectabilidade” (por seus elementos). Esse sistema permite, dessa maneira, as operações reprodutivas sobre a base recursiva das operações que as precedem. Um sistema pratica a autopoiese desde o momento em que ele é capaz de encadear as operações perfeitamente genuínas e indiferenciáveis de suas próprias operações. (CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.102-103).
 - 15 O primeiro ponto a ser afirmado é que o direito na teoria autopoietica se refere, como já vimos, a um sistema de sentido, e não a estruturas institucionais formais. Os limites do direito não são determinados nem pelas paredes do tribunal nem pelo alcance de seu longo braço, mas pela aplicação ao ambiente externo do código legal/ ilegal. O direito só existe como comunicações jurídicas. Em segundo lugar, a teoria não nega a possível influência de outros sistemas sociais – políticos, econômicos, religiosos etc. – sobre o conteúdo das comunicações jurídicas, mas refuta a possibilidade de esses sistemas determinarem as comunicações jurídicas de forma direta ou previsível. Rejeita, por conseguinte, tanto a crença ingênua do realismo jurídico nos fatores sociopsicológicos como determinantes das decisões judiciais quanto a determinação política alegada por alguns juristas. (KING, op. cit., p.88).
 - 16 Menos trivial, e talvez até surpreendente, é o fato de que o sistema não pode empregar suas próprias operações para entrar em contato com o meio. Pode-se dizer que este último constituiria a especificidade do conceito de *encernamento operativo*. As operações são acontecimentos que apenas surgem no sistema, e não podem ser empregados para defender ou atacar o meio. No plano das operações específicas do sistema, não há nenhum contato com o meio; sendo que isso também será válido, quando – e sobre este difícil princípio, que contradiz toda a tradição da teoria do conhecimento, é preciso chamar expressamente a atenção – as referidas operações forem observações, ou bem, operações. Além disso, tampouco para os sistemas que observam existe, no plano de sua operação, algum contato com o meio. (...). (LUHMANN, op. cit., p.102-103).
 - 17 O Direito é visto como uma sistema comunicativo que produz normas de conduta tanto para suas próprias operações quanto para a sociedade em geral. Como tal, é fechado no sentido de que não pode produzir nada a não ser Direito e também no sentido de que suas operações são impermeáveis a comunicações diretas de outros sistemas sociais. Isso não quer dizer que a legislação ou as decisões dos juízes estejam à margem de qualquer influência de fatores políticos ou econômicos. O que a teoria autopoietica propõe, mais exatamente, é que o sistema jurídico é fechado normativamente, mas *aberto cognitivamente*. Trata-se, como Teubner enigmáticamente nos diz, “aberto de uma forma fechada”(!). (KING, op. cit., p. 88).
 - 18 Nunca se deve perder de vista que o *acomplamento estrutural* é compatível com a autopoiese, e que, por conseguinte, *há possibilidades de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiese*. Isso pode ser formulado de modo inverso: a linha de demarcação que divide o meio, entre aquilo que estimula ao sistema e aquilo

- que não o estimula – e que se realiza mediante o acoplamento estrutural –, tende a reduzir as relações relevantes entre sistema e meio a um âmbito estreito de influência. Apenas desse modo, um sistema pode transformar irritações em causalidade. (LUHMANN, op. cit., p. 132).
- 19 Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. (...) As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa. (NEVES, op. cit., p.35).
- 20 O sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim como não existe *transfer* de irritação do meio ao sistema. Trata-se sempre de uma construção própria do sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio). (LUHMANN, op. cit., p.132).
- 21 Para Luhmann, tanto a sociedade como o indivíduo devem ser vistos como sistemas. A sociedade constitui-se num sistema social e o(s) indivíduo(s) em sistema(s) psíquico(s). Os sistemas, em Luhmann, são incomunicáveis diretamente. Para um sistema autorreferenciado, tudo o que não for ele mesmo é meio ambiente, inclusive os demais sistemas, imaginando-se um sistema-mundo. (...)(MENDONÇA, Daniel; RODRIGUES, Léo Peixoto. Laclau e Luhmann: um diálogo possível. In: MENDONÇA, D.; RODRIGUES, L. P. (Orgs.). **Ernesto Laclau & Niklas Luhmann: pós fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 93).
- 22 TEIXEIRA, 2013.
- 23 Ensinava Myriam Sepulveda Lopez que para Aristóteles todo ser capaz de movimentar-se tem alma. Existiriam, porém, três tipos de alma: a vegetativa, a irracional e a racional. O ser humano seria o único dotado de alma racional, aquela que permite pensar. Daí situar-se num plano superior aos demais seres, possuidores das outras espécies de alma. (LOPEZ, op. cit).
- 24 *Ibid.*, p. 110.
- 25 **No original:** (...) *el ser humano se eleva por encima de las otras entidades del mundo, por el hecho de tener alma racional.* (LOPEZ, op. cit., p.110).
- 26 *Ibid.*, p.110
- 27 **No original:** (...) *en el pensamiento judío, el ser humano se alza por encima de todas las criaturas, por el hecho de ser imagen y semejanza de Dios.* (*Ibid.*, p.110).
- 28 *Ibid.*
- 29 WETZ, op. cit., p.29.
- 30 **No original:** *Würde – dignitas ex excellentia – galt damals nicht als angeborene Eigenschaft, sondern allein als das Ergebnis individueller Leistung und sozialer Anerkennung.* (WETZ, op. cit., p. 29).
- 31 WETZ, op. cit., p. 30,
- 32 **No original:** *Als Gottes Kind und Ebenbild besitze der Mensch einen absoluten Wert, wodurch er sich von allen übrigen Kreaturen unterscheidet.* (WETZ, op. cit., p.30).
- 33 WETZ, op. cit., p.31,
- 34 **No original:** *So gründete beispielsweise Immanuel Kant im 18. Jahrhundert die Würde des Menschen ausschließlich auf dessen Selbstbewusstsein, Freiheit, Moralität und Vernunft – und gerade nicht auf die menschliche Gottebenbildlichkeit und Stellung in der Welt.* (WETZ, op. cit., p.31).
- 35 SCHABER, Peter. *Menschenwürde und Selbstachtung. Ein Vorschlag zum Verständnis der Menschenwürde*, in: **Studia Philosophica**, v. 63, p. 93-106, 2004.
- 36 *Ibid.*
- 37 **No original:** (...) *Für die Zuschreibung von Menschenwürde könnte dabei unterschiedliche Gründe eine Rolle spielen. So könnte der Umstand relevant sein, dass wir uns den anderen verbunden fühlen oder dass sie zur selben Gattung gehören. (...) Dieser Vorschlag sagt nichts darüber aus, wo die Grenze der Würdezuschreibung genau zu ziehen ist. Diese Grenzziehung wird vielmehr von den diesbezüglich gesellschaftlich relevanten Überlegungen abhängig gemacht. (...)* (SCHABER, op. cit., p. 97).
- 38 SCHABER, op. cit.
- 39 *Ibid.*, p. 99.

- 40 **No original:** (...) *Auf diese Weise ist die inhärente Würde eines Menschen nicht abhängig von der sozialen Anerkennung eines Menschen als Trägers von Würde, sondern von der Eigenschaft, diese Fähigkeit zu haben.* (SCHABER, op. cit., p. 99).
- 41 Ibid.
- 42 Ibid.
- 43 Tradução literal do título do capítulo: *Menschenwürde als Recht, nicht erniedrigt zu werden.* É preciso considerar que o verbo *erniedrigen* pode ser traduzido de outras formas, como “diminuir”, “rebaixar”, “desconsiderar”. Optamos por “humilhar” por entendermos que representa de forma mais completa todas as ideias que o autor expõe.
- 44 SCHABER, op. cit., p. 104,
- 45 **No original:** *Die Betrachtung dieser paradigmatischen Beispiele von Würdeverletzungen legt die folgende Konzeption von Menschenwürde nahe: Menschenwürde ist kein physisches Gut, sondern ein moralischer Anspruch, der verletzt wird, wenn eine Person erniedrigt wird. Einem Menschen Würde zuzusprechen, bedeutet demnach, ihm das moralische Recht zuzuerkennen, nicht erniedrigt zu werden. Jede Person hat, weil und insofern sie als Träger von Menschenwürde aufgefasst wird, einen berechtigten Anspruch, von anderen in einer bestimmten Weise behandelt zu werden bzw. in einer bestimmten Weise leben zu können.* (SCHABER, op. cit., p.104).
- 46 COMPLAK, op. cit.
- 47 AYALA, Patrick de Araújo. Direito Ambiental de Segunda Geração e o Princípio da Sustentabilidade na Política Nacional do Meio Ambiente. In: **Revista de Direito Ambiental – RDA**, v. 63, p. 103-132, 2011, p.109.
- 48 Neste contexto, Beck visualiza uma dimensão perigosa para o desenvolvimento, especialmente considerando a função da ciência, do conhecimento e da tecnologia. As consequências do desenvolvimento científico e industrial são o perigo e o risco, que vêm acompanhados da possibilidade de catástrofes e resultados imprevisíveis na dimensão estruturante da sociedade. Nessa situação de incerteza – de riscos e perigos potencializados e multifacetados – que se inserem as discussões sobre o princípio da precaução. (MOTA, op. cit, p.181).
- 49 Daí, portanto, a constatação de que o risco não é algo que deva ser temido. Ao contrário. Ele é parte imanente do sistema social. É condição para seu desenvolvimento, pois, conforme Giddens, *o risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza.* Torna-se necessário, assim, perceber a inserção do sistema jurídico nessa realidade. (SCHWARTZ, op. cit., p.121).
- 50 (...) A modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenômeno de dois gumes. O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual. (GIDDENS, Anthony. In: FIKER, Raul (Trad.). **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora UNESP, 1991, p.16).
- 51 A realidade dos atuais problemas ambientais encontra-se muito bem representada pelos efeitos das mudanças climáticas globais: efeitos imprevisíveis, de larga escala, invisíveis, de grande potencial ofensivo, e que redefinem este contexto de uma sociedade de riscos, uma sociedade que é contemporânea e que reforça os liames de solidariedade e de corresponsabilidade de tal modo que nunca se teve notícia anterior. (AYALA, 2011, p.106).
- 52 A vida líquida flui ou se arrasta de um desafio para outro e de um episódio para outro, e o hábito comum dos desafios e episódios é sua tendência a terem vida curta. Pode-se presumir o mesmo em relação à expectativa de vida dos medos que atualmente afligem as nossas esperanças. Além disso, muitos medos entram em nossa vida juntamente com os remédios sobre os quais muitas vezes você ouviu falar antes de ser atemorizado pelos males que esses prometem remediar. (...) (BAUMAN, op. cit., p. 14).
- 53 (...) Nossas esperanças, sonhos, aspirações, medos, instintos cômicos, ótimas ideias, fetiches, senso de humor e desejos surgem deste órgão estranho – e quando o cérebro muda, mudamos nós. Assim, embora seja fácil intuir que os pensamentos não têm base física, que são algo como plumas ao vento, na realidade eles dependem diretamente da integridade do enigmático centro de controle de um quilo e trezentos. A primeira lição que aprendemos no estudo de nossos circuitos é simples: a maior parte do que fazemos e sentimos não está sob nosso controle consciente. (...) (EAGLEMAN, op. cit., p. 12)
- 54 Os desenvolvimentos modernos não poderiam ter ocorrido e com toda certeza não conseguiriam avançar no ritmo que adquiriram se a questão dos limites espaciais “naturais” e intransponíveis não fosse explicada de maneira conveniente e ativamente reprimida, ou simplesmente afastada da vista ao ser riscada da lista dos fatores incluídos nos cálculos instrumentais-rationais. Eles não seriam iniciados, e se o fossem teriam sido prontamente interrompidos, se os limites da sustentabilidade do planeta tivessem sido reconhecidos e admitidos, seriamente considerados e respeitados, e caso se tivesse feito mais do que discursos ocasionais da boca para fora em relação ao preceito da universalidade e da igualdade entre os seres humanos. (...) (BAUMAN, op. cit., p. 98).

- 55 Uma parte básica de meu argumento será a de que a *natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos*, especialmente confiança em sistemas peritos. Em condições de modernidade, o futuro está sempre aberto, não apenas em termos da contingência comum das coisas, mas em termos da reflexividade do conhecimento em relação ao qual as práticas sociais são organizadas. (...) A fidedignidade conferida pelos atores leigos aos sistemas peritos não é apenas uma questão – como era normalmente o caso no mundo pré-moderno – de gerar uma sensação de segurança a respeito de um universo de eventos independentemente dado. É uma questão de cálculo de vantagem e risco em circunstâncias onde o conhecimento perito simplesmente não proporciona esse cálculo, mas, na verdade, cria (ou reproduz) o universo de eventos, como resultado da contínua implementação reflexiva desse próprio conhecimento. (GIDDENS, op. cit., p. 87-88).
- 56 SOUZA; SOUZA, op. cit.
- 57 *Ibid.*, p. 186.
- 58 *La Declaración de Rio de Janeiro, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en junio de 1992, consagró el Principio Precautorio, bajo el siguiente texto: “Principio 15: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.* (CAFFERATTA, Néstor A. *El Principio Precautorio*. In: *Gaceta Ecológica*, n. 73, pp.05-21, 2004, p. 6).
- 59 (...) Segundo Michel Prieur, “não se pode dissociar o homem de seu ambiente de vida e dos elementos sócio-culturais e biológicos que o compõem”, pois o desenvolvimento da vida humana ocorre ambientalmente. Assim sendo, a fundamentalidade do direito ao ambiente natural expressa-se na garantia de sua qualidade como condição imprescindível ao desenvolvimento das potencialidades individuais. (SILVA, op. cit., p.181).
- 60 Em relação ao meio ambiente, a Constituição Federal – núcleo definidor da “competência das competências” – estabelece a competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente, referindo-se, ainda, de forma redundante, ao combate à poluição e à preservação das florestas, da fauna e da flora (art. 23, VI e VII, da CF/1988). (DINO NETO, Nicolao. Introdução ao Estudo das Infrações Administrativas Ambientais. In: *Revista de Direito Ambiental – RDA*, v. 62, pp.169-200, 2011, p. 191).
- 61 MOTA, op. cit., p.181.
- 62 Assim abriu seu voto na Medida Liminar na ADI 2.556-0-DF, em 2002, o Min. Marco Aurélio: “Todos temos a convicção de que não há direitos absolutos na Carta da República. Nem mesmo aquele à vida existe, já que a carta excepciona a proibição da pena de morte, fazendo-o na hipótese da guerra”.
- 63 Nessa situação parece satisfatória a ideia de princípios de Robert Alexy: “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”. (ALEXY, op. cit., p. 90). E continua a explicação Virgílio Afonso da Silva: “(...) A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreira na proteção de outro princípio ou de outros princípios.”. (SILVA, op. cit., p. 46).
- 64 (...) A ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo seu tempo, é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo. Grande parte do sucesso do empreendimento deriva da disposição da comunidade para defender esse pressuposto – com custos consideráveis, se necessário. Por exemplo, a ciência normal frequentemente suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos. Não obstante, na medida em que esses compromissos retêm um elemento de arbitrariedade, a própria natureza da pesquisa normal assegura que a novidade não será suprimida por muito tempo. (...) Desta e de outras maneiras a ciência normal desorienta-se seguidamente. E quando isto ocorre – isto é, quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica – então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência. (KUHN, op. cit., p.24).
- 65 Há muito a filosofia da ciência abandonou o pressuposto de que, para termos teorias científicas que cumpram suas funções explicativa e preditiva, é preciso exigir uma *certeza absoluta*. Em ciência não há fundamentos últimos ou teorias não-falseáveis: o conhecimento científico é, em consequência, dinâmico. Podemos concluir que a *certeza* enquanto propriedade de uma observação, de uma lei, de uma teoria ou de uma previsão nunca é absoluta, mas sempre relativa a um conhecimento de fundo, aceito em caráter provisório e submetido constantemente à crítica. (MOTA, op. cit., p.196).

- 66 KUHN, op. cit.
- 67 Ibid.
- 68 Sustain e Holmes são expoentes americanos da referida análise [*análise econômica do direito*] e desenvolveram, pioneiramente, a teoria dos custos dos direitos. Segundo essa teoria, o exercício da atividade pública é dependente da captação de recursos, o que é feito por intermédio da arrecadação tributária, sendo esta a fonte de custeio das atividades públicas. Sustain e Holmes esclarecem que todos os direitos, sejam os positivos, sejam os negativos, implicam custos para o Estado e que apenas se poderá 'levar os direitos a sério' se for considerada a escassez de recursos também como variável significativa. (...). (ALVES, op. cit., p.103).
- 69 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p.273.
- 70 (...) A fraternidade embandeirada pela nova geração inspirou adicionalmente a ideia de que somos todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um concerto universal com vistas a manter as condições de habitabilidade planetária para as presentes e futuras gerações. Tem-se a afirmação do direito ao desenvolvimento sustentável e ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado; tanto quanto, para alguns, incluem-se os direitos que contextualizam no plano global a proteção à saúde, de modo a tornar acessíveis, sem as barreiras das patentes, remédios para doenças graves como a AIDS. (SAMPAIO, op. cit., p.274).
- 71 A afirmação política e normativa de um objetivo de solidariedade e um compromisso com as gerações presentes e futuras, como os que se encontram expressos nos arts. 3º, I, e 225, *caput*, da CF/1988, impõe a sujeição do Estado e dos particulares ao dever de autorrestrição no livre exercício da autonomia da vontade. (AYALA, op. cit., p.108).
- 72 (...) Há uma crescente preocupação de que as mudanças globais podem ter como efeito a redução da parte da riqueza e diversidades globais a que cada habitante do mundo tem acesso ou terá no futuro. O suposto conteúdo desses direitos, haurido de instrumentos legais internacionais, é o de direitos que cada geração tem em beneficiar-se e em desenvolver o patrimônio natural e cultural herdado das gerações precedentes, de tal forma que este possa ser passado às gerações futuras em circunstâncias não piores do que as recebidas. (MOTA, op. cit., p.182).
- 73 Entendido como forma reflexa aquilo que a melhor doutrina consumerista identifica com o termo *bystander*, isto é, todos aqueles que, embora não participem diretamente da atividade, são vítimas dela. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit.).

DIGNITY AND UMWELT: SYSTEMIC FOUNDATIONS OF THE PRINCIPLE OF PRECAUTION OVER THE ENVIRONMENT

ABSTRACT

The current paper aims to find out whether Systems Theory can contribute to the development of the principiological reasoning of Environmental Law. From a short display of the Systems Theory structure – in its humanian shape – the study of the precautionary rule is reached. In this context, another purpose is to investigate if such principle can be substantiated by the idea of Human Dignity, due to the fact that such idea should rule the entire legal system.

Key-words: Precaution. Environmental Principiology. Systems Theory.

Submetido: 19 nov. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

LES RELIGIONS REPRÉSENTENT-ELLES UN RISQUE POUR LES DROITS DE L'HOMME EN FRANCE?

*Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento**
*Maria José Añón Roig***

Introduction. 1 Les origines du principe de laïcité en France.
2 La Laïcité, mesure des libertés religieuses. Conclusion.
Références.

RESUME

Le 13 novembre 2015 la France a été frappée par le terrorisme au nom d'un supposé idéal religieux. De ce fait une question se pose : les religions représenteraient-elles un danger pour les droits de l'homme en France ? Pour mieux comprendre la conjoncture actuelle il est nécessaire de réfléchir à la relation particulière qu'a entretenue la France avec les faits religieux tout au long de l'histoire. Il est possible de vérifier que L'Etat de droit a voulu encadrer les religions pour limiter les menaces possibles à travers le principe de laïcité. Ce principe est le plus cohérent pour la garantie des droits de l'homme dans un Etat démocratique. Cependant, à force de vouloir protéger les droits de l'Homme d'une possible menace religieuse, la France a adopté un modèle de laïcité qui peut mettre en danger les libertés religieuses. Il s'agira donc d'étudier, premièrement, l'encadrement des religions qui a été réalisé au nom des droits de l'Homme au cours de l'histoire, pour après analyser la laïcité comme mesure des religions. Pour cela, la méthodologie qualitative sera utilisée. La recherche documentaire, l'étude de la jurisprudence et de la législation permettront de regrouper les renseignements relatifs au sujet.

Mots-clefs : Religions. Laïcité. Droits de l'homme. France.

* Bacharela em Direito, pela Universidade Estadual da Paraíba. Bacharela em Antropologia, pela Universidade Federal de Campina Grande. Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos, pela Universidade Católica de Lyon - França. Doutoranda em Direitos Humanos, Democracia e Justiça Internacional, pela Universidade de Valência - Espanha. E-mail: germana_aguiar@hotmail.fr

** Professora efetiva de Filosofia do Direito da Universitat de València - Espanha. Licenciada e Doutora em Direito pela Universitat de València - Espanha. Diretora do Instituto Universitario de Derechos Humanos (2005-2010). Secretaria Geral da Universitat de València (2010-2016). Ex-diretora do Anuario de Filosofia del Derecho e atual diretora da Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico. E-mail: marraja@uv.es

INTRODUCTION

La réalité en Europe et dans le monde démontrent que les religions sont au cœur de l'histoire des pays. En effet, il est difficile de trouver des groupes humains sans religion. Selon Corm¹, ce besoin de religion et de transcendance est issu de la peur devant la mort et de la perplexité devant les mystères du monde. En raison de cela, depuis le XIX^{ème} siècle, plusieurs auteurs ont consacré et consacrent encore leurs temps à analyser les phénomènes religieux, ce sont des sociologues, anthropologues et philosophes qui visent à réfléchir sur le sens de la religion dans les sociétés, tels que Durkheim, Mauss et plus récemment Baubérot.

Selon Amnesty International² la France comptait en 2008 environ 65 millions d'habitants. Il est impossible de savoir les appartenances ou opinions religieuses des citoyens, puisque aucune mention sur cela ne peut être faite au niveau de l'état civil, des recensements ou des fichiers de la fonction publique. C'est ainsi qu'il faut utiliser le sondage d'opinion pour dresser un bilan de l'état des croyances religieuses dans le pays. Le Rapport Machelon³ nous permet d'évaluer les relations des cultes avec les pouvoirs publics. Il établit le panorama du fait religieux en France. Il démontre que 65% des français se définissent comme catholiques, 6% de la population s'affirme musulmane, et que les protestants et les juifs pèsent respectivement, 2% et 1% de la population. Les 25% restants sont sans religion.

Amnesty International⁴ ajoute que tout Etat européen est confronté au problème de ses relations avec les religions. En France, cette situation est corroborée par la législation existante qui vise à gérer les faits religieux sur son territoire, et par plusieurs débats qui soulèvent des doutes par rapport à la liberté religieuse, à la laïcité et aux droits de l'Homme. Il est possible d'illustrer ce fait par les dernières discussions sur le port du foulard et de la burqa. Il est donc impératif de réfléchir sur la question.

Durkheim⁵ a défini le terme religion comme étant "un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire séparées, interdites, croyances et pratiques qui unissent en une même communauté morale, appelée Église, tous ceux qui y adhèrent". La religion est un phénomène collectif, plusieurs éléments sont donc communs à cette collectivité, les rites, les livres, les prescriptions morales etc. A cette définition on peut ajouter celle du dictionnaire Larousse⁶ qui affirme que le terme religion vient du latin *religio*, ce qui attache ou qui retient, et correspond à l'ensemble de croyances et de dogmes définissant le rapport de l'homme avec le sacré.

La loi française, quant à elle, ne définit pas ce qu'est une religion. La Constitution de 1958 s'y réfère seulement pour affirmer le principe de non-discrimination. En effet, respectueux du principe de laïcité, le législateur s'est toujours refusé à définir les notions de secte et de religion⁷. Il sera ainsi préférable d'utiliser le terme tel qu'il est défini par le dictionnaire, sachant qu'en France, les sectes ne sont pas considérées comme religion.

La Constitution de 1958 est le texte qui dispose de la plus forte valeur juridique dans ce pays⁸, elle consacre les droits de l'homme et libertés fondamentales en son sein, comme des principes de la République. En effet, toute société démocratique doit avoir comme fondement ces droits et libertés. Comme l'affirme Oberdoff⁹, la démocratie n'existe que si elle pratique la reconnaissance, la mise en œuvre et le respect de ces droits. La Constitution dispose, de plus, son attachement à la Déclaration française de 1789, ce qui corrobore l'importance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans le pays. Les droits de l'Homme et les libertés fondamentales sont des droits liés à la nature même de l'homme, ce sont des valeurs reconnues universellement, indissociables de la dignité humaine.

De ce fait, la législation française garantit certains droits et libertés relatifs à la religion pour protéger la liberté religieuse, mais aussi pour réprimer les menaces qu'elle peut engendrer pour l'Etat de droit. Mais qu'est-ce qu'une menace ? Selon le dictionnaire Larousse¹⁰ le terme vient du latin *minae*, et correspond à toute parole, geste, acte par lequel on exprime la volonté qu'on a de faire du mal à quelqu'un, par lequel on manifeste sa colère. Cela peut être aussi tout signe, indice qui laisse prévoir un danger.

Il est possible donc de se demander dans quelle mesure les religions constituent-elles une menace pour les droits de l'homme en France. L'Etat de droit a voulu encadrer les religions pour limiter les menaces possibles, mais en cela il a exagéré. En effet, à force de vouloir protéger les droits de l'homme de la menace religieuse, on en vient à menacer les libertés religieuses au nom des droits de l'homme. Il s'agira donc d'étudier, premièrement, l'encadrement des religions qui a été réalisé au nom des droits de l'homme au cours de l'histoire, pour après analyser la laïcité comme mesure des religions. Pour cela, la méthodologie qualitative sera utilisée. La recherche documentaire, l'étude de la jurisprudence et de la législation permettront de regrouper les renseignements relatifs au sujet.

1 LES ORIGINES DU PRINCIPE DE LAICITE EN FRANCE

La France est connue comme la fille aînée de l'Eglise. En effet, la religion catholique est au cœur de plusieurs faits historiques dans le pays. Des violations des droits de l'Homme ont été commises au nom des religions. A partir du XI^{ème} siècle, la persécution des hérétiques emploie les méthodes les plus atroces, notamment avec l'instauration de l'Inquisition. Les hérétiques sont poursuivis par le pouvoir royal, qui cherche à les convertir au catholicisme, à confisquer leurs biens et à les emprisonner. Le droit à une justice équitable est ici oublié. De plus, l'histoire témoigne de l'utilisation d'engins de guerres pour tuer les hérétiques, ce qui dénote de l'utilisation de la torture, pratique contraire à la dignité humaine.

A compter de 1517 il est possible de vérifier un long siècle de guerres à cause des religions où les violences les plus cruelles ont été perpétrées, des droits de l'Homme étant bafoués. En effet, Martin Luther publie ses 95 thèses contes-

tant certaines pratiques de l'Eglise catholique, telle que l'indulgence¹¹. Cette nouvelle foi est diffusée en France par Jean Calvin, disciple de Martin Luther, qui rencontrera un fort succès, notamment dans le sud-ouest du pays.

