

SOBRE A COMPARATIVE LEGAL HISTORY E ARREDORES*

ABOUT COMPARATIVE LEGAL HISTORY AND ITS SURROUNDINGS

Luigi Lacchè**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo propor que a história do direito comparada seja uma frente de trabalho inerente ao historiador do direito em um contexto de “globalização jurídica”. O autor demonstra que, há tempos, a historiografia jurídica tem a comparação na sua essência. Esta é, junto com o direito comparado, um campo de estudos muito apto a propor chaves de leitura em um contexto como o atual. Para tanto, o historiador do direito deverá “atualizar” o seu aparato, de modo a empregar de maneira problemática o conceito de cultura jurídica, repensar categorias como transplants e similares e superar o eurocentrismo.

ABSTRACT: The article aims to propose comparative legal history as a workshop inherent to the legal historian in a context of “legal globalization”. The author shows that legal historiography has been essentially comparative. Legal history is, along with comparative law, a field of study very capable to propose reading keys in the contemporary context. In order to do so, the legal historian must “update” his apparatus, employing in a problematic way the concept of legal culture, rethinking categories such as transplants and analogous ones and overcoming Eurocentrism.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. História do Direito Comparada. Globalização Jurídica. Historiografia.

KEYWORDS: Legal History. Comparative Legal History. Legal Globalization. Historiography.

SUMÁRIO: 1. A minha geração. 2. *Comparative legal history*: disciplina “autônoma” ou canteiro de trabalho e laboratório de experimentação? 3. Sobre o binômio história e comparação: interconexões, paradigmas, visões. 3.1. Espaço-temporalidade e geopolítica do direito. 3.2. Repensar categorias e conceitos em perspectiva transnacional: para uma história do direito capaz de “habitar a fronteira”. 3.3 Para o uso de uma ideia de cultura jurídica ampla e problemática. Conclusões. Referências.

5

1 A MINHA GERAÇÃO

Não são muitas as ocasiões, na Itália, para discutir, de forma renovada e com propósitos mais orgânicos, sobre o binômio antigo “história e comparação (do direito)”. Este Seminário de Ferrara, organizado com méritos por Alessandro Somma e Massimo Brutti, oportuniza, portanto, uma chance rara, prefigurando a abertura, realmente desejável, de “um estudo pluridisciplinar (que é o primeiro passo em direção à efetiva comunicação entre disciplinas)”¹.

O binômio aqui evocado, que eu entendo quase como “pré-compreensão” cultural, considero-o parte integrante do meu percurso de formação e companheiro de viagem ao enfrentar o *métier d'historien du droit*. Eu me formei na segunda metade dos anos oitenta do século passado, depois que a historiografia jurídica tinha aberto um significativo itinerário de

* Publicado originalmente em: LACCHÈ, Luigi. Sulla comparative legal history e dintorni. In: BRUTTI, Massimo; SOMMA, Alessandro (a cura di). *Diritto: storia e comparazione*. Nuovi propositi per un binomio antico. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2018. p. 245-259. Tradução da língua italiana por Ricardo Sontag (PPGD-UFGM) e Diego Nunes (PPGD-UFSC).

** Professor catedrático de História do Direito Medieval e Moderno da Universidade de Macerata (Itália).

¹ Assim descrito no breve documento propeidético proposto pelos organizadores do Seminário.

renovação, especialmente a partir do início dos anos setenta, para superar dois arriscados “isolamentos”: do historiador-jurista em relação às ciências sociais e do jurista-historiador em relação aos juristas positivos². A erudição fim em si mesma, e, por outro lado, a “politicidade” de operar no âmbito intelectual, bem como a dogmática perfeitamente fechada em um positivismo exangue e indiferente às mudanças sociais, políticas e econômicas, foram os principais terrenos de discussão crítica. Naquele contexto, a comparação foi vista pelos historiadores mais como “problema”, como “estímulo”, do que como linguagem formalizada e como “método”.

A história do direito “nacional” – no âmbito de uma historiografia que tinha trabalhado fortemente, no segundo pós-guerra, sobre o legado espiritual do *ius commune* como tradição de valência continental – não teve particulares dificuldades em seguir, como em uma contracanto, a experiência contemporânea de “construção da Europa” que, da dimensão econômica, parecia poder tomar o caminho da dimensão política e “constitucional”. Os manuais nos dão vários indícios disso³ e, em 2000, a disciplina deixou para trás, conseqüentemente, a adjetivação *risorgimentale* que evocava a marca originária da “italianidade”⁴ para privilegiar o registro “neutro” da historiografia geral (medieval, moderna, contemporânea). O processo de construção da Europa abria os horizontes, naquela fase, em direção a um “novo” espaço que, desde o primeiro pós-guerra, era visto como o cenário necessário para recompor o mosaico das histórias nacionais e a plataforma cultural comum para retomar o caminho interrompido dramaticamente pelos terríveis eventos bélicos. Enquanto isso, a formação do jurista permaneceu, na Itália (e não só), em boa parte, “nacional”, mas os germens de “abertura” produziram alguns resultados significativos, tanto na pesquisa como nos manuais.

Nos meus trinta anos de atividades de formação, de pesquisa e de ensino muitas coisas mudaram.

A historiografia ampliou enormemente os seus horizontes temáticos e de conteúdo, mesmo permanecendo prevalentemente dentro dos limites da *Western Legal Tradition*. A história já alcançou a contemporaneidade; o tradicional baricentro “medievalista” e a dimensão

² Cfr. em particular Cappellini (2009, p. v–xxvii), Storti (2013, p. 9–31), Cernigliaro (2013, p. 293–323), percorrendo o itinerário e em particular a atividade de quarenta anos do florentino “Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno”.

³ Grossi (1993).

⁴ Sobre o conceito histórico-jurídico de “direito italiano” ver a análise de Costa (2013) e a reconstrução de Spinosa (2013).

do *ius commune* abrandaram-se até demais; as histórias de base nacional conheceram, como já dito, uma forte projeção europeia; o antigo domínio da história do direito privado teve que prestar contas com a incidência crescente das formas de poder público ou para-público de regulação, controle e direcionamento. Nos meus exórdios, um jurista estudava e falava, prevalentemente, alemão e francês; no último decênio, explodiu, vinculado ao tema da comunicação científica e da própria “geopolítica” do direito, o fenômeno da anglicização que simplifica, por um lado, o trabalho da comunidade que se tornou, nesse meio tempo, global, mas que coloca questionamentos sobre o futuro das mentalidades “locais” e da profundidade intelectual dos trabalhos publicados na língua-mãe. Todos esses fenômenos encontraram um ponto de convergência no debate e nas transformações concretas evocadas pela categoria excessivamente genérica de globalização jurídica. Uma parte da história do direito não permaneceu fechada e começou a se confrontar com mundos “outros”, passando pelos estudos pós-coloniais e abrindo novos canteiros de pesquisa e de confronto.