Avec la rupture de l'unité de l'Eglise catholique, celle-ci va mettre en place un processus dans le but de récupérer le monopole de la religion. De ce fait, plusieurs guerres vont ravager le royaume de France. Dans ces guerres s'opposent d'un côté les protestants et de l'autre, les catholiques. Il s'agit d'un contexte général d'intolérance, qui amènera à une série de huit conflits sanglants. C'est sous François Ier que débutent les premières émeutes, puisqu'il considérait que la Réforme était un obstacle à son royaume. A cet égard, Hasquin¹² affirma que "ce n'est pas un hasard si le terme de tolérance au sens d'indulgence en matière de liberté religieuse fit son apparition au XVI^{ème} siècle".

Dans chaque côté, des actes féroces sont commis. Les historiens précisent que si dans un champ, les huguenots étaient décapités par Montluc, dans l'autre, les catholiques étaient obligés de se jeter d'une tour par le baron des Adrets¹³. Ce sont huit guerres sanglantes, la plus connue étant le massacre de la Saint-Barthélemy, le quatrième conflit qui a lieu vers 1570. Il n'y a donc pas de respect du droit à la vie, à la liberté individuelle et à la sûreté, sécurité

En 1570, le roi Charles IX commence à écouter les conseils d'un chef protestant, l'amiral de Coligny, ce qui crée des troubles avec sa mère Catherine de Médicis, proche des catholiques. Charles IX signe un traité de paix, assurant aux protestants des places de sûreté, (?) ce qui intensifie les querelles entre les deux camps. L'amiral de Coligny survit à un attentat commis par des catholiques, les protestants demandent donc au roi de faire justice. Le roi promet cela, ce qui maximise le climat de conflit. Le mariage entre Henri de Navarre et Marguerite, sœur du roi, qui consisterait à rétablir la paix entre protestants et catholiques¹⁴, génère au contraire plus de conflits. C'est ainsi qu'un massacre est organisé, faisant plus de 3000 victimes seulement à Paris et des milliers de morts dans d'autres villes. Le droit à la vie, à l'égalité et à la non-discrimination sont ainsi bafoués. Les protestants ne jouissent pas de la liberté d'aller et venir ni de la liberté de conscience. Il va falloir attendre plus de vingt ans pour qu'un Edit de paix durable soit instauré.

Après plusieurs Edits inefficaces instaurés durant les conflits entre catholiques et protestants, Henri IV va publier l'Edit de Nantes, un Edit de tolérance en 1598. En effet, Henry IV était lui-même un protestant et s'est converti au catholicisme pour devenir roi, ce qui dénotait une certaine sensibilité à la cause protestante. L'Edit considère donc la Réforme comme la seconde religion du Royaume, en les (lui ?) accordant un culte public¹⁵. Il prône la liberté de conscience dans son article VI, ce qui constitue une avancée pour les huguenots et l'égalité civile des protestants avec les catholiques. Il est possible de confirmer cette égalité par le fait par exemple, qu'à partir de l'Edit de Nantes les huguenots vont pouvoir vendre, acheter, léguer comme les catholiques. Les protestants pourront également accéder à tous les emplois publics et ont droit à des tribunaux spécialisés. De plus, toute violence à leur égard devient illégale.

L'Edit va durer plus de quatre-vingt ans, instaurant un Etat catholique où les protestants sont tolérés, permettant ainsi la coexistence des deux religions. Il constitue une avancée en vue d'établir la paix entre catholiques et protestants¹⁶. Cependant, les droits des protestants restent insignifiants face aux droits des catholiques. C'est ainsi que les protestants, en tant que minorité, vont engendrer des nouveaux conflits.

Louis XIV, le roi soleil, règne de 1654 à 1715. Il va établir une nouvelle politique en vue de reconverter la France au catholicisme et d'uniformiser le royaume¹⁷. A partir de 1660 cette politique anti-huguenote semble commencer, plusieurs temples huguenots sont détruits, le synode national est supprimé, des dénonciations et des enquêtes sont pratiquées. Elle a eu pour conséquence d'affaiblir fortement les protestants de France et de favoriser la promulgation de l'Edit de Fontainebleau.

Le nouvel Edit révoque l'Edit de Nantes. Il compte douze articles qui sont complètement défavorables aux protestants. En effet, l'article 2 interdit tout exercice de la religion des protestants; l'article premier détermine (prévoit ?) la démolition de tout temple protestant; l'article 7 interdit les écoles protestantes; les articles 5 et 6 imposent la conversion de tous les protestants y compris les pasteurs, sous peine de bannissement, entre autres.

Au vu de cela, plus de 200 000 protestants partent en exil, soit 1% de la population française¹⁸. Il s'agit ici d'énormes violations commises au nom de la cause catholique, où des droits fondamentaux sont bafoués. C'est à cette époque que le mot réfugié apparaît dans la langue française, pour définir justement les protestants qui étaient obligés de quitter la France à cause des persécutions¹⁹. La dignité des protestants est donc méprisée. Ils sont persécutés, étant obligés soit de se convertir soit partir en exile. Louis XIV instaure les dragonnades, des missions de soldats, les dragons, qui avaient comme objectif de convertir les protestants et mettre fin à l'hérésie de Calvin. Les dragons s'installaient chez les protestants, bafouant complètement le droit à la vie privée, les obligeant à changer de religion et à donner chaque jour de grandes sommes d'argent. S'ils refusaient, ils étaient battus, subissant plusieurs formes de supplices, même devant leurs femmes et leurs enfants²⁰.

Dorénavant, la religion des protestants était appelée religion prétendue réformée. Les protestants devaient se soumettre aux règles établies par le roi sous peine d'être envoyés aux galères. Plusieurs d'entre eux vont organiser un culte officieux, ce qui va engendrer des poursuites de l'Etat. Pour Louis XIV, les protestants étaient un danger à la monarchie absolue, il fallait donc les supprimer.

C'est seulement à la fin du XVIIIème siècle que cette situation d'intolérance change, avec la Révolution française et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789, qui représentent le début d'un processus à la fin duquel les religions sont soumises au principe de laïcité.

En effet, après des siècles de déchirements religieux et de luttes politiques, des violations massives des droits de l'homme, la Révolution française va marquer le départ de la sécularisation de la société. Elle est considérée par certains auteurs, tels que Baubérot et Milot²¹, comme le premier seuil de laïcisation. C'est ainsi un fait historique qui instaure une nouvelle vision du monde, définie dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La Déclaration affirme dans son article III que le principe de toute souveraineté réside dans la nation. Elle met donc fin au principe de l'autorité de droit divin, qui existait auparavant, établissant un principe de pouvoir plus rationnel. De plus, la Déclaration annule le catholicisme comme religion d'Etat, désormais, il n'y a plus de religion d'Etat, toutes les religions sont égales. Les citoyens sont égaux, protestants, juifs et catholiques peuvent être électeurs et éligibles²².

La Déclaration reconnaît aussi la liberté de conscience, l'article premier affirme "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune". L'article 10 affirme, quant à lui, "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi". Il ne s'agit plus d'une simple tolérance aux protestants, mais d'une reconnaissance de l'égalité entre les citoyens et du respect de leurs croyances. A partir de là va être aussi affirmée la laïcisation des actes civils, avec la Constitution de 1791 et la laïcisation de l'Ecole. Cependant, l'influence de l'Eglise catholique ne s'arrête pas.

En effet, l'Eglise n'est pas satisfaite des changements de la Révolution. C'est ainsi que Napoleon va amorcer une pacification avec le Concordat, en 1802, à travers lequel l'Eglise accepte certains de ces changements. Toutefois, les ultra-catholiques sont contre ce concordat, ainsi que les ultra-radicaux. Il est possible de voir l'existence de deux France. Les ultra-catholiques essaient de restaurer le pouvoir de l'Eglise. Comme l'affirme Dusseau²³, cette offensive est corroborée par le Syllabus de Pie IX. Il s'agit d'une compilation de toutes les idées considérées dangereuses contre lesquelles l'Eglise s'engage à lutter. Ce catalogue incluait la République comme étant une menace à l'Eglise, ainsi que tous les droits libéraux.

De plus, l'Eglise acquiert, tout au long du XIX^{ème} siècle une influence croissante dans l'enseignement. Elle veut imposer un nouveau Concordat qui lui soit plus favorable, ainsi que la restitution des status de l'état civil. Face à cela, de nouvelles Ecoles de pensée apparaissent, telles que le Positivisme, menant des idées anticléricales, fondées sur la science et la raison. Des critiques émergent, demandant la séparation de l'Eglise et l'Etat, c'est le cas de Lamennais et Benjamin Constant. C'est ainsi qui sera posé le principe de séparation entre l'Eglise et l'Etat.

Les discussions sur le projet de loi de la séparation ont duré toute l'année 1905. La loi est promulguée le 9 décembre 1905, cette loi aspire à régir l'ensemble des territoires français, mais il y a des exceptions, c'est le cas de l'Alsace-Moselle.

Le principe de séparation entre l’Eglise et l’Etat est finalement posé, pacifiant les conflits qui ont été présents durant des décennies²⁴.

Selon Soppelsa²⁵, ce principe va protéger l’ensemble des institutions publiques des influences confessionnelles, il y aura donc une indépendance de l’Etat à l’égard des religions et des religions à l’égard de l’Etat. La loi 1905 pose les fondements du principe de laïcité. Toutefois, c’est seulement avec la Constitution de 1946 qu’il est affirmé comme tel, dans son article premier et dans le préambule, ce qui est confirmé après par la Constitution de 1958. Le principe se pose sur deux devoirs, qui affirment l’égalité des citoyens et la non discrimination.

Comme l’affirme Robert²⁶, la loi interdit à l’Etat de professer une foi particulière en son nom. En effet, il est indépendant de toute foi. L’article 2 de la loi affirme ainsi que “La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte”. Elle met donc les citoyens sur un même niveau, garantissant l’égalité morale de chacun. Il ne s’agit pas d’ignorer l’existence des religions en son territoire, mais d’effacer la notion de religion reconnue par l’Etat. En effet, l’Eglise catholique était auparavant une religion reconnue, ce qui créait une distinction, discriminant les autres cultes.

Robert²⁷ ajoute que la loi 1905 ne souhaite pas que l’Etat entretienne des mauvaises relations avec les religions, la séparation ne représente pas une envie d’hostilité, mais tout simplement, de démontrer que le fait religieux n’est pas un fait public et pour cela, l’Etat ne peut pas subventionner ni salarier aucun culte. Il y a ainsi une obligation de l’Etat d’être neutre, de respecter toutes les religions, il ne peut pas faire la propagande d’un culte en particulier ou déclarer un culte officiel. Il ne peut pas non plus vouloir imposer une religion à ses citoyens, la liberté de conscience est donc indissociable de ce principe. Ce qui est corroboré aussi par la première partie de l’article premier de la Constitution de 1958 qui affirme que “La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale”.

L’Etat français est ainsi pluraliste, il doit traiter toutes les religions également, ainsi que les citoyens, indépendamment de leur appartenance religieuse. La loi 1905 vient comme réponse à toutes les persécutions qui avaient lieu en France auparavant. Comme l’affirment Baubérot et Milot²⁸

il s’agissait d’identifier la cause principale des persécutions et des affrontements sociaux continus où les religions étaient impliquées, et d’imaginer une solution pour mettre fin aux effets délétères sur le vivre-ensemble que ces tourments occasionnent – qui vont de l’assimilation à l’élimination de ceux qui ne croient pas comme l’impose la religion dominante.

La séparation est la solution pour ces conflits. C’est ainsi que l’article premier de la Constitution de 1958, dans sa deuxième partie, affirme que “La France assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances”.

Ces auteurs confirment le devoir de tolérance de l'Etat français en montrant qu'il doit être libre pour élaborer des normes collectives dans l'intérêt général. Il doit donc être impartial et ne peut pas imposer des normes aux citoyens basées sur des critères moraux d'une religion spécifique. Il doit y avoir une autonomie de l'Etat, pour qu'aucune religion ne soit privilégiée et que les citoyens aient leurs libertés assurées. Sans cette indépendance un régime de tolérance est impossible. L'Etat est représentant de l'ensemble de la population et doit ainsi garantir le respect de la diversité et des droits de l'Homme. La neutralité de l'Etat est par conséquent obligatoire pour les services publics. Les fondements posés par la loi 1905 sont donc essentiels pour comprendre les droits et limites des libertés religieuses en France.

2 LA LAICITE, MESURE DES LIBERTES RELIGIEUSES

L'affirmation de la séparation entre l'Eglise et l'Etat va de pair avec l'affirmation du principe de la liberté de conscience. Briand²⁹ affirmait en 1905 que "Non seulement la République ne saurait opprimer les consciences ou gêner, dans ses formes multiples, l'expression extérieure du sentiment religieux, mais encore [...] elle entend respecter et faire respecter la liberté de conscience et la liberté des cultes".

L'article premier de la loi 1905 dispose que "La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public". Les droits de l'Homme vont donc être la mesure des libertés religieuses. Ainsi, ils ont une fonction pacificatrice, puisqu'ils encadrent les libertés religieuses, pour qu'elles ne menacent pas l'ordre public. Cependant, il est possible de vérifier aujourd'hui, qu'au nom de ces droits de l'homme, le principe de laïcité est élargi, devenant un principe intrusif, qui porte atteinte aux libertés religieuses.

Au-delà de l'article 10 de la Déclaration de 1789, la Convention européenne des droits de l'homme précise dans son article 9 que "toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique (...) la liberté de manifester sa religion (...)". Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, à son tour, confirme la liberté de conscience, de religion et de culte. La liberté religieuse est protégée et reconnue dans l'Etat français, et correspond à deux libertés, celle de croire et celle d'exercer un culte .

La liberté de croire, selon Oberdorff³⁰, est très voisine de la liberté d'opinion, sauf qu'elle concerne une opinion d'ordre religieuse. La loi 1905 oblige l'Etat à assurer cette liberté, imposant des sanctions dans son article 31 à ceux qui la menacent. Evans³¹ affirme que la liberté de croire correspond à ce qui est appelé de *forum internum*, c'est-à-dire la sphère de la conviction intime de l'individu, qui est inviolable. Il est impossible de séparer la liberté de conscience de la liberté de manifester cette conscience. Cependant, la liberté de croire ne donne pas à l'individu la possibilité d'agir comme il l'entend. Il peut y avoir des limites, imposées, par exemple, dans les services publics.

Selon Lochak³² “la liberté de conscience est assimilée au for intérieur, au siège des convictions personnelles, morales et éthiques de l’individu”. Malgré cela, il est difficile de faire une distinction entre liberté de conscience et la liberté d’exprimer cette conscience. En effet, l’auteur affirme q’une autonomie seulement du for interne ne saurait satisfaire les exigences de la conscience. La formulation des textes de la Déclaration de 1789 et de la Convention européenne supra mentionnés laissent entendre cela. Dans le même sens, l’article 18 de la Déclaration universelle des droits de l’homme “Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de manifester sa religion (...)”.

Toutefois, il est possible de vérifier que la liberté de conscience abandonne le caractère absolu quand elle est extériorisée. En effet, des limites sont imposées par l’Etat au nom de l’ordre public. C’est ainsi que les individus ne peuvent pas exprimer leurs convictions comme ils veulent, ils doivent se soumettre aux conditions de la vie en société. En France, la manifestation de la croyance est limitée dans les services publics.

Le principe de laïcité exige que les services publics soient neutres. En 2007, le Premier ministre français a publié la Charte de la laïcité dans les services publics qui rappelle aux usagers et aux agents du service public le cadre juridique qui doit être respecté, dans le but d’assurer l’application du principe de laïcité.

La Charte affirme le principe de l’égalité de tous les usagers devant le service public, une fois de plus, est garanti le principe de non discrimination. Il est encore affirmé que les usagers accueillis à temps complet dans un service public ont droit au respect de leurs croyances. Elle affirme encore que tous les usagers des services publics ont le droit d’exprimer leurs convictions religieuses dans les limites du respect de la neutralité du service. Il y a donc des limites aux droits qui doivent être respectées. C’est ainsi que le Conseil d’Etat³³ en 2001 a validé la transfusion d’office d’un malade qui refusait, en tant que témoin de Jéhovah, l’administration des produits sanguins alors que cela était indispensable à sa survie.

La Charte affirme que tout agent public a un devoir de stricte neutralité, il est ainsi interdit de manifester sa conviction religieuse dans l’exercice de sa fonction. Ce qui est corroboré par l’arrêt du Conseil d’Etat de 2009 qui condamne un guichetier de la Poste pour avoir remis aux usagers des imprimés à caractère religieux³⁴. Dans le même sens, l’arrêt de 2003 qui condamne l’agent pour avoir utilisé les moyens de communication du service au profit d’un mouvement sectaire³⁵.

La liberté de conscience est aussi garantie aux agents publics, ils peuvent bénéficier d’autorisation d’absence pour participer à une fête religieuse dès lors qu’elles sont compatibles avec les nécessités du fonctionnement normal du service. A partir du principe de laïcité, plusieurs lois vont être établies visant à garantir l’ordre public et le respect des droits de l’Homme.

L'article premier de la loi 1905 garantit aussi le libre exercice des cultes. En effet, une République laïque doit respecter tous les cultes existants dans son territoire, sans n'en privilégier aucun. Comme l'affirme Schwartz³⁶ "la laïcité française est juridiquement égalitaire et vaut pour tous les cultes qui s'expriment". Avant la loi 1905 existait un service public du culte, organisé autour de quatre cultes: le culte catholique, le culte réformé et de la confession d'Augsburg et le culte Israélite. A partir de la loi 1905, il y a une privatisation des cultes, qui deviennent indépendants de l'Etat. Toutefois, l'Etat peut s'immiscer dans l'exercice du culte au nom de la démocratie.

Avant 1905 l'Etat assurait le fonctionnement du service public de culte à travers les ressources publiques. Après cette loi, les concours financiers ont pris fin. Schwartz³⁷ affirme que les personnes publiques ne pouvaient plus financer le fonctionnement des cultes ni la construction d'édifices cultuels. Elles ne pouvaient pas non plus prendre en charge des frais liés à l'exercice des fonctions de ministre de culte. L'autonomie des cultes émane ainsi de la fin des concours financiers. Selon l'article 4 de la loi 1905:

Dans le délai d'un an (...) les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront (...) transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations (...).

De ce fait, les cultes pourront s'organiser librement et déterminer leurs propres règles de vie en commun. Ils auront une personnalité juridique, comme associations culturelles ou toute autre forme d'association, et vont disposer de leur patrimoine.

La liberté de culte, au-delà de correspondre au droit d'une communauté spécifique de se réunir et pratiquer librement et publiquement le culte de leur choix, selon leurs croyances religieuses, correspond aussi, comme l'affirme Touvet³⁸ à la liberté de transmettre sa foi. Cependant, ces droits sont limités au nom de l'ordre public.

Le droit à l'exercice du culte est limité s'il menace l'ordre public. Par conséquent, certains mouvements religieux peuvent se voir refuser le statut d'association culturelle ou de congrégation, c'est le cas des sectes. En effet, l'Assemblée nationale française a publié en 2008, un rapport qui affirme qu'il est impossible de reconnaître comme religion un certain nombre de sectes qui soit ne poursuivent pas un but exclusivement religieux, soit ont des pratiques contraires à l'ordre public et aux droits et libertés d'autrui. L'administration doit ainsi évaluer s'il convient de donner le statut d'association culturelle ou de congrégation à un certain mouvement. Selon le rapport, il existe environ 172 organisations en France à caractère sectaire qui sont dangereuses pour les droits de l'homme.

En vue de réfléchir sur les mouvements sectaires il est créé en 1998 la Mission interministérielle de lutte contre les sectes, remplacée en 2002 par la

Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires. En 2001, le gouvernement français publia la loi du 12 juin 2001 qui vise à prévenir et réprimer les sectes portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales. Il est ainsi constaté que les libertés religieuses sont garanties par la loi et des limites sont établies afin de garantir la protection des droits de l'homme. Cependant, au nom de la laïcité et des droits de l'Homme, des obstacles peuvent être imposés aux libertés religieuses d'une façon exagérée et abusive.

Le principe de laïcité a été proclamé en France en vue d'établir une société pluraliste et tolérante. Le système juridique français a établi des règles pour que les libertés religieuses soient respectées. Cependant, le principe de laïcité commence, depuis une quinzaine d'années à être mal-interprété, ce qui engendre une confusion. Comme l'affirme Barbier³⁹, "La multitude des études qui sont consacrées à la laïcité conduit, en fait, à brouiller cette notion au lieu de la clarifier".

Il s'agit ici d'un monstre doux, d'une laïcité falsifiée, instrumentalisée pour stigmatiser une partie de la population⁴⁰. Ce monstre menace les libertés religieuses, ce qui est corroboré à partir des années 80 avec l'affaire du foulard islamique. Il est préférable d'utiliser le terme foulard au terme voile. En effet, ce deuxième a une connotation péjorative, de voilement de la femme, de soumission⁴¹. Le contexte politique de « menace » des religions nous permet de mieux comprendre l'arrivée de cette loi.

Dans les années 70, arrivent en France des débats relativement nouveaux sur la génération des enfants de premiers immigrés qui commencent à naître. Une peur s'installe, face à des gens dont on croit qu'ils ne partagent pas le mode de vie français. A cela s'oppose la logique de la tolérance et du refus du racisme. Plusieurs événements extérieurs ont été utilisés pour alimenter ces peurs, comme la révolution islamique d'Iran et la chute du mur de Berlin, l'utopie socialiste va être remplacée par l'idéal de la république⁴².

En 1989, l'ayatollah Khomeyni lance une fatwa, condamnation à mort, contre l'écrivain Salman Rushdie, pour la publication des *Versets sataniques*. Cette action est ressentie comme une atteinte à la liberté d'expression, qui ne fait que renforcer, de ce fait, le sentiment consensuel de la défense des valeurs républicaines, en pleine année du bicentenaire de la Révolution française. En effet, l'intégrisme religieux, "courant politique radical, minoritaire et religieux se développant à la périphérie de toute religion⁴³", va représenter une menace à la République. Les intégristes veulent imposer leur religion à toute la société, étant ainsi contre les valeurs démocratiques, et surtout contre l'Etat laïque. Ces personnes ont une logique de haine et de fanatisme. C'est ainsi qu'ils peuvent, au nom de Dieu, commettre des actes terroristes, comme l'a fait Mohamed Merah en 2012, à Toulouse et plus récemment, en 2015, les frères Kouachi et Abdeslam, à Paris.

Cependant, l'intégrisme religieux n'existe pas seulement au sein des islamistes mais aussi parmi les catholiques. C'est ainsi que des catholiques radicaux du groupe *Renouveau Français*⁴⁴ ont interrompu violemment une pièce

de Romeo Castellucci en 2011, au nom de leur religion. Toutefois, la menace islamique est plus ressentie, puisque mélangée avec la difficulté des français de digérer la présence de la population islamiste en son territoire. L'intégrisme religieux présente une menace, il heurte davantage la culture française quand il est attaché à l'Islam. Il y a donc un amalgame à travers lequel tous les musulmans sont vus comme une menace à la République. Le terme Islamophobie apparaît dans la fin des années 1980 pour désigner justement cette peur irraisonnée de l'islam. Des symptômes de cet amalgame sont remarqués dans l'affaire de 1989.

L'humoriste Coluche, cité par Baubérot et Milot⁴⁵ illustre bien l'ambivalence du débat par sa fameuse phrase "Le racisme c'est comme les arabes ça ne devrait pas exister". Il est donc possible de voir que l'expulsion des filles du lycée en 1989 pour avoir refusé d'enlever leur foulard pour un cours de sport et de technologie et les conséquentes décisions n'arrivent pas sans coïncidence, c'est une déformation du principe de laïcité qui menace les libertés religieuses.

Après 1989, les débats sur l'utilisation des signes religieux ont continué en France. Le Conseil d'Etat et la Circulaire Bayrou ont donné leurs avis sur l'expulsion des trois filles. C'est ainsi qu'en 2003, une Commission est nommée pour rédiger un rapport sur l'application du principe de laïcité. Il s'agit de la Commission Stasi, qui publia son rapport le 11 décembre 2003, portant une forte influence à la publication de la loi 2004. Il a été très critiqué par plusieurs auteurs, tels que Gresh⁴⁶, puisqu'il prône le respect de l'égalité entre homme et femme pour défendre l'interdiction du port du foulard, sans prendre en considération l'opinion des sociologues ni des femmes concernées. Depuis, cette loi n'a pas apaisé les tensions, bien au contraire. Il a été donc nécessaire pour les politiciens de promulguer la loi de 2010.

Face à la menace représentée par l'utilisation du foulard, le Conseil d'Etat⁴⁷ va donner son avis en 1989. Il va affirmer que:

dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels il entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, (...) ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte (...) qui troublerait l'ordre.

Ainsi, le port par lui-même des signes religieux n'est pas en soi une menace au principe de laïcité. Cependant, la liberté d'expression des croyances religieuses est assortie des limites, comme l'affirme Pollet-Panoussis⁴⁸: elle ne peut pas troubler l'ordre public.

On voit donc que le fait d'affirmer que le port en soi d'un signe religieux ne porte pas atteinte à la laïcité dénote de la tolérance du Conseil de l'Etat.

Cependant, le fait de donner la capacité aux établissements et à ses autorités pour définir les modalités d'application et de sanction rend possible des dérives irrespectueuses des libertés religieuses. C'est le cas en 1992, quand des exclusions sont prononcées en raison de l'utilisation des signes religieux qui étaient interdits d'une façon générale et absolue dans le règlement intérieur d'un établissement. Le Conseil d'Etat va donc annuler les décisions d'exclusion⁴⁹. Au-delà de l'avis du Conseil d'Etat, une circulaire va compliquer la question.

La circulaire Bayrou est publiée le 20 septembre 1994, établissant une distinction entre les signes discrets et les signes ostentatoires. Selon la circulaire, en respect au principe de laïcité, il est nécessaire d'interdire les signes "si ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école".

Différemment de l'avis du Conseil d'Etat, la circulaire "passe du comportement ostentatoire, au signe qui serait en lui-même, ostentatoire⁵⁰". De plus, malgré le fait que le Conseil d'Etat ait déjà abordé le sujet, cette circulaire apporte une vision plus précise qui vise non pas à interdire tout signe ostentatoire, mais surtout le foulard. C'est ce qui est interprété par les autorités des établissements scolaires.

Un fait qui peut corroborer cela c'est l'affaire Ait Ahmad⁵¹. Dans cette affaire, une jeune élève a été renvoyée de son établissement scolaire parce qu'elle ne voulait pas enlever son foulard pour un cours de sport et de technologie. Le règlement intérieur de l'établissement interdisait "le port de signes religieux ostentatoires et constitutifs de prosélytisme ou discrimination". Le Conseil d'Etat a validé la décision du dit établissement, confirmant la décision d'exclusion du Collège.