Nesse percurso “geracional” não posso deixar de reconhecer muitos traços que marcaram o meu específico canteiro de trabalho. Penso na comparação com o direito francês, que se tornou um terreno para analisar as origens e o desenvolvimento de uma grande experiência de modernização, que atravessaria amplamente os confins⁵ nacionais. E no fato que, nos últimos vinte e cinco anos, a história constitucional comparada, entre Itália, França, Bélgica e Suíça, tem sido o meu terreno privilegiado para colocar a prova o binômio “história e comparação”⁶. Compilando, em 2016, os artigos publicados a partir de 1995, pude constatar, quase *ex-post*, o sentido de uma experiência de pesquisa, no geral, orgânica. Mais do que nunca eu percebo que uma história constitucional comparada, em contextos históricos situados, mas em perspectiva global, pode nos ajudar a decifrar melhor os dois mais importantes fenômenos do nosso tempo: por um lado, avaliar a identidade e a substância constitucional de um núcleo vivo de tradições constitucionais europeias; por outro lado, considerar a história constitucional como um instrumento útil e chave de leitura para enfrentar os diferentes níveis e desafios do chamado constitucionalismo global⁷.

2 COMPARATIVE LEGAL HISTORY: DISCIPLINA “AUTÔNOMA” OU CANTEIRO

⁵ Lacchè (1993), (1994), (1995a), (1995b), (1996a), (1996b) e (1998).

⁶ Lacchè (2016a).

⁷ Sobre este fenômeno dos últimos vinte anos, remeto a Lacchè (2016b).

DE TRABALHO E LABORATÓRIO DE EXPERIMENTAÇÃO?

Os historiadores – costuma-se dizer – viajam no tempo, os comparatistas no espaço, mas a dimensão histórica está amplamente presente para o comparatista, e a espacial, através dos métodos da comparação, para o historiador. São célebres a máxima de Frederic William Maitland (não por acaso, um escritor inglês) segundo a qual “*history involves comparison*”⁸ e a sua inversão (“*comparison involves history*”)⁹, sugerido com perspicácia por Gino Gorla, provavelmente o “mais historiador” dos comparatistas italianos. Repeti-lo talvez o faça cair na banalidade, mas a questão é séria. Diversas historiografias enfrentaram o tema¹⁰ e sublinharam os erros de configuração e os problemas de “comunicação”¹¹; inclusive no caso italiano, para além das exceções e dos bons propósitos que nunca faltam, não é possível afirmar que o diálogo entre os historiadores e os comparatistas tenha sido particularmente significativo, nem mesmo nos últimos anos quando, no âmbito internacional e especialmente no europeu, o debate assumiu uma notável amplitude. Com os comparatistas, por um lado, muito autocentrados e absortos pelo seu imponente *Methodenstreit*¹², os historiadores do direito empenhados na “defesa” - às vezes meramente declamatória – de uma disciplina ameaçada por vários lados.

Em julho de 2009, moveu os seus primeiros passos, em Valência, a ideia de dar vida a uma *European Society for Comparative Legal History*. Em agosto de 2009, aconteceu, na Universidade de Lund, um seminário sobre história jurídica comparada, e, em particular, sobre as experiências e perspectivas no campo do ensino universitário. A ideia do seminário nasceu em Ottawa quando do encontro anual da *American Association of Legal History*. Naquele momento, “*the European participants concluded that there was a need for an internal discourse on Comparative Legal History in Europe*”¹³. O Seminário de Lund foi a oportunidade para confrontar e avaliar as experiências já existentes de ensino da história do direito em chave comparatista. “*The acceptance of the invitation to this workshop*” – escreviam os organizadores

⁸ Maitland (1911) 488.

⁹ Gorla (1964, p. 930). E: «Il comparatista deve guardare il diritto con occhi simili a quelli dello storico» (Gorla, 1964, p. 930 e 932).

¹⁰ Em âmbito americano Donahue (1997, p. 1–17), Reimann, Levasseur (1998); em 1998, um dos temas centrais discutidos na XXXIII Conferência dos historiadores do direito alemães foi a relação entre o direito comparado e a história jurídica. As contribuições de Reimann, Luig, Graziadei, Cordes, Ewald, Johnston (1999) foram publicadas na *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.

¹¹ Gordley (2008).

¹² Para uma análise crítica da hodierna identidade do comparatista, ver Somma (2014).

¹³ Modéer, Nilsén (2011, p. 9).

na Introdução – “demonstrated the need for legal historians to discuss how to handle the concepts of time and space in relation to law in our time when legal education and its curriculum are discussed and changed – more frequent than ever”¹⁴.

Kiell Modéer chamava a atenção para o contraste entre as mudanças “macro” das últimas décadas (a expansão do direito internacional; o fim da “guerra fria”; o variado fenômeno das migrações pós-coloniais; o conceito de direitos humanos), o desenvolvimento do “polcentrismo” e o monolitismo dos sistemas jurídicos nacionais: “From a legal science perspective is developed an increasing schizophrenia between the national homogeneous monolithic legal system and its identity within the legal community on one hand and the claims from the diasporas on the other. In that respect we all are aware of the current conflicts between secular and religious legal systems within family law. How to handle multiculturalism is an essential part of the discussions for this workshop”¹⁵. A história jurídica comparada “reemergiu” como desafio aos conceitos da modernidade¹⁶, dominados por muito tempo, inclusive no nível cognitivo, por uma ideia geral e abstrata de Estado-nação¹⁷ e pela normatividade identificada com a lei em sentido formal. Nesse contexto cultural, o direito comparado e a história do direito estavam fadados a “perder” o confronto com as outras ciências sociais. “In the current late modernity, however, comparative law and legal history have got a quite new and positive position within legal science”¹⁸. Segundo Modéer, a história do direito e o direito comparado estão envolvidos em um processo de fusão. “The ongoing Europeanization and globalization of the law have resulted in a new legal-meta-sphere, a supranational and transnational dimension of the law, which gives you quite new perspectives of the law”¹⁹. Trata-se de uma perspectiva em que tempo e espaço interagem. Onde as diferenças, as diversidades²⁰ - se realmente são diversidades e não meras “narrações nostálgicas” – tornam-se cruciais na construção de novos paradigmas. Onde o ensino do direito não pode se limitar às dimensões nacionais, mas deve colocar o problema da formação de uma “pluralistic legal mind for the transnational legal world”²¹.

¹⁴ Modéer, Nilsén (2011, p. 9).

¹⁵ Modéer (2011, p. 14).

¹⁶ Para uma reflexão recente, Schiera (2016).

¹⁷ Para uma crítica recente, Glenn (2013).

¹⁸ Modéer (2011, p. 14).

¹⁹ Modéer (2011, p. 16).

²⁰ Meccarelli (2016); sobre o conceito de *global difference*, ver Augusti (2016, p. 34ss.).

²¹ Neste sentido, Husa (2009, p. 914; 925). Cfr. também Chesterman (2009).

Esse tipo de visão encontrou na *European Society for Comparative Legal History* (ESCLH), fundada em Haia em dezembro de 2009, um início de *networking* animado por estudiosos de proveniência diversa, interessados em desenvolver reflexão metodológica e práticas de pesquisa centradas no binômio história e comparação. A cada dois anos a Sociedade organizou, com crescente sucesso e número de participantes, uma conferência internacional (Valencia 2010, Amsterdam 2012, Macerata 2014, Danzig 2016). Em 2013, a *European Society* promoveu o nascimento de uma revista internacional pela Hart (depois, o editor tornou-se a Routledge) com o título *Comparative Legal History*. Um *blog*, bem construído e dinâmico, que coleta informações de vários tipos (bibliográficas, congressos, *links* com outros *sites* e outras redes de pesquisa) representa um ponto de referência útil.

No interior desse “movimento” podemos situar uma parte da reflexão e do debate internacional em ato sobre a *comparative legal history*. O que a história comparada enfatiza nesta “nova” fase é a necessidade “sistêmica” de superar a concepção do direito como fenômeno que os juristas governam privilegiando as fronteiras nacionais. Ela se apoia em ideias e propostas culturais que, ao longo do século XX, modificaram a persistente concepção oitocentista do direito. Entre os desafios²², há o chamado para a necessidade de superar o nacionalismo historiográfico e a “segregação” geográfica da história do direito. Um dos objetivos da *European Society* é estimular a pesquisa histórico-comparada “*from two or more legal traditions*”. O ponto de partida é aquele, já evocado, que aproxima *naturaliter* historiadores e comparatistas: “*Comparatists and legal historians are both travellers: the one in space, the other in time. By necessity, both always look beyond present borders and boundaries, including those of our national legal systems, themselves products of past and place*”²³. Os historiadores do direito e os comparatistas deveriam valorizar mais as suas inerentes vocações de cultivar uma visão pluralista e culturalmente rica do fenômeno jurídico. A Sociedade nasceu, sim, na Europa, mas para observar horizontes mais vastos, levando em consideração a “*complexity of the various Western legal traditions world-wide*” e com o objetivo de estudar “*other laws and law-like normative traditions around the globe*”²⁴.

²² Neste sentido Ibbetson (2013, p. 1–11). E: «Just as an understanding of the modern law cannot but benefit from knowing how things are done elsewhere, and beyond that from a sophisticated comparison between different systems, so an understanding of legal history can only benefit from a transcending of national or systemic boundaries» (Ibbetson (2013, p. 1–2).

²³ Donlan, Masferrer (2013, p. iii).

²⁴ Donlan, Masferrer (2013, p. iii).

A ambição da história do direito comparada é ser mais do que uma “somatória” ou uma combinação artificial de dois métodos e de duas disciplinas. O objetivo é, antes de mais nada, compreender melhor o desenvolvimento de temáticas jurídicas em dois ou mais contextos, no tempo e no espaço, para operar uma reconstrução “unitária” (Agustin Parise). No volume *How to teach comparative legal history* muitas das contribuições situam o tema no interior de experiências concretas de ensino da história do direito em perspectiva europeia e comparada²⁵. Sobretudo, são as realidades nacionais menores e “periféricas” quem dão crédito a essa perspectiva²⁶, enquanto as historiografias “fortes”, “hegemônicas”, pelezaram para colocar em discussão o paradigma nacional²⁷. Um dos aspectos fundamentais diz respeito à insuficiência dos “standards” que fundam as narrações do direito europeu “German-”, “French-” ou “Italian-oriented”. Tais histórias deixam de fora ou, pelo menos, marginalizam tudo aquilo que não corresponde ao “standard” ou ao cânone literário. A ênfase posta na tradição do *ius commune* já coloca problemas de enquadramento nas três histórias nacionais evocadas, imaginem em um panorama mais vasto. “The legal historical agenda, or menu, is set by the centre, which can sometimes be irritating to colleagues working outside the core countries”²⁸.

11

A perspectiva comparativa é indispensável para o historiador. Muitos fenômenos jurídicos das tradições ocidentais não podem ser compreendidos somente através da perspectiva nacional. A comparação é parte integrante do estatuto epistemológico (e vice-versa) da história do direito e acrescentar o adjetivo “comparada” seria quase tautológico se esse “ingrediente indispensável” tivesse sempre recebido a devida atenção²⁹. Praticar a história comparada não é simples, ela precisa, entre outras coisas, de uma base de pesquisas centradas na *Historical comparison of laws*³⁰. As reflexões dos últimos anos sobre a *comparative legal history* tendem, em alguns casos, a postular o caráter de “disciplina autônoma”, como evolução, na época da globalização, da história do direito “nacional”. Ainda que compreensível, tal operação corre o

²⁵ Sunnqvist (2011, p. 71–76), Heirbaut (2011, p. 93–105), van Rhee; van der Meer (2011, p. 143–155), Petersson Hjelm (2011, p. 157–169), Nilsén; Häthen (2011, p. 171–184), Michalsen (2013, p. 131–138).

²⁶ Pihlajamäki (2011, p. 39–45).

²⁷ Mas sobre o tema da formação do jurista em uma perspectiva “stateless” v. Dedek; van Praagh (2016).

²⁸ «A much more serious problem is that the heavily centralised agenda of comparative legal history works, despite what I just said, for the benefit of the periphery – and for its benefit only. The agenda forces the peripheral legal historians to consider how their legal past differs from the centre’s legal past, but it rarely forces the centre to rethink their own legal histories from a larger perspective» (Pihlajamäki, 2015, p. 126–127). E são considerações que não valem apenas para o contexto europeu.

²⁹ Cfr. Masferrer (2011, p. 122–123).

³⁰ Löhnig (2015, p. 113).

risco de identificar dogmaticamente e de “formalizar” em chave sistemática uma espécie de “dever ser” que contradiz a riqueza da reflexão e a sua vocação “experimental”³¹, como demonstrado pelas experiências didáticas mais orientadas em perspectiva comparativa.

Tal debate não teve na Itália uma recepção real. São pouquíssimos os historiadores e os comparatistas que aderiram à *European Society* e que tomaram parte nas conferências bienais. Estamos somente no começo. Nesta fase, a história do direito comparada deve ser considerada, a meu ver, antes de mais nada como laboratório de reflexão, “espaço de fronteira”³², com contornos ainda pouco definidos, onde se possa experimentar um diálogo aberto e construtivo. A reflexão iniciada até aqui parece ter trazido à luz, pelo menos, três grandes temas que se tornarão, cada vez mais, a “normalidade” do ofício do historiador do direito. Refiro-me à crescente necessidade de colocar o próprio objeto de pesquisa (propriamente comparativo ou mesmo somente “nacional” ou “local”) em um contexto internacional³³; à *comparative legal history* como terreno concreto de prática historiográfica interdisciplinar e transdisciplinar; à espaço-temporalidade como dimensão da complexidade do jurídico no século XXI.

12

3 SOBRE O BINÔMIO HISTÓRIA E COMPARAÇÃO: INTERCONEXÕES, PARADIGMAS, VISÕES

Na perspectiva desses macrotemas, o historiador do direito não pode deixar de se colocar a seguinte pergunta de evidente relevância estratégica: qual história do direito praticar em um mundo globalizado que colocou em crise (mas, certamente, não superou) o paradigma estatocêntrico e a persistente visão ocidentocêntrica?³⁴ É nessa perspectiva que deve ser recolocado o tradicional binômio “história e comparação”? Provavelmente, esse é um dos contextos que deve ser privilegiado: ele atribui à “nova” história do direito comparada um significado ulterior em uma função de estímulo para que lidemos melhor com os vários níveis de complexidade que caracterizam o nosso tempo.