Cette décision dénote une certaine confusion dans l'application de la loi. Le concept de discrétion est difficile à définir dans un texte, ainsi que le concept de signe. Dans un lieu de savoir et d'apprentissage, il est contradictoire d'interdire un signe sans en expliquer le contexte. De plus, dans quelle mesure le port d'un signe porterait-il atteinte à la sécurité ou à l'ordre ? C'est plutôt la prétention d'une envie d'ordre qui porte atteinte aux libertés des élèves, et cela va continuer avec la publication de la loi de 2004 et celle de 2010.

La loi publiée le 15 mars 2004 interdit "le port de signes ou de tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse dans les écoles, lycées et collèges publics". C'est ainsi qui sont insérés dans le Code de l'Education les articles L-141-5 et L-141-5-1 qui ajoutent que la mise en œuvre d'une mesure disciplinaire doit être précédée par le dialogue. Il s'agit dorénavant d'une loi, qu'au nom de l'application du principe de laïcité, promeut la discrimination et l'intolérance.

Amnesty International⁵² manifestait sa crainte à l'égard des conséquences négatives de cette loi. Elle évoque ensuite les problèmes que la loi a engendré après trois ans de sa publication. A la rentrée scolaire 2004/2005, 47 élèves avaient été

exclus, c'est le cas de Singh . Le Conseil d'Etat⁵³ a affirmé:

considérant qu'en estimant que le sous-turban porté par Ranjit A. dans l'enceinte scolaire, bien qu'il soit d'une dimension plus modeste que le turban traditionnel et de couleur sombre, ne pouvait être qualifié de signe discret et que l'intéressé, par le seul port de ce signe, a manifesté ostensiblement son appartenance à la religion sikhe la cour administrative d'appel de Paris n'a pas fait une inexacte application des dispositions de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation.

Au-delà des exclusions, certains élèves ont abandonné leurs études ; d'autres sont partis à l'étranger. D'autres se sont inscrits au Centre National d'Enseignement à distance et dans les établissements catholiques, qui les permet d'utiliser leur signe.

Il est donc possible de confirmer que la crainte d'Amnesty International s'est concrétisée. Cependant, la décision du Comité des droits de l'homme porte un peu d'espoir. En effet, après avoir perdu dans le tribunal administratif de Paris, dans la Cour administrative d'appel et finalement dans le Conseil d'Etat, Singh a saisi le Comité des droits de l'homme en 2008. Le Comité⁵⁴ condamne la France et affirme que

la France n'a pas fourni d'élément probant pour affirmer qu'en portant son turban, Singh porterait atteinte aux droits et libertés des autres élèves ou à l'ordre public à l'école (...) le renvoi définitif de l'école publique a constitué une punition disproportionnée, qui a eu de graves effets sur l'éducation à laquelle il aurait dû avoir droit en France, comme toute personne de son âge.

L'avis du Comité demande à la France une indemnisation et le changement de la loi 2004.

Avant cette décision, la France a publié une autre loi qui porte aussi atteinte aux droits de l'homme. Elle porte sur l'utilisation de signes religieux qui dissimulent le visage dans l'espace public. La loi a été votée, même si les professeurs de droit consultés à l'époque de la Mission parlementaire d'information ont affirmé que "le port du voile intégral dans l'espace public n'est pas en soi, une atteinte au principe de laïcité⁵⁵". La mission préfère utiliser et divulguer les arguments qui sont pour la loi, alors que les arguments contre la loi sont nombreux⁵⁶. Baubérot et Milot⁵⁷ citent Ducomte, qui s'interroge sur "l'aptitude de la société française à digérer certaines situations" et Fourest, qui affirme que l'application de cette loi fait la France aller "vers une laïcité autoritaire qui produirait plus d'effets pervers que d'effets positifs". Les arguments pour la loi, quant à eux, visent d'une façon explicite la religion musulmane. Quillardet affirmait que "la vision d'une burqa dans la rue porte atteinte à ma propre liberté de conscience⁵⁸".

La loi est publiée le 11 octobre 2010 et interdit ainsi la dissimulation du visage dans l'espace public, sa conformité avec la Constitution française étant

affirmée par le Conseil constitutionnel⁵⁹. La loi est suivie de deux circulaires en 2011, où l'on prévoit l'amende pour ceux qui dissimulent le visage dans l'espace public, soit 150€, et que cela correspond à une contravention de 2ème classe.

Ainsi que les loi précédentes, cette loi a été très critiquée. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe⁶⁰, Hammarberg, l'affirmait en 2010 "L'interdiction générale du voile intégral serait une mesure bien mal inspirée, portant atteinte à la vie privée. Toute loi d'interdiction pourrait aussi poser de sérieux problèmes de compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme ". Un rapport sur les libertés religieuses produit aux Etats-Unis en 2012 va dans le même sens, l'ambassadrice affirme que porter ou non un signe religieux doit être un choix personnel⁶¹.

Malgré ces critiques, la Cour européenne des droits de l'homme a validé l'interdiction du voile intégral dans l'affaire S.A.S c. France⁶², du 1 juillet 2014. La Cour souligne que

la préservation des conditions du « vivre ensemble » était un objectif légitime à la restriction contestée et que notamment au regard de l'ample marge d'appréciation dont la France disposait sur cette question de politique générale suscitant de profondes divergences, l'interdiction posée par la loi du 11 octobre 2010 n'était donc pas contraire à la Convention des Droits de l'Homme.

Dans le même sens, dans un arrêt du 26 novembre 2015, l'affaire Ebrahimian c. France⁶³, la Cour affirme que le non-renouvellement du contrat, dans un établissement public, d'une assistante sociale refusant d'ôter son voile n'est pas une violation à la Convention européenne des droits de l'homme. Elle souligne que

les autorités nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en constatant l'absence de conciliation possible entre les convictions religieuses de Mme Ebrahimian et l'obligation de s'abstenir de les manifester, ainsi qu'en décidant de faire primer l'exigence de neutralité et d'impartialité de l'État.

Ces décisions ont aussi généré des débats. Izza Leghtas⁶⁴ (2015) affirme que des lois comme celles en vigueur en France et en Belgique "portent atteinte aux droits des femmes qui choisissent de porter le voile, et font en même temps peu pour protéger celles qui sont forcées de le faire". Corella⁶⁵ souligne que ces décisions démontrent le problème de la discrimination et renforcent l'inégalité. Pierre Bourdieu⁶⁶ affirmait déjà lors des débats sur le port des voiles à l'école que

en projetant sur cet événement mineur, d'ailleurs aussitôt oublié, le voile des grands principes, liberté, laïcité, libération de la femme, etc., les éternels prétendants au titre de maître à penser ont livré, comme dans un texte projectif, leurs prises de position inavouées sur le problème de l'immigration : du fait que la question patente - faut-il ou non accepter à l'école le port du voile dit islamique ? - occulte la question latente - faut-il ou non accepter en France les

immigrés d'origine nord-africaine ? - ils peuvent donner à cette dernière une réponse autrement inavouable.

Il est donc visible qu'il y a une interprétation du principe de laïcité qui est erronée et qui menace les libertés religieuses. Cela démontre que la laïcité est en crise, puisqu'en réalité elle exige que chaque personne puisse pratiquer ses idées religieuses sans privilèges ou obstacles⁶⁷, ce qu'est impossible en France. Comme l'affirma Javier de Lucas⁶⁸, on ne peut pas parler de sécurité si celle-ci imposa des limites exagérées aux libertés et aux droits de certains groupes. Cet auteur ajouta que l'égalité est un principe reconnu et garanti dans les constitutions et dans l'Union Européenne et doit ainsi être respecté.

CONCLUSION

Après des siècles de conflits, le principe de séparation entre l'Eglise et l'Etat est finalement posé le 9 décembre 1905 en France. La République est désormais laïque et doit respecter tous les cultes existants sur son territoire, sans en privilégier aucun. Le principe de laïcité est donc proclamé en vue d'établir une société pluraliste et respectueuse des droits de l'Homme. Ce principe est le plus cohérent pour la garantie des droits de l'homme dans un Etat démocratique.

Cependant, dans les années 70, arrivent en France des débats relativement nouveaux sur l'Islam. En effet, les fils de la vague des premiers immigrés commencent à naître. Une peur s'installe, face à des gens dont on croit qui ne partagent pas le mode de vie français. Les attentas terroristes ne font qu'augmenter cette peur. C'est ainsi qu'au nom de la laïcité, des lois sont publiées créant des obstacles aux libertés religieuses d'une façon exagérée et abusive. Tout cela au nom de la laïcité, des droits de l'homme et de la sécurité. Malgré le fait que le principe de laïcité soit le plus cohérent pour une société démocratique, l'on vérifie qu'il peut être défiguré, ne faisant qu'augmenter la discrimination, l'exclusion et l'inégalité. De plus, l'Etat d'urgence installé dans le pays après les derniers attentats peut aussi être une menace aux libertés au titre de la sécurité.

Si le discours de la tolérance a été important dans l'histoire, aujourd'hui il ne peut plus être accepté. Il ne faut plus demander à l'Etat et à la société que telle religion soit tolérée, il est impératif que toutes les religions soient respectées d'une manière égale. Le modèle de laïcité « à la française » doit ainsi être évalué puisqu'il ne garantit pas l'égalité. Seulement ainsi nous pourrions parler d'un Etat démocratique et républicain.

REFERENCES

ALAIN, Gest; GUYARD, Jacques. **Les sectes en France**. Paris: Assemblée Nationale, 2008.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Droit et religions dans les Etats membres de l'Union européenne**. Paris : Amnesty International, 2011.

AYCARD, Mathilde; REMOND, René. **Atlas de l'Histoire de France**. Paris: France Loisirs, 1996.

BARBIER, Maurice. Pour une définition de la laïcité française. Paris: **Le Débat**, n. 134, 2005.

BAUBÉROT, Jean. **La laïcité falsifiée**. Paris: La Découverte, 2012.

BAUBÉROT, Jean; ZUBER, Valentine. **Une haine oubliée**. L'antiprotestantisme avant le « pacte laïque » (1870-1905). Paris: Albin Michel, 2000.

BAUBÉROT, Jean; MILOT Micheline. **Laïcités sans frontières**. Paris: Editions du Seuil, 2011.

BORELLO, Céline. Le secret dans la lutte contre l'hérésie en Provence. **Rives nord-méditerranéennes**, Marseille, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Interventions, 1961-2001: science sociales et action politique**. Marseille: Agonne, 2002.

BRIAND, Aristide. Député. **La Séparation des Eglises et de l'Etat**. Paris: ARD Cornély et Cie, 1905.

CARBONNIER-BURKARD, Marianne; CABANEL, Patrick. **Une histoire des protestants en France**. Paris: Desclée de Brouwer, 1998.

CERF, Martine ; HORWITZ, Marc ; DELFAU, Gérard. **Dictionnaire de la laïcité**. Paris: Armand Colin, 2011.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision du 7 octobre 2010, **Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public**, requête numéro 2010-613 DC.

CONSEIL D'ETAT. Décision du 27 novembre 1989, **M. Kherouaa**, requête numéro 346893.

_____. Décision du 2 novembre 1992, **M. Kherouaa et autres**, requête numéro 130394.

_____. Décision du 20 octobre 1999, **M. et Mme. Ait Ahmad**, requête numéro 181486.

_____. Décision du 26 octobre 2001, **Mme. Senanayake**, requête numéro 198546.

_____. Décision du 15 octobre 2003, **M. Jean-Philippe O**, requête numéro 244428.

_____. Décision du 5 décembre 2007, **M. Singh**, requête numéro 285394.

_____. Décision du 19 février 2009, **M. Bouvier**, requête numéro 311633.

CORELLA, Angeles Solanes. Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia. Valencia: **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, n 31, 2015. <https://www.academia.edu/13099387/%C3%ADmites_a_los_de

rechos_en_el_espacio_público_mujeres_velos_y_convivencia_Limiting_rights_in_public_space_women_veils_and_conviviality_>Accès le 02 décembre 2015.

CORM, Georges. **La question religieuse au XXIème siècle**. Paris: La Découverte, 2007.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire communiquée du 1er juillet 2014, **S.A.S. c./ France**, requête numéro 43835/11.

_____. Décision du 26 novembre 2015, **Ebrahimian c. France**, requête numéro 64846/11.

DE LUCAS, Javier. ¡Igualdad, no tolerancia!. **Al revés y al derecho**, Valencia, 2015. <<http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=3541>>. Accès le 15 nov. 2015

DEBRAY, Régis. Le « fait religieux » : définitions et problèmes. **Portail national des professionnels de l'éducation**, Paris, 2002. <<http://eduscol.education.fr/cid46334/le-fait-religieux-%A0-definitions-et-problemes.html>> . Accès le 5 février 2014.

DICTIONNAIRE LAROUSSE. <<http://www.larousse.fr>> Accès le 15 novembre 2015

DURKHEIM, Emile. **Les formes élémentaires de la vie religieuse**. Paris: PUF, 1914.

DUSSEAU, Joëlle. L'histoire de la séparation, entre permanences et ruptures. La laïcité ou la « religion » de la République. **Revue politique et parlementaire**, Paris, n. 1038, 2006.

EVANS, Malcolm. Manuel sur le port des symboles religieux dans les lieux publics. Strasbourg : Editions du Conseil de l'Europe, 2009.

FEILLET, Bernard; ESCADA, Alain. Des catholiques intégristes s'attaquent au Théâtre. **Les Observateurs**, Paris, 2011. <<http://observers.france24.com/fr/content/20111028-extreme-droite-catholique-civitas-castellucci-blaspheme-theatre-ville-paris-integrisme-christ>>. Accès le 13 février 2015.

GONZALEZ-PACHECO, Antonio. **La Revolución Francesa (1789-1799)**. Barcelona: Ariel Practicum, 1998.

GRESH, Alain. Les faux semblants de la Commission Stasi. **Islam & Laïcité**, Paris, 2004. <<http://www.islamlaicite.org/article187.html>>. Accès le 02 février 2013.

GUEANT, Claude. Direction des libertés publiques et des affaires juridiques. Ministère de l'Intérieur. Laïcité et liberté religieuse. **Recueil de textes et de jurisprudence**, Paris, Edition des Journaux officiels, 2011.

HASQUIN, Hervé (org.). **Histoire de la laïcité**. Bruxelles : La Renaissance du livre, 1979.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Communication du 1 novembre 2012, **Singh v. France**, numéro 1852/2008.

JOUANNA, Arlette. **La Saint-Barthélemy – les mystères d'un crime d'Etat**. Paris: Gallimard, 2007.

La CEDH valide l'interdiction du voile en France. **AriegeNews**, Ariège, 2015. <http://www.ariegenews.com/ariege/actualites_economie/2014/78300/la-cedh-tranche-sur-l-interdiction-du-voile-integral-en-france.html>. Accès le 13 novembre 2015.

LOCHAK, Daniel. For intérieur et liberté de conscience. **CURAPP**, Paris, 1995. <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/35/daniele_lochak.pdf_4a081ea8c78af/daniele_lochak.pdf>. – Accès le 4 février 2015.

MACHELON, Jean-Pierre. Rapport Machelon. **Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire**, Paris, 2006 <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000727/index.shtml#book_sommaire>. – Accès le 02 février 2015.

MAILLOUX, Louise. L'intégrisme religieux menace-il nos droits ? **Colloque Égalité et Laïcité, quelles perspectives?** Montréal et Québec, 2010. <<http://louisemailloux.wordpress.com/2011/01/16/lintegrisme-religieux-menace-t-il-nos-droits/>> - Accès le 13 février 2015.

MONDONICO-TORRI, Cécile. Les réfugiés en France sous la monarchie de juillet : l'impossible statut. **Revue d'histoire moderne et contemporaine**, Paris, n. 47, 2000.

OBERDORFF, Henri. **Droits de l'homme et libertés fondamentales**. Paris: L.G.D.J, Lextenso éditions, 2010.

POLLET-PANOUSSIS, Delphine, Le point de vue du juge administratif. **Manifester sa religion: droits et limites**, Paris, L'Harmattan, 2011.

QUENIART, Jean. **La Révocation de l'Edit de Nantes**. Paris: Desclée de Brouwer, 1985.

Que dit la loi? **Mission Interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives**. Paris, 2015. <<http://www.derives-sectes.gouv.fr/quest-ce-qu'une-derive-sectaire/que-dit-la-loi>> Accès le 02 février 2015.

ROBERT, Jacques. Les fondements juridiques de la laïcité. **Revue politique et parlementaire**, Paris, n 1038, 2006.

RUIZ MIGUEL, Alfonso ; NAVARRO VALLS, Rafael. **Laicismo y Constitución**. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

SENIGUER, Haoues. La laïcité à l'épreuve de l'islam et des musulmans : le cas de la France. **Revue d'éthique et de théologie morale**, Paris, n 254, 2009.

SOPPELSA, Jacques. De la laïcité. **Revue politique et parlementaire**, Paris, n 1038, 2006.

SCHWARTZ, Rémy. **Un siècle de laïcité**. Paris: Berger-Levrault, 2007.

Washington critique les lois anti-burqa en France et en Belgique. **Le point**, Paris, 2012. <http://www.lepoint.fr/societe/washington-critique-les-lois-anti-burqa-en-france-et-en-belgique-30-07-2012-1491116_23.php>. Accès le 3 février 2014.

TOUVET, Laurent. La liberté de culte en droit français. **Actes du colloque international organisé par le Conseil de la communauté marocaine à l'étranger**, Fès, 2009. <<http://www.ccme.org.ma/fr/Evenements-du-CCME/Colloque-internationalStatut-juridique-de-l-Islam/la-liberte-de-culte-en-droit-francais-laurent-touvet-france.html>>. Accès le 04 février 2014.

-
- 1 CORM, Georges. **La question religieuse au XXIème siècle**. Paris : La Découverte, 2007, p. 81.
 - 2 AMNESTY INTERNATIONAL. **Droit et religions dans les Etats membres de l'Union européenne**, Paris, 2011, p. 71.
 - 3 MACHELON, Jean-Pierre. Rapport Machelon. **Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire**, Paris, 2006 <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000727/index.shtml#book_sommaire>. Accès le 02 février 2015.
 - 4 AMNESTY INTERNATIONAL. **Droit et religions dans les Etats membres de l'Union européenne**, Paris, 2011, p. 71.
 - 5 DURKHEIM, Emile. **Les formes élémentaires de la vie religieuse**. Paris : PUF, 1914, p. 60.
 - 6 Dictionnaire Larousse. <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/religion/67904?q=religion#67154>>. Accès le 02 novembre 2015.
 - 7 **Que dit la loi? Mission Interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives**, Paris, 2015. <<http://www.derives-sectes.gouv.fr/quest-ce-qu'une-derive-sectaire/que-dit-la-loi>> - Accès le 02 février 2015.
 - 8 OBERDORFF, Henri. **Droits de l'homme et libertés fondamentales**. Paris : L.G.D.J, Lextenso éditions, 2010, p. 146.
 - 9 Idem, p. 147.
 - 10 Dictionnaire Larousse. <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/menace/50414?q=menace#50305>>. Accès le 02 novembre 2015.
 - 11 HASQUIN, Hervé (org.). **Histoire de la laïcité**. Bruxelles : La Renaissance du livre, 1979, p. 35.
 - 12 Idem, p. 37.
 - 13 AYCARD, Mathilde ; REMOND, René. **Atlas de l'Histoire de France**. Paris, France Loisirs, 1996, p. 126.
 - 14 JOUANNA, Arlette. **La Saint-Barthélemy: les mystères d'un crime d'Etat**. Gallimard, Paris, 2007, p. 10.
 - 15 BORELLO, Céline. Le secret dans la lutte contre l'« hérésie » en Provence. **Rives nord-méditerranéennes**, Marseille, 2004, p. 107.
 - 16 QUENIART, Jean. **La Révocation de l'Edit de Nantes**. Desclée de Brouwer, Paris, 1985, p. 13.
 - 17 BAUBÉROT, Jean ; ZUBER, Valentine. **Une haine oubliée. L'antiprotestantisme avant le « pacte laïque » (1870-1905)**. Paris, Albin Michel, 2000, p. 5.
 - 18 AYCARD, Mathilde ; REMOND, René, op. cit. , p. 144.
 - 19 MONDONICO-TORRI, Cécile. Les réfugiés en France sous la monarchie de juillet : l'impossible statut. **Revue d'histoire moderne et contemporaine**, Paris, n 47, 2000, p. 732.
 - 20 CARBONNIER-BURKARD, Marianne ; CABANEL, Patrick. **Une histoire des protestants en France**. Paris, Desclée de Brouwer, 1998, p. 27.
 - 21 BAUBÉROT, Jean ; MILOT Micheline. **Laïcités sans frontières**. Paris : Editions du Seuil, 2011, p. 20.
 - 22 GONZALEZ-PACHECO, Antonio. **La Revolución Francesa (1789-1799)**. Ariel Practicum, Barcelona, 1998, p. 45.
 - 23 DUSSEAU, Joëlle. L'histoire de la séparation, entre permanences et ruptures. La laïcité ou la « religion » de la République. **Revue politique et parlementaire**, Paris, n 1038, 2006, p. 15.
 - 24 CERF, Martine ; HORWITZ, Marc ; DELFAU, Gérard. **Dictionnaire de la laïcité**. Armand Colin, Paris, 2011, p. 227.
 - 25 SOPPELSA, Jacques. De la laïcité. **Revue politique et parlementaire**, Paris, n 1038, 2006, p. 2.
 - 26 ROBERT, Jacques. Les fondements juridiques de la laïcité. **Revue politique et parlementaire**, Paris, n 1038, 2006, p. 9.
 - 27 Idem, p. 10.

- 28 BAUBÉROT, Jean ; MILOT Micheline, op. cit., p. 76.
- 29 BRIAND, Aristide. Député. **La Séparation des Eglises et de l'Etat**. ARD Cornély et Cie, Paris, 1905.
- 30 OBERDORFF, Henri, op. cit., p. 445.
- 31 EVANS, Malcolm. **Manuel sur le port des symboles religieux dans les lieux publics**. Strasbourg : Editions du Conseil de l'Europe, 2009, p. 8.
- 32 LOCHAK, Daniel. For intérieur et liberté de conscience. **CURAPP**, Paris, 1995. <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/35/daniele_lochak.pdf_4a081ea8c78af/daniele_lochak.pdf>. - Accès le 4 février 2015.
- 33 CONSEIL D'ETAT. Décision du 26 octobre 2001, **Mme. Senanayake**, requête numéro 198546.
- 34 CONSEIL D'ETAT. Décision du 19 février 2009, **M. Bouvier**, requête numéro 311633.
- 35 CONSEIL D'ETAT. Décision du 15 octobre 2003, **M. Jean-Philippe O.**, requête numéro 244428.
- 36 SCHWARTZ, Rémy. **Un siècle de laïcité**. Paris, Berger-Levrault, 2007, p. 159.
- 37 Idem, p. 159.
- 38 TOUVET, Laurent. La liberté de culte en droit français. **Actes du colloque international organisé par le Conseil de la communauté marocaine à l'étranger**, Fès, 2009. <<http://www.ccme.org.ma/fr/Evenements-du-CCME/Colloque-internationalStatut-juridique-de-l-Islam/la-liberte-de-culte-en-droit-francais-laurent-touvet-france.html>>. Accès le 04 février 2014.
- 39 BARBIER, Maurice. Pour une définition de la laïcité française. **Le Débat**, Paris, n 134, 2005, p. 130.
- 40 BAUBÉROT, Jean. **La laïcité falsifiée**. Paris, La Découverte, 2012, p. 8.
- 41 SENIGUER, Haoues. La laïcité à l'épreuve de l'islam et des musulmans : le cas de la France. **Revue d'éthique et de théologie morale**, Paris, n 254, 2009, p. 86.
- 42 Idem, p. 87.
- 43 MAILLOUX, Louise. L'intégrisme religieux menace-t-il nos droits ? **Colloque Égalité et Laïcité, quelles perspectives?** Montréal et Québec, 2010. <<http://louisemailloux.wordpress.com/2011/01/16/lintegrisme-religieux-menace-t-il-nos-droits/>>. Accès le 13 février 2015.
- 44 FEILLET, Bernard; ESCADA, Alain. Des catholiques intégristes s'attaquent au Théâtre. **Les Observateurs**, Paris, 2011. <<http://observers.france24.com/fr/content/20111028-extreme-droite-catholique-civitas-castellucci-blaspheme-theatre-ville-paris-integrisme-christ>>. - Accès le 13 février 2015.
- 45 BAUBÉROT; MILOT, op. cit. , p. 291.
- 46 GRESH, Alain. Les faux semblants de la Commission Stasi. **Islam & Laïcité**, Paris, 2004. <<http://www.islamlaicite.org/article187.html>>. - Accès le 02 février 2013.
- 47 CONSEIL D'ETAT. Décision du 27 novembre 1989, **M. Kherouaa**, requête numéro 346893.
- 48 POLLET-PANOUSSIS, Delphine, Le point de vue du juge administratif. **Manifester sa religion: droits et limites**, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 141.
- 49 CONSEIL D'ETAT. Décision du 2 novembre 1992, **M. Kherouaa et autres**, requête numéro 130394.
- 50 BAUBÉROT; MILOT, op. cit., p. 296.
- 51 CONSEIL D'ETAT. Décision du 20 octobre 1999, **M. et Mme. Ait Ahmad**, requête numéro 181486.
- 52 AMNESTY INTERNATIONAL, op. cit., p. 72.
- 53 CONSEIL D'ETAT. Décision du 5 décembre 2007, **M. Singh**, requête numéro 285394.
- 54 HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Communication du 1 novembre 2012, **Singh v. France**, numéro 1852/2008.
- 55 BAUBÉROT; MILOT, op. cit., p. 301.
- 56 Idem, p. 302.
- 57 Ibidem, p. 302.
- 58 SCHWARTZ, op. cit. , p. 159.
- 59 CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision du 7 octobre 2010, **Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public**, requête numéro 2010-613 DC.
- 60 Washington critique les lois anti-burqa en France et en Belgique. **Le point**, Paris, 2012. <http://www.lepoint.fr/societe/washington-critique-les-lois-anti-burqa-en-france-et-en-belgique-30-07-2012-1491116_23.php>. Accès le 3 février 2014.
- 61 Idem.
- 62 COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire communiquée du 1er juillet 2014, **S.A.S. c./ France**, requête numéro 43835/11.
- 63 COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Décision du 26 novembre 2015, **Ebrahimian c. France**, requête numéro 64846/11.
- 64 La CEDH valide l'interdiction du voile en France. **AriegeNews**, Ariège, 2015. <<http://www.ariegenews>

- com/ariege/actualites_economie/2014/78300/la-cedh-tranche-sur-l-interdiction-du-voile-integral-en-france.html>. - Accès le 13 novembre 2015.
- 65 CORELLA, Angeles Solanes. Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Valencia, n 31, 2015. <https://www.academia.edu/13099387/%C3%ADmites_a_los_derechos_en_el_espacio_p%C3%ABlico_mujeres_velos_y_convivencia_Limiting_rights_in_public_space_women_veils_and_conviviality_>. Accès le 02 décembre 2015.
- 66 BOURDIEU, Pierre. *Interventions, 1961-2001 : science sociales et action politique* Marseille, Agonne, 2002, p. 305.
- 67 RUIZ MIGUEL, Alfonso ; NAVARRO VALLS, Rafael. *Laicismo y Constitución*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 113.
- 68 DE LUCAS, Javier. ¡Igualdad, no tolerancia!. *Al revés y al derecho*. Valencia, 2015. <<http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=3541>>. Accès le 15 novembre 2015.