3.1 Espaço-Temporalidade e Geopolítica do Direito

³¹ «We should not become obsessive about defining disciplinary boundaries now that we have finally managed to start removing them» (Pihlajamäki, 2014, p. 121).

³² Sobre a metáfora cultural da fronteira, ver B. de Sousa Santos (1995, p. 574–576).

³³ Neste sentido, Pihlajamäki (2014, p. 129–130; 2015, p. 130; 132).

³⁴ A análise mais aprofundada sobre o fenômeno da *Global Legal History* está em Duve (2016).

Na era da máxima interconexão em nível planetário, as dimensões do tempo e do espaço adquiriram uma “visibilidade” epistemológica conjunta que, durante muito tempo, permaneceu, em geral, “dividida” entre historiadores e geógrafos³⁵. Os estudos pós-coloniais³⁶ - e, por outro ângulo, os estudos críticos sobre história do direito internacional – contribuíram para desconstruir a ideia e as representações, reais ou somente imaginadas, do território, das fronteiras, das identidades. Partindo do “externo” e do “outro”, foi possível “ver” melhor a dimensão espaço-temporal “metropolitana” como fator constitutivo da politicidade e da própria ideia de soberania e de domínio. Tal percepção mais profunda do vínculo espaço-tempo é um dos terrenos de “chamamento” em relação às ciências sociais exatamente porque demanda instrumentos interdisciplinares³⁷.

Tal visão permitiu enfrentar de maneira inovadora dois dos grandes temas simbólicos da modernidade: a concepção estatocêntrica do político e a visão newtoniana ou cartesiana, linear, da espacialidade³⁸. “*What are – questiona Pietro Costa – the improvements a ‘spacing history’ affords to the frame of the instruments of the historical research? How can a better awareness of spatial and temporal coordinates sharpen the cognitive instruments of the historian?*”³⁹. A “revolução” espaço-temporal determinada pela globalização não pode deixar de envolver também o historiador do direito. A “*spacing history*” demanda novas perguntas e exige, também, uma reorientação dos instrumentos de trabalho. A “geopolítica do direito”⁴⁰ é uma reflexão crítico-filosófica sobre a construção do direito como espaço identificado por lugares de poder por corpos políticos. Portanto, a história do direito, certamente, não pode permanecer imune ao fenômeno da *transnationalization*.

Ter em conta as profundas transformações que estão ocorrendo em nível global não significa, como já foi justamente observado, abandonar a perspectiva tradicional dos estudos em nível regional e local. Eles são fundamentais e, ainda, adquirem uma relevância ulterior se interconectados com a dimensão mais vasta⁴¹. A dimensão vinculada aos Estados nacionais

³⁵ Veja-se a eficaz e completa reconstrução do tema em Costa (2016, p. 27–33).

³⁶ Para uma síntese, ver Costa (2013, p. 272–282).

³⁷ Para um panorama da questão, ver Meccarelli; Solla Sastre (2016).

³⁸ Costa (2016). Mas veja-se também Modéer (2013, p. 337–347).

³⁹ Costa (2016, p. 33–34).

⁴⁰ Monateri (2013). Veja-se Costantini (2011) e Somma (2014, p. 70–75).

⁴¹ «Continuing research on our own legal tradition has even greater importance if trans- national legal historical scholarship has to function, as such scholarship relies on integrating different traditions. Thus, we have to revisit and reconstruct our past and repeatedly renew our connection to it for a successful transnational dialogue on

(prevalentemente europeus) representa, olhando bem, a experiência dos últimos séculos. Primeiro, do mundo antigo à idade moderna, os horizontes de organização do poder e do direito basearam-se em concepções de tipo religioso, cidadinas, imperiais, mas não “estatais” no sentido próprio do termo. Estudar o direito em chave global significar ter presente essas diferenças e a incrível combinação de relações entre essas várias ideias e formas de normatividade. A era dos Estados não pode deixar de ser lida, por sua vez, em uma perspectiva global.

3.2 Repensar Categorias e Conceitos em Perspectiva Transnacional: Para Uma História do Direito Capaz de “Habitar a Fronteira”

Então, é nesse nível da reflexão internacional que é preciso colocar a *comparative legal history*. As categorias, os conceitos, os princípios, os métodos que os historiadores do direito estão habituados a empregar na prática de pesquisa devem ter em conta “medidas” que a globalização introduziu rapidamente. O contexto ultranacional e transnacional do debate sobre história comparada, portanto, é um primeiro ponto de força porque contém em si aquilo que frequentemente falta na historiografia nacional ou regional quando ignora a relevância do fenômeno⁴². Tal abordagem, certamente, não é desconhecida da melhor historiografia, mas trata-se de potencializar essa “atitude” e ampliar, onde isso faça sentido, os horizontes espaciais.

Na lógica do paradigma estatocêntrico, os confins são instrumentos de identificação, de separação e de distinção interno-externo. A época do direito transnacional, por sua vez, traz a marca de vários fenômenos de migração e da objetiva permeabilidade dos confins (não obstante os muros alçados). Da mesma forma, a “reação” de tipo hostil, que apela para formas de renacionalização dos espaços políticos e de retraditionalização identitária do direito coloca sempre em causa a questão do “direito em movimento”⁴³. A circulação das pessoas e a circulação do direito (e dos direitos) é um tema antigo que a idade contemporânea das interconexões desenvolveu e transformou enormemente. Uma história do direito capaz de

fundamental issues: A Global Legal History needs local legal histories and the analytical traditions corresponding», Duve (2014, p. 38).

⁴² Menkel-Meadow (2011), Cairns (2012).

⁴³ Ver Meccarelli; Palchetti (2015).

“habitar a fronteira”, isto é, o tempo e o espaço da transição⁴⁴, aberta à dimensão dinâmica da circulação, dos fluxos de normas, saberes, práticas, poderia corresponder melhor aos desafios da espaço-temporalidade.

Por isso, as categorias utilizadas pela história comparada do direito não podem permanecer incólumes. Categorias desgastadas como, por exemplo, circulação, recepção, tradução, imitação, *transplant*, *transfer*, devem ser repensadas, adaptadas, reorientadas à luz das profundas transformações que intervieram. A “caixa de ferramentas” que, em muitos aspectos, o comparatista e o historiador compartilham, pode continuar a “servir” se tais categorias forem “redimensionadas” para escalas e problemas que emergiram nas últimas décadas. Historiadores e comparatistas são, na maior parte dos casos, críticos de qualquer concepção meramente positivista-formalista do direito⁴⁵. Por estatuto epistemológico (que se funda, sobretudo, na relatividade da vida do direito em tempos e espaços fenomenologicamente determinados e concretos) eles estão (ou deveriam estar) do lado do antiformalismo, do “pluralismo jurídico”, do questionamento das certezas herdadas da tradição. Entendida como categoria da multiplicidade do fenômeno jurídico ou, como propôs, em particular, Thomas Duve, da “multinormatividade”, ela representa uma válida fonte estratégica para se orientar entre os novos mapas do direito transnacional⁴⁶.

Quanto mais as sociedades se tornam heterogêneas, multiculturais e multiconfessionais⁴⁷, mais a regra jurídica está sujeita a formas de hibridação e de “entrelaçamento”. O conceito de *local*⁴⁸ representa bem esse fenômeno que penetra as estruturas profundas, os estratos da cultura jurídica em nível global. Os historiadores do direito estão habituados a trabalhar com diversas ordens jurídicas e com níveis diversificados, estudando como eles emergem, interagem e se transformam. A perspectiva das *mixed legal cultures* é desestabilizadora para o jurista rigidamente vinculado ao direito positivo nacional da

⁴⁴ Aqui, passando da dimensão fenomenológica para a epistemológica da história jurídica: «un luogo dai confini incerti, mobili, sempre soggetti a essere rintracciati; un luogo di passaggio, talvolta oscuro ed insidioso, che si vorrebbe costantemente superare con la speranza di poter dimorare in una nuova terra da rivendicare come la propria terra, e che tuttavia sempre di nuovo ci avvolge, ci fa indugiare nel rischio del non-proprio [...]», (Tarditi, 2012, p. 15).

⁴⁵ Para o ponto de vista comparatista, ver Somma (2014, p. 5–12).

⁴⁶ «Rather than describing the advent of globalisation as an end-point of legal development, the transnational perspective seeks to deconstruct the various law-state associations by understanding the evolution of law in relation and response to the development of “world society”», Zumbansen (2010, p. 1).

⁴⁷ Modéer (2014).

⁴⁸ Fundamental aqui é Duve (2014b; 2014c).

modernidade, mas não para o historiador e nem para o comparatista. Os *mixed legal systems*⁴⁹ são evocados, com as suas diferentes medidas e formas de hibridação⁵⁰ e de contaminação, como “um outro modo” de conceber o direito para além do paradigma monista, mas, também, como possíveis laboratórios que prefiguram cenários futuros em escala regional ou global. Para o historiador, isso significa “reapropriar-se” de espaços vitais e de categorias “antigas” para interpretar um presente complexo e inquieto. Este paradigma histórico-comparativo dirige-se mais para o estudo das diferenças antropológicas e culturais⁵¹ do que para as “semelhanças”⁵². Ele deve ter em conta formas e ideias alternativas de normatividade. O processo de “recentralização” das abordagens, para a história do direito, representa visões antropológicas, culturais e históricas do direito produzidas em áreas geográficas outrora consideradas somente “periféricas”, meramente “receptivas”, da *Western Legal Tradition*. As investigações conduzidas a partir de diferentes perspectivas, mas, partindo de uma consciência crítica comum acerca da necessidade de repensar o percurso unidirecional das categorias (do Ocidente e da Europa em direção a outras partes do mundo)⁵³, ressemantizando conceitos como tradição, *legal transplant* ou recepção.

A comparatística reflete criticamente há anos sobre as próprias taxonomias. Já estamos distantes da concepção “antiga” de comparação como “coletânea de selos” ou, como no caso do entomólogo, de insetos: “*you lined up juridical concepts and solutions by assigning them a place and a rank, statically and without concern for the living relationships which could be established between the entities thus juxtaposed*”⁵⁴. Famílias, tradições, sistemas são somente alguns dos conceitos que, ao longo tempo, sofreram uma revisão crítica ou foram enriquecidos com ulteriores e importantes especificações funcionais. Todavia, o confronto estava prevalentemente no interior do “campo” ocidental. O ponto de observação não podia deixar de ser, com as devidas exceções, daquele que olha do “centro” para as “periferias”, os “outros mundos”⁵⁵, instaurando hierarquias e formas de recepção passiva. A mudança de paradigma da globalização introduziu novos ângulos visuais. Os mecanismos de transplante, transferência,

⁴⁹ Örüçü; Attwooll; Coyle (1996), Örüçü; Esin (2008), Palmer; Mattar; Koppel (2015).

⁵⁰ Mas sobre o mais amplo conceito de *hybridity* e as diferenças em relação ao *legal pluralism*, ver Donlan (2015, p. 169–170).

⁵¹ Meccarelli (2016).

⁵² Para uma síntese do debate comparatista, Dannemann (2006).

⁵³ Duve (2014d), McCarty (2014, p. 284).

⁵⁴ Ost (2015, p. 75).

⁵⁵ Para uma reconsideração crítica, ver Somma (2003, 2015).

enxertos, empréstimo, imitação, assimilação, recepção foram colocados em discussão nas suas aplicações mais mecânicas, simplificadoras, e claramente orientadas para as mais diversas finalidades⁵⁶. Todos esses fenômenos – que podemos incluir, em certos sentidos, no conceito de “tradução” – são complexos, estão relacionados com processos sociais materiais e imateriais, visíveis e invisíveis⁵⁷.

3.3 Para o Uso de Uma Ideia de Cultura Jurídica Ampla e Problemática

É nesse contexto que uma noção ampla, heterogênea e inclusiva de *cultura jurídica*⁵⁸, capaz de integrar, como problema, sem separar artificialmente a prática das profissões jurídicas do método e da teoria do direito, a tradição da mudança, as regras jurídicas das regras sociais e das representações simbólicas, parece particularmente útil – inclusive no terreno da *comparative legal history* – para orientar a história do direito em escala transnacional.

Sempre que se acentua a dimensão do encontro (e, conseqüentemente, do conflito) entre fenômenos jurídicos, reemerge com força a necessidade de valorizar e atualizar uma categoria, tão difícil de definir, como cultura jurídica⁵⁹. A dimensão antropológica e histórica tem um peso relevante na reconstrução de determinada “modo de fazer e viver o direito” que conjugue o aspecto intelectual e o institucional. Tal reflexão valoriza a historicidade e, portanto, a relatividade das experiências jurídicas no tempo e no espaço, vinculando o que pensamos que é o “direito” com valores, crenças, práticas, comportamentos culturais profundos e comportamentos sociais suficientemente estáveis que vivificam estratos, sedimentações, dejetos, estruturas profundas⁶⁰. Esta abordagem tematiza e dá novamente um sentido ao fator dinâmico das culturas jurídicas⁶¹, à interação entre estabilidade e transformação, à vocação para a *leadership*⁶², à mudança que chega “de fora”, mas se entrelaça inevitavelmente com o “dentro”, produzindo efeitos inovadores, bem como (mesmo quando não conseguimos enxergá-

17

⁵⁶ Para o debate sucessivo à obra de Watson (1974) sobre os *legal transplants*, ver os artigos contidos em Nelken; Feest (2001) e Graziadei (2008). Para uma aprofundada reconstrução do debate em uma perspectiva histórico-jurídica, ver Augusti (2016).

⁵⁷ Cfr. as observações de Foljanty (2015, 2016).