DO RELIGIONS REPRESENT A RISK TO HUMAN RIGHTS IN FRANCE

ABSTRACT

On the November 13th, 2015, France was hit by a terrorist attack in the name of a supposed religious ideal. Thus one question arises: would religions represent a threat to human rights in France? For a better understanding of the current situation it is necessary to consider the special relationship France has maintained with the religious facts throughout history. It is possible to verify that the constitutional state wanted to frame the religions through the principle of secularism to limit possible threats. Indeed, this principle is the most consistent for the guarantee of human rights in a democratic state. However, wishing to protect the human rights from a possible religious threat, France has adopted a secular model that can endanger religious freedoms. Therefore, this article will examine, first, the framing of religions that has been done in the name of human rights throughout history. After that, it will analyze the principle of secularism as a measure of religions. For this, qualitative methodology will be used. The literature, the study of the jurisprudence and the legislation will support the information relating to the subject.

Keywords: Religions. Secularism. Human Rights. France.

Submetido: 6 dez. 2015

Aprovado: 5 jan. 2016

CAN CONSTITUTIVE RULES CREATE A PRACTICE?*

Giuseppe Lorini**

1 Constitutive rules and sense of game. 2 Chess-like *game* vs. chess-like *rite*.
3 Rule-constituted activity vs. practice. 4 Averroës' impossible research.
References

ABSTRACT

The author investigates the role of constitutive rules in the construction of social reality. He denies that constitutive rules are a sufficient condition of a practice such as a chess game. To create a new practice with rules, it is necessary that there already be the grammar of this practice, that is, the sense of this practice (for example, the sense of game). It is the grammar of a practice and not its constitutive rules that determines the nature of a practice. The sense of a practice cannot be created by constitutive rules.

Key words: constitutive rules, practice, social ontology, institutional fact.

1 CONSTITUTIVE RULES AND SENSE OF GAME

This essay concerns social ontology. In social ontology, a fundamental distinction is that (proposed by the American philosopher John R. Searle) between *brute facts* and *institutional facts*.

For Searle (1969, 51), institutional facts are facts which, unlike brute facts, presuppose the existence of certain human "institutions". The adjective

* The present article was originally published in *Praxis Filosófica* and is available at: <http://praxis.univalle.edu.co/index.php/filosofica/article/view/1930/2971>. In the event of a citation, please reference the original publication. (Esta nota foi alterada a pedido do autor.)

** Giuseppe Lorini teaches Philosophy of Law and General Theory of Law at the University of Cagliari (Italy) since 2005. He taught also at the University of Camerino (Italy) and the University of Pavia (Italy). He took his PhD in "Analytical Philosophy and General Theory of Law" in 1997 at the State University of Milan (Italy) with a thesis entitled *Dimensions of the Institutional (Dimensioni dell'istituzionale)*. He was visiting professor at the Universidad Internacional de la Andalucía (Spain), the Universidad de Oviedo (Spain), the Uniwersitet Gdański [University of Gdansk] (Poland), the University of Nagoya (Japan). He was visiting scholar at the University of California at Berkeley (USA) and the Universidad de Sevilla (Spain). He is a member of the editorial board of the philosophical journal "Argumenta. Journal of Analytic Philosophy" and a member of the International Advisory Board of the Polish journal "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" ("The Legal, Economical and Sociological Journal"). Main interests: philosophy of normativity, social ontology, philosophy of deontic logic, legal anthropology and legal ethology. E-mail: lorini@unica.it (Esta nota foi alterada a pedido do autor.)

'institutional' that Searle uses to qualify kind of fact derives from this definition of institutional facts.

If one ignores this distinction one may commit the error of confusing institutional status (like being a Lord-Mayor, Judge and Bishop) and objects that are only indicators of status. Jonathan Swift (1960, 283) describes this confusion genially in the following way: "These animals, which are vulgarly called suits of clothes, or dressed, do according to certain compositions receive different appellations. If one of them be trimmed up with a gold chain, and a red gown, and a white rod, and a great horse, it is called a Lord-Mayor; if certain ermines and furs be placed in a certain position, we style them a Judge, and so an apt conjunction of lawn and black satin we entitled a Bishop".

In order to characterize the concept of institutional fact and to distinguish institutional facts from brute facts, Searle uses the concept of a "constitutive rule". In fact, for Searle (1969, 51), "institutions" are systems of constitutive rules.

Searle distinguishes two different sorts of rules: *regulative rules* and *constitutive rules*. For Searle (1969, 34), "regulative rules regulate a preexisting activity, an activity whose existence is logically independent of the rules", whereas "constitutive rules constitute [...] an activity the existence of which is logically dependent on the rules". For example, "the rules of football or chess [...] do not merely regulate playing football or chess, but as it were they create the very possibility of playing such games".

My point of departure is the thesis that constitutive rules create the possibility of new forms of behavior. The question that I ask in the present essay is: It is really true that a new (type of) institutional activity can be created *only* by constitutive rules? This essay investigates the way in which an institutional activity is created by means of constitutive rules, but also the *limits* and the *conditions* of the creation of institutional activities by constitutive rules. In other words, the question is, Are the constitutive rules of a practice a *necessary and sufficient condition* of the type of practice that is its object?¹

My answer is this: constitutive rules can create the possibility of new forms of behavior (a new *rule-constituted activity*), but they *can not* themselves create a new *practice*. They *can not be* a necessary and sufficient condition of a practice.

In order to explain and demonstrate this thesis, I begin by looking at the thesis argued for Searle (1969, 33-34):

The activity of playing chess is constituted by acting in accordance with the appropriate rules.

Is it true, however, that the activity of playing chess consists in acting in accordance with the constitutive rules of chess? In other words, does the activity of playing chess consist in acting in accordance with the constitutive rules that constitute the possible moves and the values of the chess pieces?

(‘Constitutive rules of chess’ I understand to be those rules that are specific to the game of chess; in other terms, all the rules that define the possible moves in the game and the value of chess pieces.² It is those rules that distinguish the game of chess from soccer or checkers.)

Another philosopher, Hubert Schwyzer has criticized the Searle’s thesis. Schwyzer doesn’t deny that chess is a game played by acting in conformity to the rules of the game. In other words, Schwyzer doesn’t deny that the game of chess is a *rule-governed activity*. What he denies is:

first, that the sense of game characterising the *activity of playing chess* derives from acting in conformity to the rules of the game;

second, that the sense of game characterising the *institution* called ‘chess’ is constituted by the rules of chess.

(i) *First*, Schwyzer denies that the sense of game characterising the *activity of playing chess* consists in acting in conformity to the rules of chess:

There is all the difference in the world between saying that the game of chess is defined by its rules, or that chess is a game played in accordance with these rules, and saying that the activity of playing chess is constituted by action in accordance with these rules, or that the rules define that activity. The former is unexceptionable, the latter false (SCHWYZER 1969, 454).

For Schwyzer (1969, 464), “playing chess does not consist in acting in accordance with the rules. The rules do not explicate the concept of playing chess; they do not establish what it is to play chess.” Acting in accordance with these rules isn’t a sufficient condition for the fact that you are playing chess.

An similar observation occurs in Josef Schächter (1935). Schächter argues that it is not sufficient to act according to the rules of chess to play chess. In the case of a person who practices the rules of chess with his instructor, these two people are not playing chess. In Schächter’s terminology, they are not “using” the rules, but only demonstrating them. Schächter writes:

In teaching chess, an instructor can proceed by practising with his pupil the rules of the game, in such a way that in the usual sequence (move - counter move) the pupil moves his pieces according to the prescribed rules. One may ask: are these two playing chess or not? [...] We must say that they are, for all the rules are being obeyed. But in another sense we might say that they are not, for they are playing merely to demonstrate the rules of the game, they are doing its grammar. So long as it is viewed merely as demonstrating rules, it does not yet belong to the game; but as soon as we abandon the way of demonstration, we are playing chess. (To decide whether it is a case of *demonstrating* or actually *using* the rules, one can do no more than ask the players or infer their intentions from their behaviour.)

(ii) *Second*, Schwyzer denies, also, that the sense of game characterising the *game of chess* is constituted by the rules of chess. As Schwyzer writes:

That chess is a game is in no way a *rule* of the game (SCHWYZER 1969, 463).

The problem here is: in what does the sense of game of an activity like playing chess consist?

2 CHESS-LIKE GAME VS. CHESS-LIKE RITE

Schwyzzer explains and proves the apparently counterintuitive thesis that the sense of game isn't intrinsic to the activity constituted by the constitutive rules of chess, proposing a mental experiment:

Imagine the following. I have now been in Ruritania some time, and can speak the language tolerably well. One day I accompany my host with his family to a certain building, where a large number of people are sitting in a circle on the floor, murmuring among themselves agitatedly. In the center of the circle is a small table with two chairs, and on the table is a chessboard with chessmen arranged as for the beginning of a game. After a while, two men in elaborate clothes enter the room and seat themselves at opposite sides of the table; whereupon those sitting on the floor fall silent and watch intently. The men at the table then proceed, with what appears to be an air of great concentration, to move the chess pieces around on the board according to the rules of chess. It strikes me, however, that they play a rather wild game, and I can see no consistent strategy in the moves of either player. The excitement mounts until, after an hour or so, white mates black. Then everyone present, including both men at the table, shows signs of extreme relief; they mop their brows, smile and congratulate one another (SCHWYZER 1969, 456).

Continuing with his mental experiment, Schwyzer imagines that, on returning to home, he shows his own chess set to his host and he asks him to play chess. But here is the surprising reaction of his host to this request:

He turns pale, is horrified and appalled, and insists that I put it away immediately. "Blasphemer!" he exclaims. "Did you want to *play* at chess with me?" And did you *forge* that chess set?" (SCHWYZER 1969, 456).

Why did Schwyzer's host react in this way to the simple request to play chess? Schwyzer understands the reason of this excessive reaction when his host explains to him what the practice of chess consists of in Ruritania:

There is, he says, only one chess set for each community. Chess is enacted once every year by the priest of the community, for purposes of determining the will of the gods. If white mates black, the community and the crops will flourish; if black mates white, there will be trouble (SCHWYZER 1969, 457).

Then, to the Schwyzer's question whether the white should always win, the host, once more shocked, answers in this way:

Chess is not a duel or a battle. It is a sacred rite. There is no winning or losing at all (SCHWYZER 1969, 457).³

Here the misunderstanding is revealed: in Ruritania, chess is not a *game*, but a religious *rite* that is enacted only once a year by the priest of the community.⁴ The rite of chess is not a form of competition: in the rite of chess, you can't win or lose, because victory and defeat don't compose the grammar of the rite.

Consequently, for the grammar of rite, in Ruritania's chess it doesn't make sense to talk of strategy.

In this mental experiment, Schwyzer focuses on the fact that the differences between the game of chess and the rite of chess are *not* determined by the constitutive rules of chess. Indeed, the activity of the two practices (rite of chess and game of chess) is governed by the *same* rules: the constitutive rules of chess.

But where then lies the difference between the two practices?

(i) The difference between the two practices doesn't appear on the *brute level* of description of the action. It is not perceivable in the observation of mere *physical activities* that compose the two practices.

Additionally, the difference between the two practices doesn't consist even in *mental events* in the minds of the players. Schwyzer writes:

The difference between the rite of chess and the game of chess lies not at all in what goes on at the board, nor in anything in the minds of those who make the moves (SCHWYZER 1969, 464).

(ii) The difference between the two practices doesn't appear even to the *institutional level* of description of the action. Indeed, the two practices, sharing the same system of rules, necessarily also share the same institutional support consisting in an activity according the constitutive rules of chess.

(iii) Instead, the difference between the two practices consists in the different role, in the different value, that the activity has in the everyday life of those who practice it:

The difference lies away from the board altogether, in what Wittgenstein calls the "role" of the activity in the lives of those for whom it is a practice (SCHWYZER 1969, 464).

For Schwyzer, it is the different grammar of the two activities that distinguishes the game of chess from the rite of chess. It is the grammar of a practice and not its constitutive rules that determines its nature, and consequently its sense of rite or its sense of game:

The nature of a given practice is defined not by its rules, but by its "grammar" (SCHWYZER 1969, 463).

Schwyzler (1969, 463) believes that the fact “that chess is a game is in no way a rule of the game”. It is a grammatical proposition.⁵ In this regard, he writes:

What makes chess-playing the kind of thing it is is a matter of what sorts of things it makes sense to say with respect to chess, of what sorts of things are, in a logical sense, relevant or appropriate to say with regard to chess (SCHWYZER 1969, 454).⁶

Schwyzler further argues:

It belongs to the grammar of “chess” that we can say such things as “Let’s play chess”, “That was a wise (a silly) move”, we can ask who won or is winning, say “Bad luck” to the one and “Well played” to the other after the game is over; these ways of speaking are *intrinsically* relevant in the context of chess, not in the context of, say, Mass (SCHWYZER 1969, 455).

In the same way, the fact that chess presuppose skill belongs to the grammar of chess.

Similarly, it is because of its grammar that the rite of chess is different from the game of chess. The rite of chess, indeed, unlike the game of chess, is not a form of competition and, so, it doesn’t make sense to talk in the rite of chess about victory and defeat, or even strategy.

For Schwyzler, the word ‘grammar’ in the phrase ‘grammar of chess’ has a very similar meaning to the term ‘grammar’ used in the ordinary schoolbook grammar. Similarly the grammar as a theory of syntax means that ‘*children*’ is a noun and ‘*play*’ is a verb and that it is meaningful to write ‘*The children play*’, but not ‘*The play children*’; the grammar of a practice means that chess is a competition, and it means that it makes sense to say certain things with regard to chess, but not with regard to other practices.

Schwyzler’s observation suggests that there is a level of institutional action (the level of the activity that has a sense of a practice, like a sense of game or a sense of rite), where the constitutive rules don’t work.

With regard to the distinction between the concept of activity constituted by rules and the concept of practice, it is clear that acting in accordance with the rules of chess isn’t sufficient, in order to play chess, in the same way that acting in accordance with the rules of soccer isn’t sufficient in order to play soccer.

3 RULE-CONSTITUTED ACTIVITY VS. PRACTICE

In order to prove that institutional activities and institutions are not mere rule-constituted activities, Schwyzler invents a new rule-governed activity that isn’t a practice: *X-ing*. Schwyzler writes:

Suppose I tell you I have created a new form of behaviour, invented a new practice, and these are the rules. No, it is not a

game or competition of any kind, nor a rite or ceremony, nor is it in any sense a “way of doing something”, as making a will is a way of providing for one’s property after death, has that purpose built into it. It is a new practice altogether, called “X-ing”; it requires two participants, the “initiator” and the “respondent”, and the procedure is as follows. First, the initiator signs his name on this special piece of paper called “the pad”; his signing his name there is called “launching”. The respondent then has a choice: either he “submits”, which is to do this, or he ... and so forth. The whole business is terminated when the respondent “declares” - that is, signs his name on the other side of the pad (SCHWYZER 1969, 464).

X-ing is a *rule-governed activity*, i.e. an activity whose nature consists in acting in conformity to its constitutive rules. Asks Schwyzer:

What is *X-ing*? An activity according to these rules (SCHWYZER 1969, 464).

But this activity has no other senses than this. It isn’t a game or a rite. It isn’t a way of doing something like a will is a “way of” distributing one’s property after one’s death. For Schwyzer, *X-ing* is a mere *rule-governed activity* that isn’t a practice.

For Schwyzer, *X-ing* is not a practice for three different reasons.

(i) First, “*X-ing* hasn’t a grammar” (Schwyzer 1969, 465). There aren’t grammatical propositions on the nature of *X-ing*. Recovering the philosophy of Ludwig Wittgenstein, Schwyzer (1969, 454) defines the grammar of an activity as that “*which makes it an activity of that kind*”. The grammar is the place of sense (for instance, sense of rite or sense of game) that conditions the possibility of being of a practice.

(ii) Second, there isn’t any situation that *counts as* an appropriate situation to engage in *X-ing* (Schwyzer 1969, 465).

(iii) Third, *X-ing* hasn’t any other sense than the sense of acting in accordance with its rules:

To act in accordance with those rules is not to do or to be engaged in anything other than just that, action in accordance with those rules (SCHWYZER 1969, 466).

Unlike *X-ing*, chess is, instead, an example of a *rule-governed activity* that is also a practice. Chess is an example of an activity that can be performed only by acting in accordance with constitutive rules, but whose sense doesn’t exhaust itself in a simple behaviour that conforms to constitutive rules. Chess is a game, but that it is a game is not abducible by the constitutive rules of the game. The rules of chess don’t permit the understanding of the sense of this activity. The sense of this activity transcends those rules that constitute the possibility of the game.

I now return to the initial question posed in this essay: Does the activity of playing chess consist in acting in accordance with the constitutive rules of chess?

My answer is negative. I believe playing chess doesn't consist only in acting in conformity to the rules of chess. It's obvious that chess is a game played by acting in conformity to its rules. It's impossible to play chess without the rules of chess. But it's no less true that to move in accordance to the rules of chess is not necessarily to play chess. A person who moves mechanically chess pieces without a strategy or without the goal of checkmate, isn't playing chess. It's even possible, following the rules of chess, to perform an activity totally different from and also grammatically incompatible with the game of chess, such as the rite of chess described by Schwyzer.

4 AVERROËS' IMPOSSIBLE RESEARCH

An epistemical thesis corresponds to my ontological thesis about the nature of institutional activity: if you don't know the grammar of a practice, you can't understand what that practice is, even if you know very well the constitutive rules of that practice.

For instance, if you don't understand what a game is, if you don't know the grammar of "game", you can't understand what a game of chess is, even if you know very well the rules of chess.

Curiously, a similar kind of impossibility is described in a short story by Jorge Luis Borges: *La busca de Averroes*. In this short story, Borges tells us of an impossible research, the research of Averroës. Averroës tried to translate the *Poetics* of Aristotle, but being closed within the limits of Islam culture, and not knowing theatre, he couldn't understand the meaning of the two terms 'tragedy' and 'comedy'.

REFERENCES

- BORGES, Jorge Luis. **Obras completas**. Buenos Aires: Emecé, 1981.
- CONTE, Amedeo G. Eidos. An Essay on Constitutive Rules. **Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities**, 11, 1988, pp. 251-257.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **La pensée sauvage**. Paris: Plon, 1962.
- LORINI, Giuseppe. **Dimensioni giuridiche dell'istituzionale**. Padua: CEDAM, 2000.
- LORINI, Giuseppe. **Oggetto e atto**. Torino: Giappichelli, 2008.
- MILLER, Dolores. Constitutive Rules and Essential Rules. **Philosophical Studies**, 39, 1983, pp. 183-197.
- ROVERSI, Corrado. **Pragmatica delle regole costitutive**. Bologna, GEDIT, 2007.

SCHÄCHTER, Josef. **Prolegomena zu einer kritischen Grammatik**. Wien: Julius Springer, 1935.

SCHWYZER, Hubert. Rules and Practices. **The Philosophical Review**, 78, 1969, pp. 451-467.

SEARLE, John Rogers. **Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language**. Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

SEARLE, John Rogers. **The Construction of Social Reality**. New York: Free Press, 1995.

SEARLE, John Rogers. **Making the social world: the structure of human civilization**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SWIFT, Jonathan. A Tale of a Tub. In: SWIFT, Jonathan. **A Tale of a Tub with Other Early Works (1696-1707)**. Ed. Louis A. Landa. Oxford: Blackwell, 1960, pp. 241-353.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Oxford: Blackwell, 1953.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Grammatik**. Oxford: Basil Blackwell, 1969.

ZLANIEC, Wojciech. Fathers, Kings and Promises. Husserl and Reinach on the A Priori. **Husserl Studies**, 9, 1992, pp. 147-177,

ZNAMIEROWSKI, Czeslaw (1924). **Podstawowe pojęcia teorii prawa**. I. Poznań, Fiszer i Majewski.

¹ The idea that they are rules which create new possibilities of action can already be found in the work of the Polish legal philosopher Czeslaw Znamierowski (1924). (Cf Giuseppe Lorini 2000, 69-81).

² For this kind of rule, Amedeo G. Conte proposed the name '*eidetic-constitutive rule*'. Conte (1988, 252) writes: "The eidetic-constitutive rules are those that determine the connotation of those terms that (in the formulation of the rules) designate the praxemes (the units of praxis) which are governed by the rules. For example the rules of chess are eidetic-constitutive because (and in the sense that) they determine the connotation of terms ('bishop', 'castling', 'check', ...) which designate the praxemes (pieces, praxemes, game situations) of the game".

³ Victory in a game is a very interesting phenomenon for the investigation of institutional reality. Victory in a game like chess presupposes the existence of the institution of chess. You can not win a chess match, if there isn't the institution of the chess game. But the meaning of 'victory' and the meaning of 'defeat' in the sphere of an institution seem go beyond the boundaries of the single institution. The institutions determine the conditions of victory and defeat, and then the *extension* of the words 'victory' and 'defeat' in the sphere of an institution like chess or soccer. But the *intension* of the two words is not determined by the institutions that determine the conditions of victory and defeat. Ludwig Wittgenstein (1969) asks: "What do winning and loosing in a game consist in?" And he answers: "Of course not in the game's situation that produces the victory". The meaning of 'victory' and the meaning of 'defeat' seem to go beyond the boundaries of a single institution. Victory and defeat seem not to be *institutional* concepts, but rather *meta-institutional* concepts (I owe the phrase 'institutional concept' to Dolores Miller (1981, 191)): they do not have in the institutions their own conditions of possibility, but on the contrary it is they that constitute the conditions of possibility of certain institutions like competitive games. Besides, a sign of the their *meta-institutionality* is constituted by their *trans-institutionality*. In fact, whereas the

conditions of victory and defeat change as we shift from one game to another, the meaning of 'victory' and the meaning of 'defeat' remain unchanged.

- ⁴ A similar case is described by Claude Lévi-Strauss (1983, p. 46). Lévi-Strauss describes the case of Gahuku-Gama people from New Guinea "qui ont appris le football, mais qui jouent, plusieurs jours de suite, autant de parties qu'il est nécessaire pour que s'équilibrent exactement celles perdues et celles gagnées par chaque camp". They consider "un jeu comme un rite".
- ⁵ Here are four examples of grammatical propositions in the essay of Schwyzer: (i) Promises ought to be kept, (ii) Chess is a competitive game, (iii) Sensations are private, (iv) Expectation is a state.
- ⁶ Schwyzer borrows the term '*grammar*' from Ludwig Wittgenstein (1953), who writes in §§ 371 e 373: "Essence is expressed by grammar. [...] Grammar tells what kind of object anything is".

¿LAS REGLAS CONSTITUTIVAS PUEDEN CREAR UNA PRÁCTICA?

RESUMEN

El autor investiga el papel desarrollado por las reglas constitutivas en la construcción de la realidad social. En particular, niega que, por ejemplo, las reglas constitutivas del ajedrez sean condición suficiente de la práctica llamada juego del ajedrez. Para crear una nueva práctica, se necesita también la existencia de la gramática de esa práctica, o sea el sentido mismo de la práctica (por ejemplo: el sentido de juego). Es la gramática de una práctica (y no las reglas constitutivas) la que determina la naturaleza de la práctica misma. El sentido de una práctica no puede ser creado por las reglas constitutivas.

Palabras clave: Reglas constitutivas. Práctica. Ontología social. Hecho institucional.

Submetido: 4 jan. 2016
Artigo convidado

ARGUING GLOBAL ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM*

Louis J. Kotzé**

ABSTRACT

The current global environmental law and governance regime has been designed primarily to attend to the worsening ecological crisis. Evidence, however, suggests that the regime is far from achieving its goal and it is failing in its efforts to solve what people perceive to be pervasive global environmental problems. There is little doubt that this regime is in need of urgent reforms and/or re-situation in a decidedly different paradigm. This article proposes that global constitutionalism, while no panacea, could contribute to these paradigm-shifting reforms by providing a new perspective through which to view the current deficient global environmental law and governance regime and, in real terms, ameliorating some of the deficiencies of the regime through a normative process of constitutionalization.

Keywords: Global Environmental Law and Governance, Sustainability, Globalization, Global Environmental Constitutionalism

1 INTRODUCTION

The global ecological crisis is severe and is continuously deepening to the extent that it is threatening life on earth.¹ The current global environmental law and governance regime has been designed mainly to attend to and ameliorate this crisis; yet, evidence suggests that the regime is far from achieving its goal and, while there are some minor successes, it is failing in its efforts to solve what people perceive to be pervasive global environmental problems.² There is little doubt that this regime is in need of urgent reforms and/or re-situation in a decidedly

* First published in: *Transnational Environmental Law - Journal of Cambridge*. This research was made possible through the financial assistance of the Alexander von Humboldt Stiftung. Research for the article was conducted at the Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, Germany. The author wishes to thank the Humboldt Stiftung and the Max Planck Institut for their generous support. Thanks also to the anonymous reviewers and particularly to Anna Gear, Benjamin Richardson, Jonathan Verschuuren, and Francois Venter for their helpful comments on an earlier draft. All views expressed herein and all errors remain those of the author.

** Baccalaureus Commercii (Law) (Potchefstroom University); Baccalaureus Legum (Potchefstroom University) (complete last six months of LLB at Vrije Universiteit Amsterdam); Magister Legum (cum laude) (Potchefstroom University); Doctor Legum (North West University (hereafter NWU)); Enrolled for Philosophiae Doctor at Tilburg University, the Netherlands. Email: Louis.kotze@nwu.ac.za.

different paradigm. This article proposes that global constitutionalism, while no panacea,³ could contribute to these paradigm-shifting reforms by providing a new perspective through which to view the current deficient global environmental law and governance regime and, in real terms, by ameliorating some of the deficiencies of the regime by way of a normative process of constitutionalization.

As a point of departure, this article reflects on the state of global environmental law and governance. It revisits the theory of constitutionalism and then applies constitutionalism in an environmental legal context with a view to establishing the general parameters, content and nature of environmental constitutionalism. It then briefly maps the burgeoning field of global constitutionalism and situates it in the global environmental law and governance paradigm by interrogating the notion of 'global' as it is used in the context of global environmental law and governance. In conclusion, the article identifies and elaborates on a limited number of areas in global environmental law and governance which it considers to be particularly receptive to the idea of global environmental constitutionalism. It also foresees and formulates criticism and a range of conceptual and pragmatic difficulties which could derail the global environmental constitutionalism project. It concludes with preliminary and tentative pragmatic observations with respect to the future of global environmental constitutionalism.