⁵⁸ Para o âmbito sociológico, veja-se em particular Nelken (1995), Nelken (1997), Nelken; Feest (2001), Nelken (2007). Sobre as duas visões do conceito de cultura jurídica ver, em síntese, Dauchy (2009).

⁵⁹ Sunde (2010, p. 14; 2011; 2015, p. 222).

⁶⁰ Para um exemplo, ver Lacchè (2010; 2015).

⁶¹ Cfr. Sacco (1991).

⁶² Mattei (1994, p. 213).

los) reações.

CONCLUSÕES

Essas poucas e assistemáticas reflexões me levam a concluir que é preciso responder à pergunta “qual história do direito em um mundo globalizado?” tendo muito presente o “antigo binômio” história e comparação. Este binômio deve estar no primeiro compartimento de uma “caixa de ferramentas” ideal do século XXI, renovada e mais funcional às nossas necessidades atuais. Não se trata, certamente, de abandonar as identidades nacionais e regionais (por que deveríamos fazê-lo?), mas de associá-las melhor entre si, de ver o desenvolvimento delas no interior de uma cultura da interconexão que valorize os campos da “*legal culture*” e que, passe, antes de mais nada, através das diferenças, da alteridade, para detectar os elementos de proximidade e empatia cultural. Muitos conceitos e muitos instrumentos devem ser repensados, como vem sendo feito já há algumas décadas. Seja os historiadores, seja os comparatistas, sentem os perigos da marginalização, senão da irrelevância, mesmo possuindo no DNA “informações genéticas” (historicidade e mudança, espaço-temporalidade, multinormatividade) que o nosso tempo certamente precisa para tentar compreender melhor o que se tornou e para onde está indo o direito. Todavia, para fazê-lo, deveriam contribuir mais, a partir dos seus peculiares ângulos visuais, para as teorias gerais que tentam “representar” as sociedades em transformação, ao debate internacional sobre as fontes do direito no contexto geopolítico atual, à análise crítica da globalização, às formas de desenvolvimento ultranacional do direito. Se o século XXI não pode ressuscitar o século XIX marcado pelo “primado” savignyniano da história do direito quando ela foi a “*nursery of the social sciences*”⁶³, a nossa história jurídica pode realmente contribuir, junto com as outras ciências, *in primis* a comparação, para redefinir e renovar o vocabulário de base, tentando compreender a evolução das ordens jurídicas no seu exuberante emaranhado, em meio a duas tendências contraditórias, a globalização, de um lado, e o retorno (ao menos aparente) ao “soberanismo”. São, portanto, grandes desafios que exigem grandes esforços em termos de inovação e de visão estratégica. Uma impressão parece verossímil: estamos na *last call*?

18

⁶³ Whitman (2004, p. 74).

REFERÊNCIAS

ADAMS; MAURICE; HEIRBAUT, Dirk (a cura di). *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke. Oxford, Portland, 2015.

AUGUSTI, Eliana. Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione. *Forum historiae iuris*, <http://www.forhist.iur/2016-06-augusti>. 2016.

BURDEAU, François (a cura di). *Administration et droit*. Paris, 1996.

CAIRNS, John W. National, transnational and European Legal Histories: problems and paradigms. A Scottish perspective. *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, 5, <http://www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-5>. 2012.

CAPPELLINI, Paolo. I segni dei tempi, Prefazione a Grossi, Paolo, Trent'anni di pagine introduttive. *Quaderni Fiorentini* 1972–2001, Milano, v–xxvii, 2009

Cazzetta, Giovanni (a cura di). *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*. Bologna, 2013.

CERNIGLIARO, Aurelio. La sfida di un perdurante dialogo tra giuristi alla ricerca d'identità. In: SORDI, Bernardo, 293–323, 2013.

CHESTERMAN, Simon. The evolution of Legal Education: Internationalization, Transnationalization, Globalization. *German Law Journal*, 10, 877–888, 2009.

CORDES, Albrecht. Was erwartet die (mittelalterliche) Rechtsgeschichte von der Rechtsvergleichung und anderen vergleichend arbeitenden Disziplinen? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 7, 544–552, 1999.

COSTA, Pietro. Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale. In: Cazzetta, Giovanni (2013), 163–201, 2013.

COSTA, Pietro. Reading Postcolonial Studies: Some Tentative Suggestions for Legal Historians. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 35, 272–282, 2013.

_____. A “spatial turn” for Legal History? A Tentative Assessment. In: MECCARELLI, Massimo; SASTRE, María Julia Solla (a cura di). *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, https://www.rg.mpg.de/gplh_volume_6, p. 27–62, 2016.

COSTANTINI, Cristina. Comparazione giuridica e geopolitica critica. Per una contro-narrativa sulle tradizioni. *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 17, 2011.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? In: REIMANN, Mathias; Reinhard ZIMMERMANN, 382–419, 2008.

DAUCHY, Serge. Ouverture: Histoire des cultures juridiques. Circulations, connexions et espaces transnationaux du droit. *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, 2, <http://www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-2>. 2009.

DEDEK, Helge; VAN PRAAGH Shauna (a cura di). *Stateless Law*. Evolving Boundaries of a Discipline. London, New York 2016

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque, and the South. *Law and Society Review*, 29, 569–584, <https://doi.org/10.2307/3053910>. 1995.

DONAHUE, Charles. Comparative Legal History in North America. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 65, 1–17, <https://doi.org/10.1163/15718199719682042>. 1997

DONLAN, Seán Patrick; MASFERRER, Aniceto. Preface. *Comparative legal history*, 1, 2013.

DONLAN, Seán Patrick. Things Being Various: Normativity, Legality, State Legality, in: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk (a cura di). *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Oxford, Portland, p. 161–175, 2015.

DUVE, Thomas. German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives. *Rechtsgeschichte – Legal History*, 22, 16–48, <http://dx.doi.org/10.12946/rg22/016-048>. 2014a.

DUVE, Thomas (a cura di). *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh1>. 2014b.

_____. Entanglements in Legal History. Introductory Remarks, In: DUVE, Thomas, http://www.rg.mpg.de/1009838/gplh_1_duve-introduction.pdf, 3–25. 2014c.

_____. European Legal History – Concepts, Methods, Challenge. In: DUVE, Thomas, https://www.rg.mpg.de/1009830/gplh_1_duve.pdf, 29–66, 2014d.

_____. Global Legal History – A Methodological Approach, Max Planck Institute for European Legal History. *Research Paper Series*, 4, <http://ssrn.com/abstract=2781104>. 2016.

EWALD, William. Legal History and Comparative Law. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 7, 553–559, 1999.

FISHER, Herbert Albert Laurens (a cura di). *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. 1, Cambridge, 1911.

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. Max Planck Institute for European Legal History. *Research Paper Series*, 9, <http://ssrn.com/abstract=2682465>. 2015.

_____. Translators: Mediators of Legal Transfers. *Rechtsgeschichte – Legal History*, 24, 120–121, <http://dx.doi.org/10.12946/rg24/120-121>. 2016.

GLENN, Patrick H. *The Cosmopolitan State*. Oxford, 2013.

GORDLEY, James. Comparative law and legal history. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard, 753–773, 2008.

GORLA, Gino. Diritto comparato. *Enciclopedia del diritto*, vol. 12, Milano, 1964.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 7, 530–543, 1999.

_____. Comparative Law as the Study of Transplants and receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard, 441–475, 2008.

GROSSI, Paolo (a cura di). *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*. Strumenti, destinatari, prospettive. Milano, 1993.

HEIRBAUT, Dirk. European Comparative legal history as a necessity: the Belgian experience, In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per, 93–105, 2011.

HUSA, Jaakko. Turning the Curriculum Upside down: Comparative Law as an Educational Tool for Constructing Pluralistic Legal Mind. *German Law Journal*, 10, 913–928, 2009.

IBBETSON, David/ The Challenges of Comparative Legal History. *Comparative legal history*, 1, 1–11, <https://doi.org/10.5235/2049677X.1.1.1>. 2013.

JOHNSTON, David. Roman Law, Comparative Law and Legal History. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 7, 560–568, 1999.

LACCHÈ, Luigi. “Hygiène publique”, “harmonie”, pratiche urbanistiche nella Francia del XIX secolo. Considerazioni intorno alla legge del 13 aprile 1850 sul risanamento dei “logements insalubres”. *Storia urbana*, 64, 111–150, 1993.

_____. A proposito della legislazione sugli « ateliers dangereux, insalubres ou incommodes ». Scienza giuridica, “industrialismo” e conflitti di vicinato nella Francia del primo Ottocento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 23, 195–246, 1994.

_____. L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento, Milano, 1995.

_____. L'expropriation pour cause d'utilité publique, la propriété et les garanties constitutionnelles dans la France révolutionnaire. In: MARTUCCI, Roberto (a cura di). *Constitution & Révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776/1815)*, Macerata, 509–535, 1995b.

_____. *Administration et expropriation pour cause d'utilité publique en France (1810–1870): problèmes et solutions*. Burdeau, François, 112–122, 1996a.

_____. Regard outre-Manche: le jury spécial d'expropriation et les logiques du droit administratif français au début du 19 siècle. *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, 8, 135–151, 1996b.

_____. Argumente, Klischees und Ideologien: Das „französische Verwaltungsmodell“ und die italienische Rechtskultur im 19. Jahrhundert. In: SCHULZE, Rainer, 295–313, 1998.

_____. Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39, 153–228 (trad. in tedesco (2014) Der eklektizistische Kanon. Auf der Suche nach einer “Tiefenschicht” der italienischen Rechtskultur des 19. Jahrhunderts, mit einer Einleitung von Hans Schlosser, Berlin), 2010.

_____. Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e Italian style tra '800 e '900. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 6, 233–268, 2015.

_____. History & Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative experience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19th–20th centuries), Frankfurt am Main, 2016a.

_____. Rethinking Constitutionalism between History and Global World: Realities and Challenges / Ripensare il costituzionalismo tra storia e mondo globale: realtà e sfide. In: LACCHÈ, Luigi; SCUCCIMARRA, Luca (a cura di). Ripensare il costituzionalismo nell'era globale / Rethinking constitutionalism in the global era. Numero speciale del *Giornale di storia costituzionale* / *Journal of Constitutional History*, 32, 5–31, 2016b.

LACCHÈ, Luigi; SCUCCIMARRA Luca (a cura di), Ripensare il costituzionalismo nell'era globale / Rethinking constitutionalism in the global era. Numero speciale del *Giornale di storia costituzionale* / *Journal of Constitutional History*, 32, 2016c.

LINDSKOUG, Patrick et al. (a cura di). *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund, 2013.

LÖHNIG, Martin. Comparative Law and Legal History: A Few Words about Comparative Legal History. In: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk (a cura di). *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Oxford, Portland, 113–120, 2015.

LUIG, Klaus. Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 7, 521–530, 1999.

MCCARTY, Philip C. Globalizing Legal History. *Rechtsgeschichte – Legal History*, 22, 283–291, <https://doi.org/10.12946/rg22/283-291>. 2014.

MAITLAND, Frederic William. Why the History of English Law is Not Written. FISHER, Herbert Albert Laurens, 1911.

MARTUCCI, Roberto (a cura di). *Constitution & Révolution aux États-Unis d'Amérique et en*

Europe (1776/1815). Macerata, 1995.

MASFERRER, Aniceto. Spanish legal history: a need for its comparative approach. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per, 107–123, 2011.

MATTEI, Ugo. Why the Wind Changed: intellectual leadership in western law. *American Journal of Comparative Law*, 42, 195–218, <https://doi.org/10.2307/840732>, 1994.

PALMER, Vernon Valentine, MATTAR Mohamed Y., Anna KOPPEL. *Mixed legal systems, East and West*. London, 2015.

MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo (a cura di). *Derecho en Movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*. Madrid, archivo.uc3m.es/bitstream/id/92449/derecho_HD33_2015.pdf. 2015.

MECCARELLI, Massimo (a cura di), Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione. Madrid, http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/23792/diversita_hd48_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y. 2016.

MECCARELLI, Massimo; SASTRE, María Julia Solla (a cura di). *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History*. Research Experiences and Itineraries. Frankfurt am Main, https://www.rg.mpg.de/gplh_volume_6. 2016.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. *University of California Irvine Law Review*, 1, 97–129, 2011.

MICHALSEN, Dag. What is legal history in Norway? In: SORDI, Bernardo, 131–138, 2013.

MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per (a cura di). *How to teach European Comparative Legal History*. Workshop at the Faculty of Law. Lund University 19–20 August 2009. Lund, 2011.

MODÉER, Kiell Å. Is European Comparative legal History running wild? From function and texts to perspectives and contexts. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per, 13–19, 2011.

MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per. Introduction. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per, 9–10, 2011.

MODÉER, Kiell Å. Time and Space in Comparative Legal Science: Twins or Aliens? Comparative Law and Legal History from Modern to Late Modern Discourses. In: LINDSKOUG, Patrick et al., 337–347, 2013.

_____. The Deep Structures of European Normativity in a Global Context. *Rechtsgeschichte – Legal History*, 22, 275–281, <https://doi.org/10.12946/rg22/275-281>. 2014.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto*. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici. Roma, Bari, 2013.

NELKEN, David () (a cura di), *Legal Culture, Diversity and Globalization*, special issue of *Social and Legal Studies*, 435–453, 1995.

_____. () (a cura di), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot
Nelken, David, Johannes Feest (2001) (a cura di), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Portland, 1997.

_____. (), *Defining and Using the Concept of Legal Culture*, in: ÖRÜCÜ, Esin, Nelken, David (2007), 109–132, 2007.

NILSÉN, Per; HÄTHÉN, Christian. How to teach European comparative legal history. A Lund Perspective. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per, 171–184, 2011.

ÖRÜCÜ, Esin, Elspeth ATTWOOLL, Sean COYLE () (a cura di), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, London, 1996.

ÖRÜCÜ, Esin (), *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, in: *Electronic Journal of Comparative Law*, 12, <http://www.ejcl.org>. 2008.