The reader should be aware of a few self-imposed caveats that apply. Because of the sheer scope and theoretical complexity of the issues at hand, the article cannot deal in detail with all of the issues that global environmental constitutionalism raises. The observations in this article are rather preliminary and could provide the foundational impetus for future research. This survey therefore raises many questions and endeavours to answer only a few. While it attempts neither to formulate a theory of, nor to comprehensively describe, global environmental constitutionalism or the transition of the global environmental law and governance regime to a constitutional one, this article does seek to make a case for expanding the environmental constitutionalism debate that is raging nationally to the global context. Essentially, in highlighting the potential of constitutionalism in this respect, this article also hopes to steer the maturing debate on global constitutionalism into the environmental domain or, conversely, to invite hitherto conspicuously absent environmental considerations into the global constitutionalist arena.

2 THE STATE OF GLOBAL ENVIRONMENTAL LAW AND GOVERNANCE

Today one would be hard pressed to find a domestic jurisdiction which does not provide environmental protection through laws and concomitant governance arrangements. This is also true for the global regulatory scene, where a comprehensive environmental law and governance regime aims to regulate environmental matters within and beyond state boundaries at the supranational level. Global environmental governance has recently emerged as a collective

descriptive term and normative construct that encapsulates the countless (and growing) political, legal and institutional arrangements at the international, regional, sub-regional, national and sub-national levels that seek to respond to environmental problems.⁴ Generally speaking, all of these arrangements aim to influence human behaviour vis-à-vis the environment. They consist of complex political and diplomatic processes; a plethora of legal arrangements such as international multilateral environmental agreement (MEA) regimes; regional, sub-regional, national and sub-national laws; state actors, various public- and private-sector organizations and other non-state actors; numerous private and public-sector arrangements and networks; and a host of monitoring, research, information sharing, enforcement and dispute resolution mechanisms.⁵ The burgeoning body of international environmental law and accompanying governance institutions is testimony to the importance and growth of global environmental law and governance. So, too, is the network-like emergence of multiple non-state actors and less formal legal rules as part of the increasingly disaggregating mass of multilevel, private-public regulatory arrangements that pertain to the global environment.⁶

Despite its incremental growth, the performance of global environmental law and governance unfortunately leaves much to be desired, and the success of the global environmental law and governance effort seems to be disproportionately small when compared to its growth. While it is difficult to appraise global environmental governance, questions concerning its effectiveness could be formulated in three different ways, namely: ‘have anthropogenic environmental stresses been reduced, is environmental quality better, [and] do governments comply with their international obligations to protect the environment?’⁷ It is generally accepted that the regime is ineffective because anthropogenic stresses have not been reduced, environmental quality is continuously deteriorating, and states remain hesitant to subject themselves to binding environmental obligations and to comply with those to which they have subjected themselves.

Evidently, global environmental law and governance suffers from the same ills as other societal (governance) institutions (used in their broadest sense):⁸

[...] the dominant institutions of contemporary societies – international law regimes, state governments, the global financial system and the corporate organization of economic life, educational and cultural institutions of all kinds – have lost their capacity to govern the spheres of human activity for which they are deemed responsible in such a way as to maintain the common good.⁹

The ills of global environmental law and governance are not so much a product of the lack of an existing global environmental law and governance order. Its deficiencies are rather a result of the character of the existing order which is made up of states who enjoy sovereignty in almost all circumstances and whose behaviour is directed by non-binding environmental principles and, in some

limited areas, by harder treaty rules which some states have not accepted and which are difficult to enforce. As Perez¹⁰ suggests, some believe that:

[...] the current ecological crisis is, in fact, a reflection of a deeper *political* [or governance] *crisis*: our multiple environmental problems are seen as the inevitable result of, on the one hand, the failure of the political institutions of the modern democratic state to create mechanisms for fair deliberation, which could give voice to the *different constituents* of the polity (including its non-human members), and, on the other, the uncontrollable rise of an expert-technocratic administrative culture.¹¹

Elaborating on these issues, the majority of commentators situate the failures of global environmental law and governance among various causes and consequences, which include:

- the fragmentary growth of international laws and their concomitant governance structures;
- the lack of compliance with and enforcement of environmental laws, norms and standards;
- the lack of, or the inadequate participation of civil society in, governance and law-making processes;
- a general lack of good governance practices;
- the continued prevalence of environmental injustice and the lack of access to justice;
- the lack of legitimacy of the actors and the democratic deficits in decision-making structures;
- the obstacles presented by state sovereignty, unilateral decision-making, abuse of authority and the serving of self-interests by states;
- the difficulties of holding private entities such as transnational corporations to account for their environmental wrongs;
- the lack of core ecological and ethical values; and
- the non-existence, and/or lack of adherence to and enforceability of universal, fundamental environmental rights.¹²

The foregoing suggests that global environmental governance is ineffective to the extent that it does not answer to the dictates of what is perceived to be an effective governance system: '[A]n effective governance system is one that channels behavior in such a way as to eliminate or substantially to ameliorate the problem that led to its creation. A governance system that has little behavioral impact, by contrast, is ineffective.'¹³ While reforms of the regime could be accomplished through various strategies and approaches – such as the integration of environmental laws and treaty regimes and better compliance and enforcement mechanisms – constitutionalism could be another strategy to foster reforms and initiate the much needed paradigm shift. Moreover, constitutionalism could provide a structured approach to resituate some of the foregoing reform strategies in the 'higher', well-established constitutionalist paradigm.

3 CONSTITUTIONALISM

What does constitutionalism entail and why is it relevant to the present debate? A helpful way to discern the conceptual contours and meaning of constitutionalism is to investigate it as it manifests in the domestic/national context. Considered from a domestic perspective, constitutionalization is ‘a shorthand term for the emergence of constitutional law within a given legal order’ and implies ‘that a constitution (or constitutional law) can come into being in a process extended through time’, or that ‘a legal text (or various legal texts) can acquire (or eventually lose) constitutional properties in a positive feed-back process’.¹⁴ This process is based on ‘constitutionalism’, which is vague and difficult to cast accurately in a clear descriptive mould.¹⁵ Constitutionalism derives from the term ‘constitution’ which, at its most basic, refers to the constitution of a state that sets out the order and organization of the state and of political life:¹⁶ ‘it establishes, defines and organizes the main organs of government, their constitution and power’¹⁷ (this is usually expressed as being a constitution in the ‘thin’ sense of the word). While it cannot be disconnected from the constitutive functions of a constitution in the ‘thin’ sense, constitutionalism is, however, closer to the manifestation of a constitution in the ‘thick’ sense, in that it describes the ‘constitutional features of being constitutive, stable, [mostly] written [or codified] superior law, justiciable, entrenched and expressing a common ideology’.¹⁸ ‘Thick’ constitutions are therefore conceived of as being self-confident assertions of the collective will;¹⁹ they are value-laden and exude numerous characteristics that could legitimize, dignify and improve a legal order.²⁰

The terms ‘constitution’, ‘constitutionalism’ and ‘constitutionalization’ are all “‘evaluative-descriptive terms” that [appear] inevitably [to] evaluate whatever they are employed to describe’.²¹ As an evaluative-descriptive term, constitutionalism arguably refers not only to ‘a constitution’, but importantly also to a specific type of constitution – that is, a legitimate one universally accepted by society.²² This is not to say, however, that constitutionalism is always associated only with a constitution in the sense of a codified document or source. Constitutionalism can also manifest as being reflected and/or embodied in the general laws and conventions of a particular country. The United Kingdom (UK), for example, famously does not have a codified constitution, but its laws entrench numerous constitutional principles and reflect the characteristics of constitutionalism.²³ Having a codified or discretely identifiable constitution is thus no prerequisite for a legal order to embody constitutionalism and it would be possible to have ‘either constitutions without constitutionalism ... or constitutionalism without a constitution’²⁴. In sum, constitutionalism describes and evaluates a legal order and measures it against universally accepted conceptions of what it ideally might or should be.

In addition to its evaluative and descriptive functions, constitutionalism performs a more important functional or prescriptive role – in other words, constitutionalism fulfils a specific function to the extent that it prescribes, proscribes and limits conduct and authority. Maduro²⁵ lists three basic prescriptive functions of constitutionalism as

including: (a) a set of legal and political instruments that limit power; (b) an expression of polity or an instrument for organizing power in pursuit of a common good; and (c) 'creating a deliberative framework in which competing notions of the common good can be made compatible or arbitrated in a manner acceptable to all'. In this sense, constitutionalism is often associated with, among other things:

- the idea of a law that transcends all other law, or the idea of a supreme norm;
- the notion of a fundamental law that is onerous to amend or to repeal;
- law that curtails political power and state authority;
- law that reflects the living law of the people, deriving its legitimacy from a social contract and its authority from the sovereignty of the people;
- law that exudes an ethical core in the form of universal fundamental rights and 'higher' values;
- a legal and state order which respects the separation of powers; and
- the existence of judicial review and checks and balances on power and other legislative and executive governance functions.²⁶

In Summers' view²⁷ these constitutional characteristics and elements are considered 'second-order' law, which implies that there is a 'first-order' law that is subject to these 'higher', 'second-order' laws. While 'first-order' (or 'ordinary') law applies to legal relations between immediate addressees of this type of law, 'second-order' law:

[is] *about* first order law, including not only its principles, but also its rules, decrees, and other law. Principles of the rule of law are about first order law in the sense that they are general norms that direct and constrain how first order law is to be created and implemented ... they specify and shape its general shape or configuration.²⁸

In other words, constitutional principles such as the rule of law are about 'ordinary' law and must inform how 'ordinary' law is made and how it is implemented. Constitutionalism as expressed in terms of constitutional principles therefore embodies, whether codified or not, superior law which, because of its universality, is respected and revered by society as such.

Another feature of constitutionalism is that it provides (most usually by means of a codified constitution) the highest possible level and means in law to demonstrate the shared values and guiding principles of a social order to which most people consent.²⁹ Constitutionalism thus entails conceptions of fairness, justice and legitimacy and it strives to improve legal stability and predictability which, in conjunction with the other features of constitutionalism described above, aim to improve the effectiveness of law to the extent that 'constitutional rules make a difference for individuals and are not just cheap talk by politicians'.³⁰ It does so mainly through constitutional principles and constructs such as the rule of law, the limitation of power, the institutionalization of power and the proper control of this power, universal fundamental rights and values, the opportunity for civil society participation and representation in governance; and legality in the context of the *Rechtsstaat* notion.³¹

The foregoing has the cumulative effect that numerous obligations are created for the state and that, conversely, the citizen has the opportunity and means by which to claim entitlements (usually formulated as rights) from the state, which the state must recognize, respect, protect, promote and fulfil.³² In this way, constitutionalism holds the state to account in terms of a higher standard, specifically with respect to its performance, conduct and the degree to which it observes basic human rights and other (constitutional) values and norms universally endorsed by society. Conversely, it also empowers society to engage in deliberate participative governance. Constitutionalism is thus a construct which operates between the state and the individual in the sense that it regulates vertically the relationship between the state and the individual. As a result, constitutional standards and obligations are usually applied almost exclusively to the state. In certain jurisdictions, however, such as South Africa and Germany, some constitutional provisions could be applied horizontally (*Drittwirkung*) to non-state parties.³³ This creates the additional opportunity to impose 'horizontally' the obligations deriving from constitutionalism on, for example, corporations and banks, and between other non-public authority bearing individuals and entities.³⁴

To summarize, the benefits of law that is deemed to be constitutional over law that is not (and is deemed therefore to be 'ordinary', 'first-order' law) include that it trumps other values and functions as a higher standard for 'ordinary' law; it informs 'ordinary' law; it provides a considerably higher degree of state accountability; and its application – and therefore the related effects of constitutionalism – could be broadened beyond the orthodox confines of public authority. By providing basic human rights, values and moral principles, it creates the foundation that legitimizes and guides governance, be it private or public; it sets out those basic universal values which a legal community is deemed to hold dear and which the legal order seeks to protect; and it provides checks and balances for the exercise of executive, legislative and judicial authority in the day-to-day task of governing. Constitutionalism is therefore a powerful paradigm which has the potential to improve 'ordinary' law and governance by facilitating procedural changes to boost transparency, participation and accountability; and by providing substantive principles and norms that address, for example, fundamental human rights, constitutional standards and other entitlements. While the worth of constitutionalism or a constitutionalized legal order should not be overstressed by suggesting that it is a magic cure for the ills of law and governance generally, the argument that a constitutionalized legal order is preferable, 'better', or more acceptable than one that is not constitutionalized carries with it considerable weight.

4 EXTENDING CONSTITUTIONALISM TO THE ENVIRONMENTAL CONTEXT: DOMESTIC PERSPECTIVES

Few would disagree today with the statement that environmental degrada-

tion is one of the most pressing concerns in modern times. Environmental care has become the centre of public debate and permeates virtually all discourse in a trans- and multi-disciplinary sense. As a result, in the domestic context, environmental care has recently been ‘elevated’ from the ‘ordinary’ legal level to the ‘higher’, more enduring, constitutional level, as it were.³⁵ To be sure, constitutional environmental care is now commonplace, as is evidenced by numerous domestic constitutions.³⁶ This means that domestic environmental concerns and protective measures have gradually become *constitutionalized*. Where environmental care is couched in constitutionalist language, as it is here, it is termed ‘environmental constitutionalism’. There is a dearth of literature dealing with environmental constitutionalism *as a concept* in a systematic way and, conceptually at least, it remains ambiguous.³⁷ As a result, the exact theoretical content and extent of environmental constitutionalism remains insufficiently determined.

Nevertheless, popular means by which to constitutionalize environmental care at the domestic level currently include one or more of the following: (i) entrenching one or more environmental or related rights as justiciable political or socio-economic fundamental rights (of a substantive and/or procedural nature) within a constitution; (ii) providing for and safeguarding ‘sustainable development’ and its associated principles in a constitution as guiding principles, peremptory obligations or ideals;³⁸ and/or (iii) by delineating specific state and non-state functions and duties with respect to environmental protection (in the ‘thin’ sense the constitution assigns duties and in the ‘thick’ sense it ensures that governance actors comply with these duties). These duties could include, among others:

- to ensure intra- and intergenerational equity;
- to conserve resources, and ensure equitable access to and use of resources;
- to avoid adverse environmental impacts;
- to prevent environmental disasters, minimize damage and provide emergency assistance;
- to compensate for environmental harm;
- to ensure environmental justice, access to justice, and
- sufficient civil society representation and participation.³⁹

Constitutions and laws of countries will often also prescribe the manner in which these duties must be performed by government and its agencies, with the minimum threshold usually being the dictates of good governance (transparent, inclusive, participative, ethical, non-corrupt governance).⁴⁰ In other words, environmental constitutionalism is not only about the duty to realize environmental obligations, but also about the manner in which these obligations are fulfilled, because it sets a standard for, and could even be used to enforce, good environmental governance.

Domestic environmental constitutionalism also occurs, as it were, through the work of courts and their interpretation and application of environmental laws and constitutional obligations.⁴¹ The judicial review function of

courts – mostly of administrative decisions made by executive authorities and determination of the constitutionality of environmental laws – is itself a constitutional function and a manifestation of environmental constitutionalism. So too is the manner in which domestic courts contribute to the enforcement of private and public environmental law obligations, the resolution of disputes and the provision of access to justice. Moreover, courts give ‘independent and authoritative recognition to concerns of a community character’,⁴² inclusive of the environmental context.

Environmental constitutionalism could further be observed at the domestic level, where constitutional procedures are laid down that prescribe the manner in which (environmental) legislation is adopted, and it could prescribe to a certain extent broad parameters and minimum constitutional requirements to which the substantive content of environmental laws must adhere. These constitutional prescriptions would then aim to ensure both participation and representation in terms of the manner in which laws are created and hopefully ensure substantively ‘good’ constitutional environmental laws.⁴³

While no comprehensive theory of environmental constitutionalism has yet been developed, the general features of domestic constitutionalism discussed above suggest that environmental constitutionalism could include various elements and characteristics. These include, among others:

- environmental rights;
- environmental justice;
- intra- and intergenerational equity;
- ecological integrity;
- sustainability and its associated principles (functioning here as universal environmental moral and ethical ideals or values);
- an extended vision of the environmental obligations of the state and the private sector;
- judicial control of executive and legislative environmental governance functions; and
- an expansive notion of private and public accountability.

Environmental constitutionalism could also be used to formulate thresholds and criteria to which environmental laws must adhere; in other words, it could facilitate the creation of good environmental laws. These elements are mostly of a substantive nature and they seek to address fundamental ecological standards, rights, duties and other entitlements. In addition, procedural elements of environmental constitutionalism could include, *inter alia*, access to information; transparency; participative and representative environmental governance; access to justice; and ways to better enforce environmental laws.⁴⁴

Up to this point, this section has painted a rosy picture of environmental constitutionalism. It must also be acknowledged, however, that environmental constitutionalism has its critics who (justifiably so) view the concept and its practical

value with some scepticism. A frequently encountered criticism is one that is also often levelled against constitutionalism more generally – namely that it has little practical value, it remains symbolic, and is often nothing more than a paper tiger:

On the whole ... efforts to constitutionalize environmental law remain largely symbolic exercises even under the socially and environmentally progressive constitutions that have been adopted during the past half century. The situation is comparably dim at the supranational level.⁴⁵

Environmental constitutionalism, especially insofar as it manifests as environmental rights, has also been described *passim* as being vague, absolute, redundant, ineffective, and merely an exercise in window dressing that generates false hopes.⁴⁶

Despite these (mostly valid) criticisms, espousing environmental constitutionalism could be thought to hold out various benefits not offered by ‘ordinary’, non-constitutional statutory protection, for several reasons. These include, among others, the fact that it:

- provides the opportunity, and to some extent the means, by which to reform governance, the state, laws and society with respect to the environment;
- prioritizes environmental care by equating it at the higher constitutional level to fundamental rights, ethics and universal moral values (or constitutional principles);
- boosts procedural aspects of environmental governance and therefore also private actor participation and state accountability;
- provides a legitimate foundation and means for creating and enforcing environmental rights, values and other sources of ecological obligation upon private and public actors;
- provides checks and balances for the creation of legislation and the exercise of executive environmental governance functions;
- provides the means to dictate the content of laws; and
- establishes moral and ethical obligations with respect to the environment and a concomitant public and private, intra- and interstate justificatory basis for, and authority to require, proper performance of these duties.

In short, constitutionalism is important for environmental protection because it provides the means to defend (environmental) rights and interests, to restrict authority and private encroachment on these rights and interests, and to compel the state and even non-state actors to act affirmatively (collectively referred to as the duties to respect, protect, promote and fulfil).⁴⁷

Therefore, while the concept itself is somewhat vague, environmental constitutionalism remains a serious contender in the environmental reformist’s arsenal and convincing arguments have yet to be made for discarding it as an approach to reforming environmental law and governance. To be sure, while there is a dearth of empirical evidence to this effect, some studies have recently establi-

shed that environmental constitutionalism has improved a number of domestic environmental governance regimes and that it has made a positive contribution to both the quality of environmental law and governance on the one hand, and to the results that environmental law and governance seek to achieve on the other: '[w]hile no nation has yet achieved the holy grail of ecological sustainability ... evidence ... indicates that constitutional protection of the environment can be a powerful and potentially transformative step toward that elusive goal'.⁴⁸

5 GLOBAL CONSTITUTIONALISM

5.1 A Global Progression

The point was made above that 'constitution', 'constitutionalism', and 'constitutionalization' are all terms frequently encountered in domestic jurisdictional contexts. Recently, however, these terms have spilled over into the supranational arena mostly because of the pervasiveness of globalization and the many conceptual challenges globalization raises for international lawyers.⁴⁹

Today, the notional link between constitution and state has further been loosened in everyday language and in the legal discourse (and thereby the meaning of 'constitution' may have been broadened). It is therefore not per *definitionem* impossible to conceptualize constitutional law beyond the nation or the state. Global constitutionalism advocates non-state constitutional law, and tends to demystify the state and the state constitution.⁵⁰

As a result, constitutionalism in the domestic context has gradually metamorphosed into what is now commonly referred to as global constitutionalism.⁵¹ In fact, in the current globalized age, '[g]lobal constitutionalism is the international legal term *du jour*',⁵² and it is now well-trodden scholarly ground.⁵³

That the constitutional debate is increasingly detaching itself from its historical national and state-centred roots is also evidenced by the recognition in certain states of sub-national constitutions at the federal level (for example, in Germany); the constitutionalization process in the European Union (EU);⁵⁴ the constitutionalization of supranational intergovernmental organizations and treaty regimes (notably the World Trade Organization (WTO) and the United Nations (UN));⁵⁵ and the constitutionalization of treaty regimes in the 'thin' sense which are centred around certain issues within broader areas of global concern (of which the climate change, oceans and biodiversity regimes provide apt examples).⁵⁶ The roots of global constitutionalism can also be found in debates and developments concerning the moralization and humanization of international law; and the horizontal and vertical differentiation, expansion and diffusion of international law (that is, the expansion to include new subject matters in international law and the creation of a hierarchy).⁵⁷ These developments indicate the emergence of various supranational 'constitutions' which refer to

constitutionalism in the ‘thin’ sense at the global level. They do, however, also involve constitutionalism in the ‘thick’ sense as we shall see below, and these developments and their general trajectory suggest a gradual denationalization or globalization of constitutionalism.⁵⁸

5.2. Mapping Global Constitutionalism

It would be impossible comprehensively to present here all of the extant views on global constitutionalism, given the extent of the debate and the burgeoning literature. What follows instead is a succinct synopsis of some prevalent scholarly perspectives. Venter⁵⁹ posits that global constitutionalism is a process which aims to enrich public international law with elements of constitutionalism (*Rechtsstaatlichkeit*). Schwöbel⁶⁰ recently described constitutionalism as ‘the theory and practice pertaining to some- thing that is “constitutional”’, which she then extrapolates globally, thus suggesting the existence of a worldwide universalism. She concludes that global constitutionalism could broadly be described as ‘a universal system of certain social, political, cultural, economic and legal ideas’. For Peters and Armingeon,⁶¹ global constitutionalization is ‘a catchword for the continuing, but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist elements in the international legal order by political and judicial actors, bolstered by an academic discourse in which these elements are identified and further developed’. In their view, global constitutionalism thus could either function as a normative mode of governance – a process of constitutionalization that leads to global constitutionalism – or as an analytical framework that could act as a lens through which to view, understand, and explain contemporary global problems and social realities.⁶² Mostly, though, global constitutionalism is considered as a normative political and legal mode of governance or programme which pertains to law and governance.

Schwöbel⁶³ further helpfully captures the central tenet of global constitutionalism, which she summarizes from four different, yet mostly overlapping and related, perspectives or classifications; these include the social, institutionalist, normative and analogical perspectives.⁶⁴ The social perspective on global constitutionalism suggests that it has to do with the development of an international social community; it includes fundamental rights and rights-based values and is thus rights-oriented; it provides for an international legal order which is based on preemptory norms; it aims to limit state power at the international and domestic levels; it concerns the institutionalization of self-restraint mechanisms; it seeks to improve the participation of global civil society in global governance processes as a means by which to limit the single locus of power and to improve accountability; and it captures the idealistic notion of improving society for the future through a legitimate constitutional agenda.

An institutionalist perspective suggests that global constitutionalism relates to the legitimization of international decision-making and the reform of global administrative law; democratic notions of representation and accountability in

governance processes; the existence of a network of transnational democratic structures; a community governed by rules and principles and not by absolute power; the existence of dynamic, flexible principles and universal values that guide global governance; the existence of a multilayered world organization (possibly the UN) that pursues the goals of international relations; the legitimization of global power in constitutional terms; the maximization of the constitutional ideals of freedom, participation and representation applied to any private or public institution that exercises power; viewing the UN Charter as a global constitution; the constitutionalization of international organizations and their foundational treaties (such as the WTO);⁶⁵ and viewing treaty regimes either as constitutions themselves, or as containing normative constitutional values and principles.

Normative global constitutionalism identifies various norms as being global and constitutional in character, presuming that they derive their legitimacy from their inherent moral value: globally they set basic minimum moral standards. These norms are different from ‘others’ because they have a special inherent value to society and they could derive from fundamental rights. They could also espouse a value-based and hierarchical order. Universal human rights are an example of global constitutional norms which are recognized as *jus cogens* norms setting out *erga omnes* obligations; they have a strong ethical underpinning and hierarchical standing.⁶⁶ Scholarly proponents of the normative perspective argue, for instance, for world law founded on the supremacy of the rule of law over principles of sovereignty, reciprocity and efficiency; and for the acceptance of the notion that mankind has common interests (such as an interest in environmental protection) and the need for all states to submit to the supremacy of these common interests. They also advocate the existence of global norms and values which determine the quality and manner of global law-making and governance.

Analogical global constitutionalism is a fourth global constitutionalist perspective which proposes that certain constitutional elements or characteristics of domestic and regional constitutions (such as the EU and the Southern African Development Community) could be transplanted globally. It places significant emphasis on constitutional standard setting and law as a system as opposed to law existing as a collection of various individual regimes.

In summary, key themes that permeate all four perspectives, and thus the more general idea of global constitutionalism, include:

- the limitation of a single locus of power;
- increased participation and greater representation in global governance;
- the creation of one or more global constitutions and corresponding institutions;
- legitimization of global governance;
- effective governance through the institutionalization of power;
- the existence of one or more higher laws or constitutional norms which place restrictions on states and which create accountability;
- the existence of a common universal value system based on fundamental

- rights, among others;
- the acceptance of the existence of, and the pursuit of, the common interests of mankind; and
 - constitutional standard setting.⁶⁷

Notably, these features suggest that the central tenet of global constitutionalism corresponds largely with that of constitutionalism in the domestic context.

6 THE 'GLOBALNESS' OF GLOBAL ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM

The analysis up to this point raises several pertinent and related questions: is global environmental constitutionalism merely domestic constitutionalism as described above when it is applied to the global context, or is it a distinctly separate constitutionalist reform programme or perspective that stands independently from domestic environmental constitutionalism as a subspecies of global constitutionalism? More specifically in this context, what would the scale be of global environmental constitutionalism?⁶⁸ While the answers to these questions may lie in several areas, this article argues that the scale of global environmental constitutionalism would be determined by what one understands under the 'globalness' of global environmental law and governance.⁶⁹ There are many ways to interpret 'global', the use of which:

[...] ranges from the use of 'global' in lieu of international ... through to the use of 'global' to mean deterritorialized ... These differences reflect a range of uses more general in academic and popular usages of the term, where global is variously taken simply as a synonym for international (the sum of things which occur across state borders), or as a description for those things which occur everywhere, through to more coherent conceptualizations of global as a distinct phase of capitalist development, or a spatial reorganization of politics involving a decline in the relevance of territory.⁷⁰

The Anthropocene provides a useful point of departure for an analysis of the term 'global' in the context of the global environmental governance paradigm because it relates to the ways in which to change and impact upon human behaviour in the broad and holistically perceived Anthropocene. The current Anthropocene era is increasingly considered as part of the geological time scale and it emphasizes the fact that humans dominate and severely influence the earth to the extent that the dynamics and functioning of the earth are being changed.⁷¹ Viewing the global environmental *problématique* through the lens of the Anthropocene is a new approach that contributes to our 'understanding of nature and society as a governable domain'; it provides an integrated and holistic opportunity for the 'reinvention of the boundaries between nature and society and the political space for government intervention'.⁷² Most importantly, it seeks to understand 'the planetary life-support system as an integrated whole',⁷³ with the result that the holistic character of the Anthropocene is considered by some

to be ‘one of the most essential semantic preconditions of the WEC [world environment constitution] idea’.⁷⁴ As a system of thought, it is mediated by the new scientific movement, Earth System Science, which calls for a comprehensive study of global life support systems, and it is thus conceived as a type of ‘holistic super-discipline that aims to capture all processes in nature and human societies as one interlinked system’.⁷⁵

Pioneered by Biermann,⁷⁶ ‘Earth System Governance’ has recently emerged as a conceptual strategy to translate Earth System Science and the Anthropocene (which have been studied mostly from a natural science perspective) into social science language, most notably to apply it in the global environmental governance paradigm.⁷⁷ Earth System Governance is defined as:

*the sum of the formal and informal rule systems and actor-networks at all levels of human society that are set up in order to influence the co-evolution of human and natural systems in a way that secures the sustainable development of human society ... earth system governance covers more than problems of the ‘global commons’ ... [it] ... requires the integration of governance research at all levels. It must bridge scales from global to local.*⁷⁸

In this way, Earth System Governance forces us to rethink the meaning and implications of ‘global’ as it is used in both *global* environmental law and governance and *global* environmental constitutionalism. ‘Global’ in this sense is used less in terms of its spatial characteristics and more as a causal and temporal category which applies in the globalization context.⁷⁹ In other words, global must be understood in terms of what Hempel calls the ‘political ecosystem’:

Organized within this political ecosystem can be found more than 180 nation-states, approximately two thousand inter-governmental organizations, the United Nations system, and nearly eighteen thousand transnational NGOs operating at the intersections of state power.⁸⁰

Because of globalization, these institutions are all gradually transforming toward ‘glocal [global and local] forms of governance that portend greater interdependence between local, national, and supranational forms of authority’ to the extent that ‘the earth’s political geography bears no resemblance to its appearance from space’.⁸¹ This description suggests that ‘global’ is a heavily loaded term with spatial, temporal and causal characteristics.⁸² It is simultaneously sub-national, national, regional and international, but rarely only one of these, and it applies to the past, present and future. Global environmental law and governance thus describes law and governance that address regulatory problems that could occur everywhere and have an impact everywhere, now and in future:

The global order can be illustrated by the well-known metaphor of the marble cake, as there are no clear dividing lines between layers (national and global) and (global) sectoral regimes; rather,

the two worlds are linked both vertically and horizontally through a complex array of relations and networks.⁸³

Importantly then, global environmental governance is not only about governing shared supranational environmental problems in those areas where the nation state cannot govern. It is also about the extent to which the global community (consisting of state and non-state actors) is able to influence domestic environmental governance through global institutional means and vice versa.⁸⁴ This is a clear expression of the reciprocal and causal interconnectivity of global environmental governance and it illustrates that global environmental governance also has a decidedly localized impact and domestic dimension; in other words, in a global environmental context 'the boundary between what is national and what is international quickly becomes blurred',⁸⁵ especially insofar as 'national actions are guided by international institutional pressures'.⁸⁶ Global governance reciprocity, however, also works the other way around – namely, from the sub-national and national to the supranational: '[g]lobal environmental protection begins at the community and bioregional level – the level where complex living systems are most interdependent and vulnerable'.⁸⁷

To be 'global' also involves some degree of 'multicontinentalness'.⁸⁸ Ivanova⁸⁹ explains that 'governing human relations has become a complicated endeavor that has transcended the national and interstate scale and moved to a global level involving multiple actors across national borders and multiple levels of regulatory authority – from sub-national to supranational'. 'Global' in this context refers to deterritorialization; it indicates, among other things, that governance can occur at all levels simultaneously through the means of a complicated mass of regulatory arrangements. By implication, then, deterritorialization means that governments and states will not always be the sole actors involved in governance. 'Global' therefore also implies multilevel and multi-actor governance, where the state and government are often omitted as the predominant role players and where the focus is shifted to the important contribution of non-state actors that operate at levels other than those where the nation state traditionally operates. In fact today, 'the word "global" is used as much for its geographical connotation as it is used for its omission of the state'.⁹⁰

What does the foregoing mean for global environmental constitutionalism? First, the broader context of the Anthropocene, and specifically Earth System Governance, highlights the urgent need for a holistic strategy to address the most critical *global* environmental governance challenge of all times, namely:

how to create a global and effective architecture for earth system governance that is adaptive to changing circumstances, participatory through involving civil society at all levels, accountable and legitimate as part of a new democratic governance beyond the nation state, and at the same time fair for all participants.⁹¹

Given the (constitutional) nature of this challenge, while there may be others, global environmental constitutionalism could be a strategy to achieve a

solidly constituted, integrated, adaptive, participatory, accountable, legitimate and democratic global environmental law and governance order. Importantly, in its attempts to do so, global environmental constitutionalism cannot only be supranational; it must also include domestic environmental constitutionalism to the extent that environmental constitutionalism applies to the global environmental governance regime (sub-national, national and supranational).⁹² It must occur in the Anthropocene with due regard to the characteristics of Earth System Governance. This would mean that domestic environmental constitutionalism would be part of the global environmental constitutional effort and would inform this effort. Any constitutionalization project of supranational environmental law and governance would, however, also have a pertinent effect on domestic arrangements.⁹³ In its most extreme form this top-down approach is called ‘compensatory constitutionalism’, which denotes a situation whereby supranational constitutionalism could compensate for ‘hollowed out’ de-constitutionalized domestic constitutions.⁹⁴ These insights collectively suggest that the spatial scale of global environmental constitutionalism is global to the extent that it ranges from the sub-national to the supranational. It is also globally causal to the extent that domestic environmental constitutionalism will influence supranational environmental law and governance and vice versa.

Second, by virtue of the concept of sustainability, global environmental law and governance relates and applies to present *and* future generations. Its temporal scale is thus determined by inter and intra-generationality, which means that it reaches well beyond the traditionally required confines of the present. Similarly, the temporal scale and purpose of global environmental constitutionalism must, in addition to catering for the needs of the present generation, also include the needs of future generations, which could be satisfied by means of a range of constitutional constructs such as rights and universal values and principles couched in sustainability language, among others.

Third, the structure and effectiveness of the architecture of global environmental governance, seen from the Anthropocene and Earth System Governance perspectives, raise pertinent constitutional questions in the ‘thin’ and ‘thick’ sense insofar as environmental constitutionalism may be required in respect of the following:

- to restrict state sovereignty;
- to spell out various universally accepted constitutional norms that must support and improve the architecture of global environmental law and governance;
- to provide mechanisms that will demarcate authority and create global vertical and horizontal integration; and
- to provide ways to improve the inclusion and participation by state and non-state actors in global environmental law and governance reform.⁹⁵

Global environmental constitutionalism will thus apply to the *entire* architecture of global environmental law and governance and it will have to interrogate the ‘thin’ and ‘thick’ constitutional issues of the global environmental governance architecture.

Fourth, global environmental law and governance implies and requires the increased involvement of non-state actors. This raises complex questions related to legitimacy, demarcation of authority and democracy, among others. In this sense global environmental constitutionalism should also imply some form of non state-centred constitutional law, processes, elements, concepts and features, which are to a greater or lesser extent supranational, but which are not entirely detached from the domestic context, especially insofar as the state remains the primary international actor in a globalized context.⁹⁶ Additionally, global environmental constitutionalism must propagate appropriate constitutional constructs that would address those pertinent issues usually associated with the involvement of non-state actors in global environmental law and governance. Global environmental constitutionalism must thus be sufficiently 'global' to apply to state and non-state actors. Whatever strategy is followed to include non-state actors, for it to be truly global in light of the private-public (or hybrid) character of global environmental law and governance, global environmental constitutionalism will have to depart from the orthodox public state-centred locus of authority to include other non-state and private forms of authority.

7 POSSIBLE AREAS OF APPLICATION

While it is beyond the scope of this article to formulate a comprehensive theory of global environmental constitutionalism, it does attempt to identify and briefly elaborate several areas where it sees global environmental constitutionalism being applied. Despite the lack of a theory of global environmental constitutionalism, or probably because of it, in identifying and briefly explaining these areas, this section endeavours to emphasize the possible conceptual and practical worth of global environmental constitutionalism for the deficient global environmental law and governance regime. It also serves to indicate possible future research themes.

7.1 Cooperation in a globalized world

It was argued earlier that, just as constitutionalism has been and continues to detach from its historical domestic roots to increasingly assume global properties, so too has environmental law and governance 'become global', as it were. In an increasingly disparate and globalized world which brings with it its own unique challenges, the foci of law and governance will necessarily also shift to the global domain and the emphasis will be on how to govern the shared global community interests elaborated upon above in a cooperative, mutually beneficial and, above all, effective way. The need to cooperate with a view to solving environmental problems that are of common interest to the global community emphasizes the need for a cooperative and coordinated global response to these problems. There is little doubt that this response, expressed as global environmental governance, must be effective to the extent that it actually solves the problems it was designed to address.

Moreover, the response must be legitimate and it must legitimize; it must embody shared values and norms; it must be representative and inclusive; it must foster accountability and restrict the arbitrary use of power and exercise of authority; and, ultimately, it must ensure that all of the obligations that state and non-state actors have in terms of global environmental law and governance are fulfilled in a manner that answers to a standard of governance universally acceptable to the global community. In this way global constitutionalism can reform, resituate, and even reinvigorate global environmental law and governance:

The greater capacity of constitutionalized systems of cooperation to accommodate such operational evolution [of global governance institutions] is the reason why keen observers of global governance insist on the 'constitutionalization paradigm' ... Constitutions, in contrast to lesser arrangements for ongoing cooperation, contain elements of checks and balances intended to operate autonomously to prevent abuses of power by the institution ... Constitutionalized systems ensure that the power of organic growth [of global governance institutions] does not go institutionally unchecked and unbalanced.⁹⁷

7.2 Extended accountability and liability

Global environmental governance today is an aggregated mass consisting of multiple levels and multiple private and public actors. To date, much of the attention has been focused on the role of states in this effort, whether they act on their own or through intergovernmental organizations and other actors. Increasingly, however, the prevalence of non-state actors in global environmental governance will require new, innovative ways to view them as regulated entities and/or entities that are involved as regulators alongside states in the global environmental law and governance effort. While it is trite that constitutionalism traditionally applies to the state and public authorities, constitutionalism could also be applicable to private non-state actors such as banks and transnational corporations in terms of its horizontal application (*Drittwirkung*).⁹⁸ The usefulness of constitutionalism applied globally then is that it is not necessarily restricted to public authority and power only, but could usefully be extended to bring non-state private parties under its remit in a decidedly unorthodox way. This would also extend the force and effect of constitutionalism to global non-state actors acting in the global environmental law and governance arena.

7.3 Legitimacy in and of global environmental law and governance

Closely related to the issue of increased private actor involvement in global environmental law and governance is the issue of legitimacy, or rather the lack thereof. Because of globalization, numerous non-state actors – especially intergovernmental organizations – are increasingly playing a crucial role in glo-

bal environmental governance, and they are fundamentally changing its nature and architecture. This is leading to a resurgence of the debate about legitimacy in global environmental law and governance.⁹⁹ The increasingly popular field of global administrative and institutional law attests to this increased focus.¹⁰⁰ Concerns about legitimacy, it is suggested, will only deepen as the global environmental governance regime further disaggregates into a plural multi-actor and multilayered network of governance.¹⁰¹ Commentators have proposed some solutions to this legitimacy crisis, including democratization, the integration of fragmented regimes, and the creation of a world environment organization.¹⁰² But these solutions are not without their own difficulties and they seem to have had little success to date. Considering that the issue of legitimacy is a central concern of global constitutionalism, it could also provide solutions to the legitimacy crisis of global environmental law and governance. This, in turn, could lead to an improved global environmental law and governance order because ‘accountability and legitimacy are important factors that influence the eventual performance of governance mechanisms. In general, institutions and governance can be expected to be more effective when their rules and representatives are perceived as accountable and legitimate’.¹⁰³

7.4 Improvement and reforms in real terms

It was argued above that constitutionalism cannot be a panacea for global environmental law and governance; yet, it has the potential to improve domestic environmental law and governance through the entrenchment of environmental rights, the constitutionalization of sustainability, the delineation of environmental governance mandates and the creation of obligations to enforce these mandates, among others. It is true that while the global environmental law and governance regime presents its own unique problems, many of the problems and characteristics of domestic environmental law and governance regimes also feature globally. Examples are the lack of compliance and enforcement, exclusionary and unrepresentative governance, the lack of legitimacy, and improper control of executive and legislative authority. In the same way that constitutionalism has been applied in the domestic context, it is possible to apply the generic features of constitutionalism to these global problems, especially where nuanced extrapolation is permissible and possible. This should go some way in achieving reforms and the improvement of the global environmental law and governance regime in real terms by, for instance, (i) ensuring that good governance practices prevail globally in institutions and their processes, especially with respect to the manner in which global environmental laws and standards are developed, applied and enforced; (ii) ensuring that the content of these standards and laws are adequate; (iii) creating better means of compliance and enforcement; (iv) fostering the legitimacy of governance institutions, actors and processes; and (v) ensuring the recognition and enforcement of environmental rights.

7.5 Challenging orthodox conceptions of the state

While it is true that globally the world is moving towards ‘governance without government’,¹⁰⁴ states remain the primary actors within the global governance arena. It would therefore primarily be up to states to devise better environmental laws, norms and standards, to provide better environmental enforcement and compliance, and to fulfil the myriad duties they have towards people and the environment. They will have the further responsibility to provide the opportunities and means conducive to facilitating and promoting the representation and participation of civil society, access to justice, the safeguarding of environmental rights, and the promotion of environmental justice. States would thus be the principal instigators and drivers of effective global environmental law and governance. Would this, however, be possible in a world where the current conception of state sovereignty prevails and where the primary concern seems to be state-centred and state-driven global environmental governance interests and lethargic governance efforts which are far from effective?¹⁰⁵

This reality raises global constitutional issues because they impact upon the universal and common environmental interests and concerns of the international community, and they amply reveal state reticence and the limits of the current conception and role of national state sovereignty and, in particular, state sovereignty’s intimate relationship with competing nation-state economic interests in the context of neoliberal globalization. They also reveal the vagaries of absolute state power (and its abuse), and the role that constitutionalism could play in this respect to the extent that it is a ‘response to a perennial problem in human existence – that of creating power to coordinate collective action to secure essential public goods while restraining the repositories of power from abusing it’.¹⁰⁶ Arguably, it is precisely such issues as state sovereignty, abuse of power and unilateralism, and a restrictive view of public trust environmental obligations and duties that are derailing, in part, the global environmental law and governance effort.¹⁰⁷ If global environmental law and governance are to succeed, then clearly what is required is a different approach, one that signals a paradigm shift which fundamentally challenges the sacred and orthodox state-centred approach to global environmental law and governance as it is currently constituted: ‘Such ideas [on neo-liberal economic state interests] seek radical transformation in the structures, practices, and norms of international politics to emphasize social justice, equity and obligations that transcend borders.’¹⁰⁸ Considering that some of the central concerns of constitutionalism are public authority (in the vertical sense), the control of state power and the protection of the common good, it could be particularly well suited to provide new perspectives on reconceptualizing and recasting the state in global environmental law and governance.¹⁰⁹

A new global constitutionalist world order could provide the transformative and transformed setting for a less-pronounced role of the state. It could be one ‘that makes possible the collective realization of five basic goals or values: peace, ecological balance, social justice, economic well-being, and positive personal

identity’;¹¹⁰ in other words, it could be a new world order where the foregoing sustainability considerations are more likely to be achieved.

7.6 Sustainability constraints

In general terms, the global environmental law and governance regime operates within the dictates of sustainability and it aims to realize the sustainability ethos. This ethos, esoteric and abstract as it may be, primarily entails limitations and constraints with respect to current resource use with a view to ensuring intra- and intergenerational equity.¹¹¹ It was argued earlier that constitutionalism happens to be rather familiar with imposing limitations and creating constraints. It might thus very well be that constitutionalism could be employed as a means to recast sustainability in constitutionalist language with a view to endowing sustainability with the higher order and supreme status of constitutional principles, values, norms, and standards. Sustainability could possibly be strengthened and reprioritized as a result, and at a pragmatic level constitutionalism could assist the global environmental law and governance regime to achieve limitations on resource use (sustainability) through constitutional constraints:

Constitutional constraints placed upon resource use – such as a requirement that renewable resources only be used at their replacement rate and that nonrenewable resources only be exploited at the rate of development of new alternatives – would provide much of the foundationalist reordering necessary for welfare economics to become less misleading in the environmental law and policy context.¹¹²

Apart from providing the means to impose restrictions on resource use, global constitutionalism, because it is particularly adept at rights discourse, could also go a long way towards furthering the sustainability ethos by recognizing and protecting the environmental rights and interests of future generations and could assist us ‘to better hear the diachronic expressions of future generations’.¹¹³ By attending to the future needs in terms of its temporal scale, global environmental constitutionalism could provide a viable alternative and achieve foundationalist reordering with respect to the manner in and extent to which the rights of future generations are safeguarded in the present.

8 CRITICISM AND PRAGMATIC AND CONCEPTUAL DIFFICULTIES

In addition to its fervent proponents with their widespread support and myriad arguments in its favour, like constitutionalism itself, global constitutionalism has just as many critics and sceptics. Some of the most frequently cited criticisms are that global constitutionalism lacks constitutional methodology; it creates unjustified expectations; it is an unrealistic ideal in a realist globalized world; it is perceived to be unpolitical and, as such, suggests an end of politics globally; it has the potential to prevent revolutionary social change; it suffers from oversell and vagueness; it is decidedly Western

or Eurocentric; and it would be difficult, if not impossible, for constitutionalism to achieve democracy globally.¹¹⁴ These points of criticism could arguably also be extended to global environmental constitutionalism in a generic sense. In addition, global constitutionalism creates various conceptual problems and raises a host of pragmatic questions in the context of global environmental law and governance. This section foresees and formulates criticism and a range of conceptual and pragmatic difficulties which could derail, or at least inhibit, global environmental constitutionalism and the formulation of a systematic theoretical treatise on the concept.

8.1 Global environmental constitutionalism's conceptual architecture

What is the conceptual architecture and theoretical content of global environmental constitutionalism? Does it have a special unique identity and, if so, what is it that makes global environmental constitutionalism different from global constitutionalism and 'unconstitutionalized' global environmental law and governance? What are the principal and ancillary objectives of global environmental constitutionalism? How should it go about fulfilling these objectives and make a real difference to global environmental law and governance (also with a view to disproving those who accuse it of being vague, idealistic and symbolic)? Should global environmental constitutionalism aim mainly to fulfil the objectives of constitutionalism in the 'thin' sense by *constituting* the global environmental law and governance framework, and/or perhaps more idealistically also in the 'thick' sense by recasting it in the superior constitutionalist paradigm? Moreover, would global environmental constitutionalism entail a single document (a global environmental constitution) and/or an aggregated mass of constitutional characteristics, principles, values and features; and, in the case of the latter, what would these be?¹¹⁵

Assuming that there could be a global (environmental) government (or other form of central global authority) that adopts a global environmental constitution, would this government or authority necessarily have the constitutional power to adopt such a global constitution?¹¹⁶ Where does it derive this power from and is it legitimate? What potential is there for environmental treaties, treaty regimes, and the 'constitutions' of intergovernmental environmental organizations to determine the architecture of global environmental constitutionalism? Do the EU, other regional organizations and intergovernmental organizations such as the WTO, with their experiences in global constitutionalism, offer solutions for the design of a global environmental constitutionalist model? What guides and shapes the immanent normativity of the growth of global environmental governance, and how legitimate and coherent are the suppositions forming the emergent patterns of global environmental law and governance?

8.2 Actors

If constitutionalism creates obligations and accountability for the state in the sense that it is an entity exercising public authority, who or what will be

considered public authorities in the global environmental context and who are the counterparts of these entities? In other words, who are the main actors in the global environmental constitutionalist paradigm? What is the legal relationship between state and non-state actors, between non-state actors *inter se* and between non-state actors and individuals? What are the checks and balances for the actions and decisions of state and non-state actors; and what are the limits of their authority?

8.3 Compliance and enforcement

Constitutionalism entails the separation of powers and relies on judicial review to control the executive and legislative functions of governments. Would it be possible to draw a clear distinction between the executive, judicial and legislative authorities and their functions in terms of the global environmental law and governance regime? Even if this were possible, how would the separation of powers doctrine apply in this global context and how will it be upheld? Moreover, if a central feature of constitutionalism is judicial review and if one accepts that 'when an institution is constitutionally based, the jurisdictional boundaries are usually policed and supervised by a tribunal',¹¹⁷ then how should one view a global environmental judiciary?¹¹⁸ Would it entail establishing one or more global environmental courts or extending the functions of existing global tribunals to the environmental domain?¹¹⁹ Related to the latter is the issue of enforcement. Global constitutionalism advocates some form of superior universal control or policing. Who will perform this function in the global milieu; in other words, who or what will be the global watchdog, and who will watch the global watchdog?

9 SOME PRAGMATIC SUGGESTIONS

The manner in and extent to which the constitutionalization of global environmental law and governance will occur remains an open, but critically important, question. Some pragmatic considerations and difficulties with regard to this process have been highlighted in the previous section. Yet, as is the case with similar esoteric and abstract phenomenological processes, it remains unclear how this process should proceed henceforth and two overarching questions (there may be more) arise in this respect:

- 1 What would be the preconditions to make the transition to a constitutionalized global environmental law and governance order and, more specifically, would this be a 'constitutional moment' or rather a gradually phased process?
- 2 What should be done now to allow a global environmental constitutional transition in future?

The following section proposes some tentative and speculative answers to these questions; they are tentative because they go to the very heart of the yet conceptually unclear and ongoing global environmental constitutionalism project and they are speculative because they cannot sufficiently be supported

by experience or empirical evidence in the global domain. Because they are tentative and speculative, they necessarily require further elaboration and research.

9.1 Preconditions for Global Environmental Constitutionalism

In answering the first question, Ratnapala¹²⁰ usefully identifies various interdependent preconditions that must exist to establish, maintain and secure domestic constitutional governance, including, among others: (i) recognition by society and prevalence of the philosophical conception of constitutionalism as a dominant prevailing ideology (in abstract terms); (ii) an official constitution, codified or uncoded, that adopts and entrenches the foregoing philosophical conception of constitutionalism (in concrete terms); and (iii) an 'institutional matrix that sustains the official constitution and translates it into the experience of the people' (in operational terms).

It is possible that global environmental constitutionalism can come about, as it were, based on similar preconditions – namely: (i) it must be recognized globally as the prevailing and dominant ideology by the majority of states and people on earth; (ii) there must be some form of official environmental constitution; and (iii) there must be a sufficiently appropriate institutional response, including global governance structures, laws, organizational arrangements and the like, that must apply and make environmental constitutionalism work (in other words 'governance').¹²¹ In the global environmental context, one could add the need for an ecological crisis to exist or the need for perceptions about an impending ecological crisis as a fourth precondition that could mobilize appropriate action for the constitutional reform of global environmental law and governance.¹²²

Views on whether such a crisis already exists, whether it is pending, or whether it will ever come about is, of course, a subjective value judgment and there is wide-spread disagreement. Nevertheless, if the constitutionalization of the global environmental law and governance regime endeavours to bring about reforms of this regime in the context of the Anthropocene and Earth System Governance, one must also assume that the likelihood of it actually taking place will directly depend on the perceptions of the majority of people on earth of the existence of an ecological crisis. The deeper the crisis, or the more severe the perceptions thereof, the more likely it is that the world will be persuaded to embark on the global environmental constitutionalization project.

The extent and depth of the worldwide reaction and resultant response to the recent global economic crisis suggest that global reformative mobilization with respect to an ecological crisis is possible if the world considers the gravity of the ecological crisis to be on par with the global economic crisis. The latter has resulted in a rethink of the global political and financial system, it has led to the demise and restructuring of governments, and it has allowed regional organizations such as the EU to come dangerously close to encroaching on the sacred boundaries of state sovereignty through the prescription by some countries (notably France

and Germany) of austerity measures as conditions for financial assistance (Greece being the most recent example). The fact, however, that governments cannot even agree or be moved to agree by their citizens on one of the most critical issues in the global environmental law and governance domain – namely, binding targets for carbon emissions – suggests that the ecological crisis is not (yet) perceived to be sufficiently severe to mobilize dramatic global environmental constitutional changes. Nevertheless, while it is unlikely that an ecological crisis would be able to achieve what a global economic crisis has in terms of governance reform, it is arguably not impossible.

Can constitutionalism be considered to be a globally dominant and prevailing ideology, and when will it come about? While constitutionalism is a revered concept in many societies and an increasingly popular term in the supranational domain, it is doubtful whether it has achieved sufficient prominence for it to be recognized by global society as a universal and dominant prevailing ideology. At most, only some of its elements, such as universal human rights, are recognized as *jus cogens* norms setting out *erga omnes* obligations – a point which has been made above. It will take considerably more work and time to popularize constitutionalism as a conceptual whole in the global context to the extent that it could be said to be a dominant prevailing *global* ideology. Another challenge is that, compared with the domestic scenario, it would be much more difficult to establish global environmental constitutionalism as a prevailing global ideology because of the plurality and complexity of global society (that is, those people who must endorse it). One could nevertheless reasonably expect that, because of the causal reciprocity and interlinkages between domestic and supranational law and governance regimes, a gradually increased process of domestic constitutionalization of law and governance generally, and environmental law and governance specifically, could contribute in a bottom-up way to establish global environmental constitutionalism as a dominant prevailing ideology.¹²³ So too could the expansion of established global constitutionalist elements such as universal human rights contribute to its global ideological growth and entrenchment.

What is clear is that the process of constitutionalizing global environmental law and governance is evidently not going to be a sudden event that would be driven by a strong centralized supranational response; it is unlikely that it will come about by means of a ‘constitutional moment’.¹²⁴ Referring to constitutionalization in terms of the global trade-environment conflict, Perez states that:

[t]he trade and environment conflict emerges as a multiple challenge, taking place in multifarious institutional and discursive universes ... This simple realization creates a challenge to the constitutionalization dream (in its universal version). It questions the logic of erecting a unitary institutional structure as *the* solution to global dilemmas, and looks, instead, for a more modest constitutional vision.¹²⁵

Considering its own complex, multifarious and multi-dimensional character, there is no reason to believe that the situation would be any different in the global environmental law and governance domain. Because of all the foregoing reasons and considerations, constitutionalization of global environmental law and governance would occur rather in terms of a modest, more functionalist and gradual approach which would involve reforms mostly stemming from the domestic domain and working their way through the global order.

Does a codified global environmental constitution already exist or is there a reasonable prospect for one to come about in the future to entrench global environmental constitutionalism as a prevailing and dominant global ideology? Bodansky¹²⁶ confronted this question in a seminal work in 2009 and concluded that, while numerous multilateral environmental agreements have elements of constitutions in the ‘thin’ sense – namely, that they perform the constitutive functions of global environmental law and governance – to date, there is no single codified or uncodified global environmental constitution. Neither can it be said that a global environmental constitution exists in the ‘thick’ sense: ‘International environmental agreements are better at constituting than they are at constraining.’¹²⁷ The only likely candidates to fulfil the role of a ‘thick’ global environmental constitution would be environmental principles such as sustainability, polluter pays, precaution and prevention, among others, but they remain weak and vague and incapable of comprehensively fulfilling all the functions of ‘thick’ constitutions.¹²⁸ Clearly, nothing in the current global environmental law and governance regime suggests that a distinct codified global environmental constitution exists that is both ‘thick’ and ‘thin’ or that one will come about soon. It is also not entirely clear whether a codified global environmental constitution is in fact preferable, especially if one considers that global constitutionalism ‘in no way implies the quest for a world state. The idea is not to create a global, centralized government, but to constitutionalize global (polyarchic and multi-level) *governance*’.¹²⁹

A more modest venture would arguably also be required in this instance and, again, the answer may lie in domestic environmental constitutionalism. It would be unrealistic, impossible even, merely to scale up a typical state constitution to the supranational level in an effort to serve as a global environmental constitution, especially in the light of the obvious problems presented by translation.¹³⁰ This does not mean, however, that it would be impossible to translate and transpose certain principles, elements and characteristics of domestic constitutionalism to the global environmental context to the extent that they cumulatively form an uncodified global environmental constitution (as per the UK example).¹³¹ Such an approach would not require a ‘constitutional moment’ since it would occur pursuant to the idea that ‘constitutions are living instruments which are more or less silently modified and transformed through judicial and political practice’.¹³² The latter approach could also helpfully circumvent or substantially reduce the necessity for the intervention of a global environmental organization. Together with the constitutive functions of multilateral environmental

agreements, and the constraining functions of environmental principles, this translation could in time lead either to the establishment of a single codified, or to a comprehensively expansive uncodified, global environmental constitution.

The final precondition requires there to be a sufficient and appropriate global institutional response to implement, support and ‘operationalize’ global environmental constitutionalism. This article has argued throughout that such an institutional response or ‘institutional matrix’ already exists in the form of all the global environmental law and governance arrangements collectively viewed. In fact, there are too many of these (fragmented) arrangements. One concern is whether the current fragmented architecture would be sufficient to instil and support global environmental constitutionalism and whether a global environmental organization would not be preferable to provide the requisite institutional backbone in this respect. While a single global organization may be the obvious choice, its establishment is probably still a long way off, if it is to happen at all. It will thus be up to the current fragmented and haphazard regime consisting of states and non-state actors to provide the ‘institutional matrix’ for global environmental constitutionalism. Considering their dominant role in global environmental governance, states (including those institutions through which states act globally such as intergovernmental organizations, treaty regimes and treaty bodies) will no doubt play the primary role in initiating and ‘governing’ global environmental constitutionalism.

However, the realities of disaggregated hybrid, multi-actor and multilevel global environmental governance in a globalized age mean that non-state actors cannot be ignored in this endeavour. Global civil society which consists of, *inter alia*, non-governmental and community organizations, global networks and epistemic communities, must be allowed to provide expert inputs, to actively take part in the constitutionalization process, to continuously monitor progress of the process and, generally speaking, to represent the interests of all members of global civil society throughout this process.¹³³ While a major challenge would be to clothe these actors with sufficient legitimacy to enable them to act in the constitutionalization process (especially as law and decision makers), the upside of their involvement is that it would ‘contribute to constitutionalization, because it integrates the transnational civil society into the fabric of international law and thereby arguably promotes the constitutional principles of broad deliberation, transparency, and public accountability’.¹³⁴

9.2 Preparatory Arrangements and Research Agenda

Domestic environmental constitutionalism provides the discourse and analytical and normative basis to conceptualize global environmental constitutionalism. It was shown above that ‘global’ implies the inclusion of domestic environmental constitutionalism into the realm of global environmental constitutionalism. This could make the global environmental constitutionalism exercise ‘easier’ insofar as existing domestic environmental constitutional norms, principles and approaches could be used to inform the content, extent and application of global environmental constitutionalism. As a preparatory first step to

the grander project of global environmental constitutionalism, it would thus be crucial to comprehensively map environmental constitutionalism as it manifests in domestic jurisdictions and to fully interrogate domestic environmental constitutionalism with the view to understanding its content, nature, objectives and conceptual architecture. A further step would be to formulate a comprehensive theory of environmental constitutionalism and then to investigate the concept's individual components by also describing the role that each could play in the grander global environmental constitutionalism paradigm.

A second step would be to revisit the concept of global constitutionalism and to consider the way in which and extent to which each of the components of environmental constitutionalism could realistically be translated into the global domain. The identification and elaboration of existing global constitutional elements that could be useful for the global environmental constitutionalism project (such as universal human rights) would also be important.

Finally, a strong political case must be made for constitutionalizing global environmental law and governance and it must assume greater importance in the agendas of state actors and their global institutions, as well as non-state actors. The foregoing conceptual interrogation of environmental constitutionalism will play an important role in putting forward convincing arguments in support of making it a political priority for all the actors in global environmental governance. Ultimately, it is only through deliberate political support, dedication and action that global environmental constitutionalism will become a reality.

10 CONCLUSION

This article has posed many questions, most of which it has not answered. For the moment, global environmental constitutionalism similarly raises more questions than it provides answers. But herein lies its strength: it forces us to critically review and rethink global environmental law and governance, to go back to the basics and attempt to seek and formulate solutions that could be recast in the familiar language of constitutionalism.

Constitutionalism, despite its critics, has much going for it and this article has sought to argue in favour of extending the constitutionalist paradigm to the global environmental law and governance domain. Its central hypothesis has been that the application of constitutionalism in a global context (global constitutionalism) is already common practice and a popular theme among international and constitutional lawyers. Constitutionalism is also a popular approach for improving environmental law and governance in many domestic jurisdictions. Mindful of the conceptual problems and constraints, as well as the pragmatic difficulties of global environmental constitutionalism, when read with the various justifications that the article has proposed in the previous sections, these considerations arguably provide sufficient motivation for the global environmental constitutionalism cause.

REFERENCES

- ACKERMAN, B. 'The Rise of World Constitutionalism' (1996) *Yale Law School: Occasional Papers*, Paper 4, available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=51005&context=5ylsop_papers&seiridir=51#search=5%22yale%20law%20school%20occasional%20papers%20ackerman%22>.
- ACKERMAN, B. 'The Living Constitution: 2006 Oliver Wendell Holmes Lectures' (2007) 120(7) *Harvard Law Review*, pp. 1793–812.
- ALLEN, M.H. 'Globalization and Peremptory Norms in International Law: From Westphalian to Global Constitutionalism' (2004) (41) *International Politics*, pp. 341–53.
- ALKOBY, A. , 'Non-state Actors and the Legitimacy of International Environmental Law' (2003) 3 *Non-state Actors and International Law*, pp. 23–98.
- ASSBENDERB, F. *The United Nations Charter as Constitution of the International Community* (Martinus Nijhoff, 2009).
- BACKER, L.C. , 'Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering' (2009) 16(1) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp. 85–172.
- BECKER, T. 'Die zukünftige EU-Verfassung: Ein Chance für die Umwelt?' (2004) 5 *Ökologisches Wirtschaften*, pp. 6–7.
- BEYERLIN, U.; MARAUHN, T. *International Environmental Law* . Hart, 2011.
- BIERMANN, F. et al. 'Earth System Governance: A Research Framework' (2010) 10(4) *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, pp. 277–98.
- BIERMANN, F. "'Earth System Governance" as a Crosscutting Theme of Global Change Research' (2007) (17) *Global Environmental Change*, pp. 326–37.
- BIRNIE, P. ; BOYLE, A. ; REDGWELL, C. *International Law and the Environment* . 3rd edn., Oxford University Press, 2009.
- BODANSKY, D. 'Is There an International Environmental Constitution?' (2009) 16(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp. 565–84.
- BOSELMANN, K. *Im Namen der Natur: Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat* (Scherz, 1992).
- BOSELMANN, K. , *Ökologische Grundrechte: Zum Verhältnis zwischen individueller Freiheit und Natur Nomos* Verlagsgesellschaft, 1998.
- BOYD, D.R. , *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment* , UBC Press, 2011.

BROWN WEISS, E. , **In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony; and Intergenerational Equity** (Transnational, 1989), at pp. 50–86.

BRUCH, C.; COKER, W.; VAN ARSDALE, C. '**Breathing Life into Fundamental Principles: Implementing Constitutional Environmental Protections in Africa**', World Resources Institute, Working Paper Series, WP No. 2, Apr. 2001, available at: http://pdf.wri.org/eea_bruch.pdf.

BRINKTRINE, R. , 'The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British Debate on Horizontality and the Possible Role Model of the German Doctrine of *'mittelbare Drittwirkung der Grundrechte'* (2001) 4 *European Human Rights Law Review*, pp. 421–32.

BRUNETTE, B. 'States, Global Environmental Governance and the Earth Charter', in K. Bosselmann & R.J. Engel (eds.), **The Earth Charter: A Framework for Global Governance** (KIT Publishers, 2010), pp. 117–42.

BRYDE, B. 'International Democratic Constitutionalism', in MACDONALD, R.; JOHNSTON, D.M. (eds.), **Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community** (Martinus Nijhoff, 2005), pp. 103–25.

CASSESE, S. 'Is There a Global Administrative Law?'. In VON BOGDANDY, A. et al. (eds.), **The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law** (Springer, 2009), pp. 761–76.

CHAMBERS, B.W.; GREEN, J.F. (eds.), **Reforming International Environmental Governance: From Institutional Limits to Innovative Reforms** , United Nations University Press, 2005.

COLLINS, L.M. 'Revisiting the Doctrine of Intergenerational Equity in Global Environmental Governance' (2007) 30(2) *Dalhousie Law Journal*, pp. 79–140.

CORTELL , A.P. ; DAVIS, J.W. '**When Norms Clash: International Norms, Domestic Practices, and Japan's Internalisation of the GATT/WTO**' (2005) 31 *Review of International Studies*, pp. 3–25.

DE BÚRCA, G.; GERSTENBERG, O. '**The Denationalization of Constitutional Law**' (2006) 47(1) *Harvard International Law Journal*, pp. 243–62.

DeSOMBRE, E.R., **Global Environmental Institutions**, Routledge, 2006.

DE WET, E. 'The International Constitutional Order' (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 51–76.

DIGGELMANN, O. ; ALTWICKER, T. '**Is there Something like a Constitution of International Law: A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism**' (2008) 68 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pp. 623–50.

DINE, J. , '**Multinational Enterprises: International Codes and the Challenge of "Sustainable Development"**' (2001) 1 *Non-state Actors and International Law*, pp. 81–106.

DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press, 2010).

DUPUY, P. 'The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited' (1997) 1 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, pp. 1–33.

EMMERICH-FRITSCH, A. , 'Zur Verbindlichkeit der Menschenrechte für transnationale Unternehmen' (2007) 45 *Archiv des Völkerrechts*, pp. 541–65.

ENGEL, R.J. 'Introduction'. In ENGEL, R.J.; WESTRA, L.; BOSSELMANN, K. (eds.). *Democracy, Ecological Integrity and International Law* (Cambridge Scholars Publishing, 2010), pp. 2–7.

ESTY, D.C., 'Global Environmental Governance'. In BRADFORD, C.I.; LINN, J.F. (eds.), *Global Governance Reform: Breaking the Stalemate* (Brookings Institution Press, 2007), pp. 108–14.

FISCHER-LESCANO, A. *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte* (Velbrück Wissenschaft, 2005).

GENERAL Comments to these, details of which are available at: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

GUNNINGHAM, N. 'Environmental Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures' (2009) 21(2) *Journal of Environmental Law*, pp. 179–212.

HAAS, P.M. 'Global Environmental Governance', in Commission on Global Governance, *Issues in Global Governance* (Kluwer Law International, 1995), pp. 333–70.

HABERMAS, J. 'Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?' (2005) 38(3) *Kritische Justiz*, pp. 222–47.

HARLOW, C. 'Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values' (2006) 17(1) *European Journal of International Law*, pp. 187–214.

HEMPEL, L.C. *Environmental Governance: The Global Challenge* (Island Press, 1996).

HURRELL, A.; KINGSBURY, B. (eds.), *The International Politics of the Environment*. Clarendon Press, 1992.

INTERNATIONAL Covenant on Civil and Political Rights, UN GA Resolution 2200A (XXI) of 16 Dec. 1966, in force 23 Mar. 1976, available at: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>.

INTERNATIONAL Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN GA Resolution 2200A (XXI) of 16 Dec. 1966, in force 3 Jan. 1976, available at: <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>.

IVANOVA, M.H. *Partnerships, International Organizations, and Global Environmental Governance*, available at http://www.gppi.net/fileadmin/gppi/Ivanova_Article.pdf.

JOERGES, C.; SAND, I.; TEUBNER, G. (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism* (Hart, 2004).

JOHNSTON, D.M. , 'World Constitutionalism in the Theory of International Law' . In: MACDONALD, R. St. John & JOHNSTON, D.M. (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community* (Martinus Nijhoff, 2005), pp.3-29.

KANIE, N.; HAAS, P.M. (eds.), *Emerging Forces in Environmental Governance* (United Nations University Press, 2004).

KEOHANE, R.O.; HAAS, P.M.; LEVY, M.A. , 'The Effectiveness of International Environmental Institutions'. In KEOHANE, R.O.; HAAS, P.M.; LEVY, M.A. *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection* (MIT Press, 1993), pp. 3-25.

KEOHANE, R.O.; NYE, J.S. 'Governance in a Globalizing World'. In KEOHANE, R.O. (ed.), *Power and Governance in a Partially Globalized World* (Routledge, 2002), pp. 193-218.

KINGSBURY, B. 'Global Governance as Administration: National and Transnational Approaches to Global Administrative Law' (2005) 68 *Law and Contemporary Problems*, pp. 1-13.

KIRCHHOF, P. 'Verfassunggebung jenseits des Verfassungsstaates'. In: TRUTE, H. et al. (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht: zur Tragfähigkeit eines Konzepts* (Mohr Siebeck, 2008), pp. 769-93.

KISS, A. , 'The Legal Ordering of Environmental Protection', in St. John Macdonald & Johnston, above n. 26, at pp. 567-84.

KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G. *The Constitutionalization of International Law* (Oxford University Press, 2009).

KOSKENNIEMI, M. 'Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization' (2007) 8(1) *Theoretical Inquiries in Law*, pp. 9-36

KOTZÉ, L.J. , 'The Judiciary, the Environmental Right and the Quest for Sustainability in South Africa: A Critical Reflection' (2007) 16(3) *Review of European Community and International Environmental Law*, pp. 298-311.

KOTZÉ, L.J.; PATERSON, A.R. (eds.), *The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives* (Kluwer Law International, 2009).

KRISCH, N. *Beyond Constitutionalism: The Pluralistic Structure of Post-national Law* (Oxford University Press, 2010).

KYSAR, A.D. *Regulating from Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity* .Yale University Press, 2010.

- LÖVBRAND, E.; STRIPPLE, J.; WIMAN, B. 'Earth System Governmentality Reflections on Science in the Anthropocene' (2009) (19) *Global Environmental Change*, pp. 7–13.
- MADURO, M.P. 'The Importance of Being Called a Constitution: Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism' (2005) 3(2/3) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 332–56.
- MARAUHN, T. 'Changing Role of the State', in D. Bodansky, J. Brunnée & E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007), pp. 728–48.
- PATERSON, M.; HUMPHREYS, D.; PETTIFORD, L. 'Conceptualizing Global Environmental Governance: From Interstate Regimes to Counter-hegemonic Struggles' (2003) 3(2) *Global Environmental Politics*, pp. 1–10.
- PEASE, K.S. *International Organizations: Perspectives on Governance in the Twenty-First Century* (3rd edn, Pearson Prentice Hall, 2008).
- PETERS, A. *The Constitutionalist Reconstruction of International Law: Pros and Cons* (NCCR International Trade Working Paper No. 11(07–2006).
- PETERS, A. ; ARMINGEON, K. 'Introduction: Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective' (2009) 16(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp. 385–95,.
- PETERS, A. 'Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures' (2006) (19) *Leiden Journal of International Law*, pp. 579–610.
- PEREZ, O. 'The Many Faces of the Trade–Environment Conflict: Some Lessons for the Constitutionalisation Project'. In Joerges, C.; SAND, I.; TEUBNER, G. (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism* (Hart, 2004), pp. 233–56.
- RATNAPALA, S. 'Environmentalism versus Constitutionalism: A Contest without Winners' (2007) University of Queensland Law Research Series 2; (2007) Resource Management Theory and Practice, pp. 110–64. available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UQLRS/2007/2.html>.
- ROSENAU, J.N.; CZEMPIEL, E. (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics* (Cambridge University Press, 1992).
- SCHWÖBEL, C.E.J. *Global Constitutionalism in International Legal Perspective* (Martinus Nijhoff, 2011).
- SEMENYUK, E.P. 'The Concept of the World Environmental Constitution and Information Science' (2011) 38(1) *Scientific and Technical Information Processing*, pp. 1–12.

SHAMS, H. , 'Law in the Context of 'Globalisation': a Framework of Analysis' (2001) 35(4) *The International Lawyer*, pp. 1589–626.

STEPHENS, T. *International Courts and Environmental Protection*. Cambridge University Press, 2009.

STRONG, M.F. 'One Year after Stockholm: An Ecological Approach to Management' (1973) 51(4) *Foreign Affairs*, pp. 690–707.

SUMMERS, R.S. *The Principles of the Rule of Law* (1999) 74(5) *Notre Dame Law Review*, pp. 1691– 712.

SWART, L. & PERRY, E. (eds.), *Global Environmental Governance: Perspectives on the Current Debate* (Centre for UN Reform Education, 2007).

UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), Aarhus (Denmark), 25 June 1998, in force 30 Oct. 2001, available at: <http://www.unece.org/environmental-policy/treaties/public-participation/aarhus-convention.html>.

VENTER, F. 'Die Staat, Staatsreg en Globalisering' (2008) 3 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, pp. 412–24.

VENTER, F. *Global Features of Constitutional Law* (Wolf Legal, 2010).

VERDROSS, A. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Springer, 1926).

VON BOGDANDY, A. 'Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany' (2006) 47(1) *Harvard International Law Journal*, pp. 223–42.

WALKERN. 'Reframing EU Constitutionalism'. In DUNOFF, J.L.; TRACHTMAN, J.P. (eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (Cambridge University Press, 2009), pp. 149–76.

WIENER, A. 'Editorial: Evolving Norms of Constitutionalism' (2003) 9(1) *European Law Journal*, pp. 1–13

WOODWARD, B.K. *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance* (Martinus Nijhoff, 2010).

YOUNG, O.R. *International Governance: Protecting the Environment in a Stateless Society* (Cornell University Press, 1994).

ZALASIEWICZ, J. et al. 'The Anthropocene: A New Epoch of Geological Time?' (2011) 369 *Philosophical Transactions of the Royal Society*, pp. 835–41.

- 1 Current studies on rapid and continuing environmental degradation abound. See, e.g., the Millennium Ecosystem Assessment Report, available at: <http://www.maweb.org/en/Index.aspx>.
- 2 These successes would be difficult to determine since 'success' is relative, it is difficult to quantify, and ultimately a determination of 'success' depends on a value judgment. Nevertheless, one possible example of a global environmental governance regime that is often considered a success is the international ozone layer protection regime. It is perceived to be successful because it has secured a good level of global adherence; it operates in a dynamic and flexible way; the level of compliance in developed states is apparently very high; and there has been a measurable reduction in ozone-depleting substances: P. Birnie, A. Boyle & C. Redgwell, *International Law and the Environment* (3rd edn., Oxford University Press, 2009), at pp. 354–5.
- 3 Constitutionalism can be no panacea because there is a range of other functional and theoretical approaches to attend to law and governance woes, and, as Douglas Kysar states in his latest book and elsewhere in this volume, constitutionalism is 'a work in progress, asymptotically striving towards an unattainable but undeniable goal of universal recognition and respect': A.D. Kysar, *Regulating from Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity* (Yale University Press, 2010), at p. 245.
- 4 See generally U. Beyerlin & T. Marauhn, *International Environmental Law* (Hart, 2011), at pp. 241–64; N. Gunningham, 'Environmental Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures' (2009) 21(2) *Journal of Environmental Law*, pp. 179–212.
- 5 See generally A. Hurrell & B. Kingsbury (eds.), *The International Politics of the Environment* (Clarendon Press, 1992).
- 6 A selection of literature on global environmental governance includes: B.W. Chambers & J.F. Green (eds.), *Reforming International Environmental Governance: From Institutional Limits to Innovative Reforms* (United Nations University Press, 2005); E.R. DeSombre, *Global Environmental Institutions* (Routledge, 2006); D.C. Esty, 'Global Environmental Governance', in C.I. Bradford & J.F. Linn (eds.), *Global Governance Reform: Breaking the Stalemate* (Brookings Institution Press, 2007), pp. 108–14; N. Kanie & P.M. Haas (eds.), *Emerging Forces in Environmental Governance* (United Nations University Press, 2004).
- 7 P.M. Haas, 'Global Environmental Governance', in Commission on Global Governance, *Issues in Global Governance* (Kluwer Law International, 1995), pp. 333–70, at 351.
- 8 Young's broad view of institutions suggests that they are 'sets of rules of the game or codes of conduct that serve to define social practices, assign roles to the participants in these practices, and guide the interactions among occupants of these roles ... all institutions are social artifacts created by human beings – consciously or unconsciously – to cope with problems of coordination and cooperation that arise as a result of interdependencies among the activities of distinct individuals or social groups': O.R. Young, *International Governance: Protecting the Environment in a Stateless Society* (Cornell University Press, 1994), at p. 3.
- 9 R.J. Engel, 'Introduction', in R.J. Engel, L. Westra & K. Bosselmann (eds.), *Democracy, Ecological Integrity and International Law* (Cambridge Scholars Publishing, 2010), pp. 2–7, at 2.
- 10 O. Perez, 'The Many Faces of the Trade–Environment Conflict: Some Lessons for the Constitutionalisation Project', in C. Joerges, I. Sand & G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism* (Hart, 2004), pp. 233–56.
- 11 *Ibid.*, at pp. 236–7.
- 12 See, among others, the authorities listed in nn. 4 and 6 above.
- 13 Young, n. 8 above, at p. 30.
- 14 A. Peters, *The Constitutionalist Reconstruction of International Law: Pros and Cons* (NCCR International Trade Working Paper No. 11(07–2006), at p. 3.
- 15 Kirchhof points out that, even today, the constitutional concept is still not used uniformly: '[D]er Verfassungsbegriff wird auch heute noch immer nicht einheitlich verwendet': P. Kirchhof, 'Verfassunggebung jenseits des Verfassungsstaates?', in H. Trute et al. (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht: zur Tragfähigkeit eines Konzepts* (Mohr Siebeck, 2008), pp. 769–93, at 770.
- 16 M.H. Allen, 'Globalization and Peremptory Norms in International Law: From Westphalian to Global Constitutionalism' (2004) 41 *International Politics*, pp. 341–53, at p. 342.
- 17 A. Wiener, 'Editorial: Evolving Norms of Constitutionalism' (2003) 9(1) *European Law Journal*, pp. 1–13, at pp. 1–2, 5.
- 18 Wiener, *ibid.*, at p. 5. Bodansky proposes that constitutions set the fundamental rules of a polity: D. Bodansky, 'Is There an International Environmental Constitution?' (2009) 16(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp. 565–84, at p. 570.
- 19 B. Bryde, 'International Democratic Constitutionalism', in R. Macdonald & D.M. Johnston, (eds.),

- Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community* (Martinus Nijhoff, 2005), pp. 103–25, at 105.
- 20 Peters, n. 14 above, at p. 5.
- 21 A. Peters & K. Armingeon, 'Introduction: Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective' (2009) 16(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp. 385–95, at p. 387.
- 22 *Ibid.*, at p. 389.
- 23 As Ackerman states: 'The English had never indulged the Enlightenment conceit that a formal constitution was necessary for modern government. It was their culture of self-government, their common sense and decency, that distinguished their evolving commitment to democratic principles – not paper constitutions and institutional gimmicks like judicial review': B. Ackerman, 'The Rise of World Constitutionalism' (1996) *Yale Law School: Occasional Papers*, Paper 4, available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=51005&context=sylsop_papers&sei-redir=51#search5%22yale%20law%20school%20occasional%20papers%20ackerman%22>.
- 24 Bodansky, n. 18 above, at p. 569.
- 25 M.P. Maduro, 'The Importance of Being Called a Constitution: Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism' (2005) 3(2/3) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 332–56, at p. 333.
- 26 D.M. Johnston, 'World Constitutionalism in the Theory of International Law' in R. St. John Macdonald & D.M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community* (Martinus Nijhoff, 2005), pp. 3–29, at 17–18; F. Venter, 'Die Staat, Staatsreg en Globalisering' (2008) 3 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, pp. 412–24, at 416.
- 27 R.S. Summers. *The Principles of the Rule of Law* (1999) 74(5) *Notre Dame Law Review*, pp. 1691–712, at 1692.
- 28 *Ibid.*
- 29 In the words of Bosselmann: 'Unbestritten ist die Verfassungsebene das zentrale Feld der Auseinandersetzung um gesellschaftliche Wertorientierungen. Nirgendwo sonst bietet sich eine vergleichbare Ebene, auf der sich Werte und Leitprinzipien einer Gesellschaftsordnung so deutlich zeigen wie auf der Ebene der Verfassung. Dies liegt vorallem daran, daß die Verfassung den größtmöglichen Konsens einer pluralistischen Gesellschaft verkörpern soll': K. Bosselmann, *Im Namen der Natur: Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat* (Scherz, 1992), at p. 190. Bosselmann explains that a constitution provides the clearest manifestation and evidence of a social order's values and guiding principles. This is because a constitution most comprehensively embodies the shared consensus of a pluralistic society.
- 30 Peters & Armingeon, n. 21 above, at p. 385.
- 31 *Rechtsstaat* refers to 'the authenticity of the polity, the formal legality of the power of the state to act, and the conformity of the actions of the state (legislature, executive, and courts) to the requirements of law (protection against arbitrary action)': L.C. Backer, 'Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering' (2009) 16(1) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp. 85–172, at 86–7.
- 32 The duties to respect, protect, promote and fulfil were first articulated and universally accepted in the context of the International Covenant on Civil and Political Rights, UN GA Resolution 2200A (XXI) of 16 Dec. 1966, in force 23 Mar. 1976, available at: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN GA Resolution 2200A (XXI) of 16 Dec. 1966, in force 3 Jan. 1976, available at: <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>; and the General Comments to these, details of which are available at: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.
- 33 See, e.g., s. 24 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, and L.J. Kotzé, 'The Judiciary, the Environmental Right and the Quest for Sustainability in South Africa: A Critical Reflection' (2007) 16(3) *Review of European Community and International Environmental Law*, pp. 298–311; and R. Brinkkrine, 'The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British Debate on Horizontality and the Possible Role Model of the German Doctrine of 'mittelbare Drittwirkung der Grundrechte' (2001) 4 *European Human Rights Law Review*, pp. 421–32.
- 34 A. Emmerich-Fritsche, 'Zur Verbindlichkeit der Menschenrechte für transnationale Unternehmen' (2007) 45 *Archiv des Völkerrechts*, pp. 541–65.
- 35 As Bosselmann states: '[n]iemand würde heute bezweifeln, daß dem Umweltschutz Verfassungsrang gebührt und in den Katalog moderner Staatsziele und Staatsaufgaben gehört': K. Bosselmann, *Ökologische Grundrechte: Zum Verhältnis zwischen individueller Freiheit und Natur* (Nomos Verlagsgesellschaft, 1998), at p. 49. Bosselmann states that there is little doubt today that environmental protection demands protection at the constitutional level and that environmental protection resorts under the range of modern state

- objectives and state tasks.
- 36 For a survey of these, generally, see D.R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment* (UBC Press, 2011).
 - 37 Some authors have dealt conceptually with environmental constitutionalism. See, among others, A. Kiss, 'The Legal Ordering of Environmental Protection', in St. John Macdonald & Johnston, above n. 26, at pp. 567–84; Kysar, n. 3 above, at pp. 229–54; Boyd, *ibid.*
 - 38 In the context of the EU, see T. Becker, 'Die zukünftige EU-Verfassung: Ein Chance für die Umwelt?' (2004) 5 *Ökologisches Wirtschaften*, pp. 6–7, at 6.
 - 39 E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Transnational, 1989), at pp. 50–86.
 - 40 E.g., s. 195 of the Constitution of the Republic of South Africa (n. 33 above) states that public administration must be governed by the democratic values and principles enshrined in the Constitution.
 - 41 L.J. Kotzé & A.R. Paterson (eds.), *The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives* (Kluwer Law International, 2009).
 - 42 T. Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (Cambridge University Press, 2009), at p. 8.
 - 43 E.g., s. 2 of the Constitution of the Republic of South Africa, (n. 33 above) states that '[t]his Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled'.
 - 44 These issues are provided for by many national constitutions and internationally (albeit mostly in the EU) by the UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), Aarhus (Denmark), 25 June 1998, in force 30 Oct. 2001, available at: <http://www.unece.org/environmental-policy/treaties/public-participation/aarhus-convention.html>
 - 45 Kysar, n. 3 above, at p. 231.
 - 46 Boyd, n. 36 above, at pp. 33–43.
 - 47 C. Bruch, W. Coker & C. Van Arsdale, 'Breathing Life into Fundamental Principles: Implementing Constitutional Environmental Protections in Africa', World Resources Institute, Working Paper Series, WP No. 2, Apr. 2001, available at: http://pdf.wri.org/ea_bbruch.pdf.
 - 48 Boyd, n. 36 above, at p. 3.
 - 49 M. Koskeniemi, 'Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization' (2007) 8(1) *Theoretical Inquiries in Law*, pp. 9–36.
 - 50 Peters, n. 14 above, at p. 6. Kirchhof adds that the constitutional concept has been manifestly grounded in the idea of the singular nation state, but that this is changing: see Kirchhof, n. 15 above, at p. 770.
 - 51 Also termed 'transnational constitutionalism', 'international constitutionalism' and 'world constitutionalism'. See, e.g., Backer, n. 31 above, at p. 91; C. Joerges, I. Sand & G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism* (Hart, 2004); St. John Macdonald & Johnston, above n. 26.
 - 52 C.E.J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective* (Martinus Nijhoff, 2011), at p. 1.
 - 53 In addition to those already listed elsewhere in this article, some authorities include, among others, G. De Búrca & O. Gerstenberg, 'The Denationalization of Constitutional Law' (2006) 47(1) *Harvard International Law Journal*, pp. 243–62; P. Dobner & M. Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press, 2010); P. Dupuy, 'The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited' (1997) 1 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, pp. 1–33; A. Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte* (Velbrück Wissenschaft, 2005); J. Habermas, 'Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?' (2005) 38(3) *Kritische Justiz*, pp. 222–47; J. Klabbbers, A. Peters & G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law* (Oxford University Press, 2009); A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Springer, 1926); A. Von Bogdandy, 'Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany' (2006) 47(1) *Harvard International Law Journal*, pp. 223–42.
 - 54 The EU is a clear, and arguably the only, example of an instance where a regional treaty has been transformed into a constitution-like document. See, among the many authorities on EU constitutionalism, N. Walker, 'Reframing EU Constitutionalism', in J.L. Dunoff & J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (Cambridge University Press, 2009), pp. 149–76.
 - 55 E. De Wet, 'The International Constitutional Order' (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 51–76, at 52–3; M.W. Doyle, 'The UN Charter – A Global Constitution?', in Dunoff & Trachtman,

- ibid., pp. 113–32; B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community* (Martinus Nijhoff, 2009); J.L. Dunoff, ‘The Politics of International Constitutions: The Curious Case of the World Trade Organization’, in Dunoff & Trachtman, *ibid.*, pp. 178–205.
- 56 Bodansky, n. 18 above. These are also called ‘parallel’ constitutions: O. Diggelmann & T. Altwicker, ‘Is there Something like a Constitution of International Law: A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism’ (2008) 68 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pp. 623–50.
- 57 Diggelmann & Altwicker, *ibid.*, at pp. 625–8.
- 58 See generally on this issue F. Venter, *Global Features of Constitutional Law* (Wolf Legal, 2010).
- 59 F. Venter, ‘Die Staat, Staatsreg en Globalisering’ (2008) 3 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, pp. 412–24, at 419.
- 60 Schwöbel, n. 52 above, at pp. 1–2.
- 61 Peters & Armingeon, n. 21 above, at p. 390.
- 62 The simile of global constitutionalism as a lens is reminiscent of Pease’s like simile, in which she sees political theory frameworks as ‘a pair of glasses whose different lenses allow us to view the distinct political, economic, and social characteristics and processes that shape world politics’: K.S. Pease, *International Organizations: Perspectives on Governance in the Twenty-First Century* (3rd edn, Pearson Prentice Hall, 2008), at pp. 1–2.
- 63 Schwöbel, n. 52 above, at pp. 11–49. Her synthesis is based on the views of some of the leading authorities on global constitutionalism cited throughout this article.
- 64 Other authors use different perspectives or classifications to unpack global constitutionalism. Diggelmann and Altwicker, for example, identify and critique the semantic strategy, the correspondence strategy, the ethical-pragmatic strategy and the social-constructivist perspective. While they may be termed differently, these strategies are not dramatically different from those formulated by Schwöbel: Diggelmann & Altwicker, n. 56 above, at pp. 632–50.
- 65 In the sense of making ‘thin’ constitutions ‘thick’.
- 66 De Wet, n. 55 above, at pp. 51–76.
- 67 Schwöbel, n. 52 above, at p. 49.
- 68 Biermann et al. define ‘scale’ to include ‘the spatial, temporal, quantitative or analytical dimensions used to measure or rank any phenomenon’: F. Biermann et al., ‘Earth System Governance: A Research Framework’ (2010) 10(4) *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, pp. 277–98, at p. 290.
- 69 This is so because global environmental law and governance would be the central concern of global environmental constitutionalism.
- 70 M. Paterson, D. Humphreys & L. Pettiford, ‘Conceptualizing Global Environmental Governance: From Interstate Regimes to Counter-hegemonic Struggles’ (2003) 3(2) *Global Environmental Politics*, pp. 1–10, at p. 4.
- 71 For a more elaborate survey of the Anthropocene, see J. Zalasiewicz et al., ‘The Anthropocene: A New Epoch of Geological Time’ (2011) 369 *Philosophical Transactions of the Royal Society*, pp. 835–41.
- 72 E. Lövbrand, J. Stripple & B. Wiman, ‘Earth System Governmentality Reflections on Science in the Anthropocene’ (2009) (19) *Global Environmental Change*, pp. 7–13, at 7, 8.
- 73 *Ibid.*, at p. 7.
- 74 E.P. Semenyuk, ‘The Concept of the World Environmental Constitution and Information Science’ (2011) 38(1) *Scientific and Technical Information Processing*, pp. 1–12, at 4.
- 75 Lövbrand, Stripple & Wiman, n. 72 above, at p. 12.
- 76 Biermann et al., n. 68 above; F. Biermann ‘“Earth System Governance” as a Crosscutting Theme of Global Change Research’ (2007) (17) *Global Environmental Change*, pp. 326–37.
- 77 Zalasiewicz et al., n. 71 above, at p. 838.
- 78 Biermann, n. 76 above, at p. 329.
- 79 This is, however, not to say that increased spatial interdependence is not occurring and is as a result less important: ‘the anthropogenic transformation of the earth system creates new forms and degrees of (global) spatial interdependence. This relates to both natural (direct) and social (indirect) interdependencies’: Biermann, n. 76 above, at p. 330.
- 80 L.C. Hempel, *Environmental Governance: The Global Challenge* (Island Press, 1996), at p. 154.
- 81 *Ibid.*, at pp. 154–55.
- 82 The now well-established concepts of ‘future generations’ and ‘intergenerational equity’ embody the temporal aspects of the global environmental governance effort. See the standard work in this respect, Brown Weiss, n. 39 above, and more recently, L.M. Collins, ‘Revisiting the Doctrine of Intergenerational Equity

- in *Global Environmental Governance*' (2007) 30(2) *Dalhousie Law Journal*, pp. 79–140.
- 83 S. Cassese, 'Is There a Global Administrative Law?', in A. Von Bogdandy et al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law* (Springer, 2009), pp. 761–76, at 768.
- 84 This reciprocity is further illustrated by the dualism of norm creation and norm transplantation: A.P. Cortell & J.W. Davis, 'When Norms Clash: International Norms, Domestic Practices, and Japan's Internalisation of the GATT/WTO' (2005) 31 *Review of International Studies*, pp. 3–25, at 3.
- 85 M.F. Strong, 'One Year after Stockholm: An Ecological Approach to Management' (1973) 51(4) *Foreign Affairs*, pp. 690–707, at 699–700.
- 86 R.O. Keohane, P.M. Haas & M.A. Levy, 'The Effectiveness of International Environmental Institutions', in P.M. Haas, R.O. Keohane & M.A. Levy, *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection* (MIT Press, 1993), pp. 3–25, at 7.
- 87 Hempel, n. 80 above, at p. 6.
- 88 R.O. Keohane & J.S. Nye, 'Governance in a Globalizing World', in R.O. Keohane (ed.), *Power and Governance in a Partially Globalized World* (Routledge, 2002), pp. 193–218, at 194.
- 89 M.H. Ivanova, *Partnerships, International Organizations, and Global Environmental Governance*, available at http://www.gppi.net/fileadmin/gppi/Ivanova_Article.pdf, at p. 9.
- 90 H. Shams, 'Law in the Context of 'Globalisation': a Framework of Analysis' (2001) 35(4) *The International Lawyer*, pp. 1589–626, at 1626.
- 91 Biermann, n. 76 above, at p. 335.
- 92 E.g., constitutionalizing environmental rights and sustainable development in the Constitution of the Republic of South Africa (n. 33 above) might have global repercussions because it could contribute to provide the moral and ethical justification for the constitutionalization of similar rights and core environmental concepts in other countries or supranational legal instruments.
- 93 An example is where directives of the EU must be translated into domestic legislation by its Member States, or where a multilateral environmental agreement requires domestic legislative and executive action in terms of the obligations it sets out for states.
- 94 A. Peters, 'Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures' (2006) 19 *Leiden Journal of International Law*, pp. 579–610.
- 95 Biermann, n. 76 above, at p. 332.
- 96 T. Marauhn, 'Changing Role of the State', in D. Bodansky, J. Brunnée & E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007), pp. 728–48, at 728–9.
- 97 T.M. Franck, 'Preface: International Institutions: Why Constitutionalize?', in Dunoff & Trachtman, n. 54 above, at p. xii.
- 98 By extending the application of constitutionalism 'horizontally' to these corporations, it would be possible to impose on them directly the restrictions and dictates of constitutionalism in the same way that these would apply to a public authority or actor. See further, J. Dine, 'Multinational Enterprises: International Codes and the Challenge of "Sustainable Development"' (2001) 1 *Non-state Actors and International Law*, pp. 81–106; Emmerich-Fritsche, n. 34 above.
- 99 A. Alkoby, 'Non-state Actors and the Legitimacy of International Environmental Law' (2003) 3 *Non-state Actors and International Law*, pp. 23–98.
- 100 C. Harlow, 'Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values' (2006) 17(1) *European Journal of International Law*, pp. 187–214; B. Kingsbury, 'Global Governance as Administration: National and Transnational Approaches to Global Administrative Law' (2005) 68 *Law and Contemporary Problems*, pp. 1–13.
- 101 See further, Perez, n. 10 above, at p. 241.
- 102 L. Swart & E. Perry (eds.), *Global Environmental Governance: Perspectives on the Current Debate* (Centre for UN Reform Education, 2007).
- 103 Biermann et al., n. 68 above, at p. 287.
- 104 J.N. Rosenau & E. Czempiel (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics* (Cambridge University Press, 1992).
- 105 See Hempel, n. 80 above, at p. 66.
- 106 S. Ratnapala, 'Environmentalism versus Constitutionalism: A Contest without Winners' (2007) University of Queensland Law Research Series 2; (2007) Resource Management Theory and Practice, pp. 110–64; available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UQLRS/2007/2.html>. This duality of constitutionalism is evident in it both constituting and constraining power: Bodansky, n. 18 above, at p. 572.

- 107 B. Brunette, 'States, Global Environmental Governance and the Earth Charter', in K. Bosselmann & R.J. Engel (eds.), *The Earth Charter: A Framework for Global Governance* (KIT Publishers, 2010), pp. 117-42, at 119.
- 108 Ibid.
- 109 Such new perspectives of public authority have already been investigated by some authors. See, e.g., E. Hey, 'Global Environmental Law: Common Interests and the (Re)Constitution of Public Space' (2009) (1) *Iustum Aequum Salutare*, pp. 41-57.
- 110 Hempel, n. 80 above, at p. 160.
- 111 Collins, n. 82 above.
- 112 Kysar, n. 3 above, at p. 241.
- 113 Ibid., at p. 243. Kysar bases this statement on Ackerman's idea that a constitution is essentially a conversation between generations: B. Ackerman, 'The Living Constitution: 2006 Oliver Wendell Holmes Lectures' (2007) 120(7) *Harvard Law Review*, pp. 1793-812, at 1805.
- 114 Peters, n. 14 above, at pp. 4-9. See also, generally, N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralistic Structure of Post-national Law* (Oxford University Press, 2010).
- 115 Bodansky, n. 18 above.
- 116 Maduro (n. 25 above) asks similar questions with relation to the EU and its constitutionalization processes.
- 117 Franck, n. 97 above, at p. xiii.
- 118 See generally Stephens, n. 42 above.
- 119 These could include, e.g., the International Court of Justice (ICJ), the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), the Permanent Court of Arbitration (PCA), and dispute settlement mechanisms under the WTO.
- 120 Ratnapala, n. 106 above.
- 121 This institutional response must not only endeavour to operationalize global environmental constitutionalism, it must also be perceived to be constitutional itself; in other words, it must be legitimate.
- 122 Semenyuk (n. 74 above, at p. 3) agrees: 'Whether the WEC [world environment constitution] concept will be implemented in the foreseeable future depends ... on the level [sic] of ... ecological consciousness of the world community and on whether it wants to save itself.'
- 123 In this way, domestic environmental constitutionalism could 'level the playing field' as it were and be driven primarily by nation-states which would arguably regard a bottom-up approach less threatening to their sovereignty than a once-off top-down approach.
- 124 The 'constitutional moment' - or, as Peters puts it, 'a *pouvoir constituant* in a kind of constitutional big bang' - is a specific characteristic of domestic constitutions: Peters, n. 94 above, at pp. 584-5.
- 125 Perez, n. 10 above, at p. 234.
- 126 Bodansky, n. 18 above.
- 127 Ibid., at p. 578.
- 128 Ibid., at p. 579-80.
- 129 Peters, n. 94 above, at p. 610.
- 130 Peters & Armingeon, n. 21 above, at p. 387. It is doubtful that a single global constitution exists despite the arguments of some influential scholars to the contrary (especially insofar as they argue that the UN Charter is a global constitution): see, among others, Dupuy, n. 53 above; and Fassbender, n. 55 above.
- 131 From a methodological-analytical point of view, in fact, this seems to be the more acceptable approach and to hold out considerable promise.
- 132 Peters, n. 94 above, at p. 585.
- 133 See, further, B.K. Woodward, *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance* (Martinus Nijhoff, 2010).
- 134 Peters, n. 94 above, at p. 593.

DISCUTINDO O CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL GLOBAL

RESUMO

O Direito ambiental global e o regime de governança atuais foram instaurados, a princípio, para se contraporem ao agravamento da crise ecológica. As evidências sugerem, entretanto, que tal regime está longe de alcançar esse objetivo e, portanto, está falhando em sua tentativa de resolver os problemas ambientais globais que são vivenciados pelas pessoas em todos os lugares. Há poucas dúvidas de que esse regime necessita ser urgentemente reformado ou reformulado a partir de novos paradigmas. Este artigo propõe que o constitucionalismo global, ainda que não seja sua função específica, possa contribuir para essa mudança de paradigma, ao criar uma nova perspectiva por meio da qual se possa enxergar as deficiências do regime de governança estabelecido pelo Direito ambiental global vigente e, de modo efetivo, possa ajudar a superar as deficiências do regime por meio de um processo normativo de constitucionalização.

Palavras-chave: Direito e Governança Ambientais Globais. Sustentabilidade. Globalização. Constitucionalismo Ambiental Global.

Submetido: 19 out. 2015

Aprovado: 19 jan. 2016

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1 LINHAS DE PESQUISA

Os temas poderão receber abordagens variadas tanto de natureza mais dogmática quanto teórica. São admissíveis leituras históricas, políticas, jurídicas, metodológicas e interdisciplinares. É facultado aos autores abordar apenas aspectos específicos no contexto maior da linha de pesquisa escolhida. São elas:

- 1) Direito, Acesso à Justiça e Solução de Litígios
- 2) Direito, Estado e Acesso ao Desenvolvimento
- 3) Constituição, Estado e Sociedade
- 4) Direitos Humanos e Fundamentais
- 5) Teoria Política e do Direito

2 ESTRUTURA GERAL DO ARTIGO CIENTÍFICO (15 A 30 PÁGINAS)

Elementos pré-textuais:

Título e subtítulo (se houver), separado por dois pontos;

Nome do autor (e do coautor, se houver), acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica, endereço eletrônico e filiação institucional (em nota de rodapé);*

Resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, e não uma simples enumeração de tópicos, de 150 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto (de 3 a 5 palavras).

* A submissão do artigo, sem qualquer menção de autoria, para os pareceristas, ficará a cargo da equipe editorial responsável.

Elementos textuais:

Modelo A:

- 1 Introdução
- 2 Desenvolvimento
- 3 Conclusão

Modelo B:

- 1 Introdução
- 2 Referencial Teórico
- 3 Metodologia da Pesquisa
- 4 Análise dos Resultados (deve conter a análise dos dados obtidos)
- 5 Conclusão

Elementos pós-textuais:

Agradecimento (não é obrigatório)

Referências

Notas de fim, após referências, em *Times Nem Roman 10*

3 FORMATAÇÃO DO ARTIGO

O título deve estar centralizado, em negrito e em caixa alta, sendo escrito em tamanho 14.

Logo abaixo do título do trabalho devem constar o(s) nome(s) completo(s) do autor, do(s) coautor(es) recuados à direita, acompanhados de breve currículo que os qualifiquem na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico (em nota de rodapé identificada com asterisco).

Exemplo:

TÍTULO DO ARTIGO

João J. João*

Pedro P. Pedro**

Maria M. Maria***

O texto deve ser digitado com letra *Times New Roman*, tamanho 12, usando espaço entrelinhas 1,5 e espaçamento entre parágrafos de 0 pt antes e 06 pt depois. O espaço da primeira linha dos parágrafos é de 1cm. As citações de mais de três linhas, as notas de rodapé, as referências e os resumos em vernáculo e em língua estrangeira devem ser digitados em espaço simples.

O formato do papel a ser utilizado tanto na versão eletrônica quanto na impressa, deve ter formato A4 (210 mm x 297 mm), com as seguintes margens: superior e esquerda - 3,0cm; inferior e direita - 2,0 cm.

O trabalho deve estar obrigatoriamente digitalizado em Word.

4 REFERÊNCIAS

As referências devem ser constituídas por todas as obras citadas no artigo e devem ser listadas de acordo com a norma ABNT-NBR-6023/2002, conforme exemplos abaixo:

Livros

ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA, Manuel (Org). *Gonçalves Dias: poesia*. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1983.

Artigos em periódicos

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do direito à educação... *Educação & Sociedade*, Campinas, SP, v. 24, n. 84, p. 763-789, set. 2003.

O MELHOR de dois mundos. *Após*, São Paulo, ano 1, p. 24-25, fev. 2003.

* Breve currículo

** Breve currículo

*** Breve currículo

Artigos em revistas, jornais etc.

MONTEIRO NETO, Armando. Desoneração da folha salarial. Estado de Minas, Belo Horizonte, n. 22.368, p. 9, 26 mar. 2003.

Sites

CONY, Carlos Heitor. O frágil lenho. Folha online, São Paulo, 19 jan. 2004. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult505u135.shtml>. Acesso em: 19 jan. 2004.

FREIRE, José Bessa. O patrimônio cultural indígena. In: WELFORT, Francisco; SOUZA, Márcio (Org.). Um olhar sobre a cultura brasileira. Brasília: Ministério da Cultura, 1998. Disponível em: <<http://www.minc.gov.br/textos/olhar/patrimonioidigena>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

5 CITAÇÕES

As citações deverão ser feitas da seguinte forma (NBR 10520): citações de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas; as citações de mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4cm da margem esquerda, em *Times New Roman 10*, sem aspas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los indicando essa alteração com a expressão “grifo nosso” entre parênteses após a chamada da citação ou “grifo do autor”, caso o destaque já faça parte da obra consultada.

A referência da citação será feita em nota de fim, após as referências do texto.

6 ABSTRACT E KEYWORDS

Após as referências, seguem-se as notas de fim; após as notas de fim, culminando todo o trabalho, deve-se fazer constar o título do artigo, o resumo e as palavras-chave em versão para o inglês, com recuo de 4 cm em espaço simples.

7 INSTRUÇÕES AOS AUTORES

7.1 AVALIAÇÃO POR PARES – *MODUS OPERANDI*

Os artigos recebidos passam por uma análise prévia (fase inicial: desk review), envolvendo a equipe de Editores institucionais e/ou Editores-Associados (vinculados a outras Instituições de outros Estados). Essa primeira fase funciona como um mecanismo de filtragem quanto à adequação do artigo, às linhas de pesquisa, à adequação às normas de publicação; inteligibilidade, coerência e coesão do texto; avaliação preliminar da compatibilidade do artigo submetido às exigências atribuíveis a uma produção em termos de pós-graduação; relevância e adequação do aporte teórico; relevância da dis-

cussão enfrentada e potencial de contribuição do artigo para a comunidade acadêmica. Essas são diretrizes às quais a equipe de Editores (institucionais e associados) se atêm, de modo geral.

Superada essa fase preliminar, o artigo é submetido a, no mínimo, dois pareceristas, que tenham titulação maior (preferencialmente) ou igual à titulação do coautor mais bem titulado do trabalho em exame. Atenta-se, ainda, quando da escolha dos pareceristas responsáveis para uma adequação entre as áreas de conhecimento dos avaliadores e a área da temática enfrentada no artigo, antes de submetê-lo à apreciação dos pares.

Opera-se com o sistema *double blind review*, conforme orientação do Programa Qualis, procedendo-se à desidentificação dos artigos, a fim de que a avaliação por pares seja cega, garantindo-se a lisura do processo. Nessa etapa da avaliação, os pareceristas preenchem uma ficha de avaliação específica e padronizada, a qual é devolvida à equipe de Editores-Responsáveis, recomendando ou não a publicação dos artigos submetidos. Cada parecerista só pode avaliar, no máximo, dois artigos por número publicado. Procura-se, sempre que possível, escolher pareceristas que não pertençam ao mesmo Estado da Federação de onde se originou o artigo. Em caso de divergência de pareceres, ou, permanecendo quaisquer dúvidas, pode a equipe institucional ampliar o leque de avaliações para melhor subsidiar sua decisão.

7.2 IDIOMAS DE PUBLICAÇÃO

A Opinião Jurídica aceita artigos escritos em português, espanhol, francês, italiano e inglês. Artigos em alemão serão aceitos apenas de autores previamente convidados. Todos os artigos, independentemente da língua em que estejam escritos, devem fazer constar título, resumo e palavras-chave em inglês – atendendo-se às exigências do Programa *Qualis da Capes*.

7.3 INEDITISMO

A Opinião Jurídica visa à publicação e à divulgação de trabalhos inéditos, devendo o autor fazer constar, sob as penas da lei, qualquer condição em contrário, por ocasião da submissão de seu trabalho. Em caso de existência de publicação prévia, deve o autor explicitar o veículo de publicação e o suporte utilizado (virtual ou impresso), a fim de que a equipe de Editores-Institucionais delibere, soberanamente, a respeito da conveniência de uma eventual republicação.

7.4 TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS

A submissão de artigo à apreciação da Equipe Editorial da Revista Opinião Jurídica implica, por este mesmo ato, a cessão, por parte do(s) autor(ES), para o Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS, da referida OBRA para fins de reprodução, divulgação, distribuição, impressão, publicação e disponibilização,

a encargo da UNICHRISTUS, em qualquer forma ou meio que exista ou venha a existir, nos termos do art. 49 e os seguintes da Lei 9.610/98.

Parágrafo Primeiro. A cessão, objeto deste Termo, é feita a **título não exclusivo e gratuito**, abrangendo a totalidade da OBRA.

Parágrafo Segundo. A UNICHRISTUS poderá disponibilizar, para fins didáticos, a OBRA no todo ou em partes, vedada a alteração de seu conteúdo textual, ressalvadas correções e formatações que se fizerem necessárias.

Parágrafo Terceiro. A cessão é válida em quaisquer países, em língua portuguesa ou tradução, a critério da UNICHRISTUS.

7.5 DAS RESPONSABILIDADES

Ao submeter(em) artigo de sua lavra, o autor (e coautores, se houver) assume(m), por esse ato, a responsabilidade exclusiva pela integralidade do conteúdo da obra de sua autoria. Dessa forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao seu conteúdo serão de sua inteira responsabilidade.

Parágrafo único. Em caso de pluralidade de autores, considera-se solidária a responsabilidade, ressalvadas as provas em contrário.



ISSN 1806-0420