ÖRÜCÜ, Esin, David NELKEN () (a cura di), *Comparative Law*, Oxford, Portland, 2007.

OST, François. *Law as Translation*. In: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk (a cura di). *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Oxford, Portland, 69–86, 2015.

PETERSSON HJELM, Ann-Christine. A comparative bridge: challenges in teaching comparative legal history. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per. *How to teach European Comparative Legal History*. Workshop at the Faculty of Law, Lund University 19–20 August 2009. Lund, 157–169, 2011.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. When small is beautiful: teaching comparative legal history in the periphery. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per, 39–45, 2011.

_____. *Comparative Contexts in Legal History: Are We All Comparatists Now?* In: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk (a cura di), *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Oxford, Portland), 121–132, 2015.

POLOTTO, Maria Rosario; KEISER, Thorsten; THOMAS, Duve (a cura di). *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*. Frankfurt am Main, 2015.

REIMANN, Mathias. *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 7, 496–512, 1999.

REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (a cura di). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, 2008.

SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in: *American Journal of Comparative Law*, 37, 1–34, <https://doi.org/10.2307/840669>. 1991.

SCHIERA, Pierangelo. *Storia come modernità*. *Introduzione*, in: *Scienza & Politica*, 28, 9–20, 2016.

SCHULZE, Rainer (a cura di). *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*. Berlin, 1998.

SOMMA, Alessandro. Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica. *Ars interpretandi*, 8, 317–354, 2003.

_____. *Introduzione al diritto comparato*. Roma–Bari, 2014.

_____. Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine. In: POLOTTO, Maria Rosario; KEISER, Thorsten; DUVE, Thomas (a cura di). *Derecho privado y modernización*. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX. Frankfurt am Main, 11–46, 2015.

SORDI, Bernardo (a cura di). *Storia e diritto*. Esperienze a confronto, Milano, <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/104/index.htm>. 2013.

SPINOSA, Alberto. Storia del diritto e costruzione dell'identità nazionale. In: CAZZETTA, Giovanni (a cura di). *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*. Bologna, 341–384, 2013.

STORTI, Claudia. La storiografia giuridica italiana dal 1972 a oggi: stato dell'arte e prospettive. In: SORDI, Bernardo. *Storia e diritto*. Esperienze a confronto, Milano, <http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/104/index.htm>, 9–31, 2013.

SUNDE, Jørn Øyrehagen; SKODVIN, Knut Einar (a cura di). *Rendezvous of European Legal Cultures*. Bergen, 2010.

SUNDE, Jørn Øyrehagen. Legal Cultures Changes in Europe. Teaching Future Prospects on the Basis of Legal History and Comparative Law. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per (a cura di). *How to teach European Comparative Legal History*. Workshop at the Faculty of Law. Lund University 19–20 August 2009, Lund, 47–59, 2011.

_____. Live and Let Die: An Essay Concerning Legal-Cultural Understanding. In: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk (a cura di). *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Oxford, Portland, 221–234, 2015.

SUNNQVIST, Martin. Competing sources of law and the adjudicative power. Advantages of nordic law in a European context and the need of comparative and historical research and teaching. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per (a cura di). *How to teach European Comparative Legal History*. Workshop at the Faculty of Law. Lund University 19–20 August 2009, Lund, 71–76, 2011.

TARDITI, Claudio. *Abitare la soglia*. Percorsi di fenomenologia francese. Milano, 2012.

VAN RHEE, Cornelis Hendrik; VAN DER MEER, Johanna. (). Teaching European Legal History at Maastricht University in the Netherlands. In: MODÉER, Kiell Å.; NILSÉN, Per (a

cura di). *How to teach European Comparative Legal History*. Workshop at the Faculty of Law. Lund University 19–20 August 2009, Lund, 143–155, 2011.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh 1974.

WHITMAN, James Q. Bring back the Glory! *Rechtsgeschichte*, 4, 74–81, <http://dx.doi.org/10.12946/rg04/074-081>. 2004.

ZUMBANSEN, Peer. Transnational Legal Pluralism. *Transnational Legal Theory*, 10, <http://ssrn.com/abstract=1542907>, <https://doi.org/10.1080/20414005.2010.11424506>. 2010.

Submissão: 19/11/2019

Aceito para Publicação: 23/12/2019



NOVOS DESENVOLVIMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: SUAS FONTES, HISTÓRIA E INSTITUIÇÕES

NEW DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: ITS SOURCES, HISTORY AND INSTITUTIONS

Brian D. Lepard*

RESUMO: Este artigo revisa as bases do direito internacional sobre os direitos humanos e as instituições que tentam implementá-lo. Ele apresenta as fontes principais do direito internacional geral, incluso do direito internacional dos direitos humanos. Posteriormente, ele revê a evolução do direito internacional sobre os direitos humanos e os processos pelos quais este direito é criado, interpretado, aplicado, implementado, e às vezes feito cumprir. O artigo explora também as instituições internacionais que visam à promoção do direito internacional dos direitos humanos. Tomando em conta esta revisão, ele considera o futuro incerto do direito internacional dos direitos humanos e das instituições que o promovem à luz de desenvolvimentos políticos e sociais contemporâneos que criam muitos desafios, incluindo o populismo e o nacionalismo. O artigo avalia em particular o funcionamento e o futuro do Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Finalmente, ele propõe uma nova abordagem a estes problemas e discute o potencial de um princípio ético de “unidade em diversidade” para iluminar o caminho a seguir.

ABSTRACT: This article reviews the bases of international human rights law and the institutions that attempt to implement it. It presents the principal sources of general international law, including international human rights law. Next, it reviews the evolution of international human rights law and the processes by which this law is created, interpreted, applied, implemented, and sometimes enforced. The article also explores the international institutions that pursue the promotion of international human rights law. Taking this review into account, it considers the uncertain future of international human rights law and the institutions that promote it in light of contemporary political and social developments that create many challenges, including populism and nationalism. The article assesses in particular the functioning and future of the United Nations Human Rights Council. Finally, it proposes a new approach to these problems and discusses the potential of an ethical principle of “unity in diversity” to illuminate the way forward.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Direito Internacional, Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos

KEYWORDS: Human Rights, International Law, United Nations, Human Rights Council

SUMÁRIO: Introdução. 1 Um panorama geral das fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos 2 Um panorama geral da história do Direito Internacional dos Direitos Humanos 3 Instituições internacionais que visam à promoção do Direito Internacional dos Direitos Humanos 4 O futuro incerto do Direito Internacional dos Direitos Humanos e das instituições que o promovem Conclusão Referências.

INTRODUÇÃO¹

O direito internacional sobre os direitos humanos tem uma importância crescente no mundo atual, no qual as violações da dignidade humana são numerosas e os indivíduos demandam mais e mais frequentemente remédios às violações dos seus direitos

* Harold W. Conroy Distinguished Professor of Law, University of Nebraska College of Law.

¹ Este artigo é baseado nos cursos que lecionei na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (“UFRGS”) como parte dos segundos semestres de inverno em julho de 2016 e em agosto de 2019. Eu agradeço às professoras Claudia Lima Marques e Tatiana de Almeida F.R. Cardoso Squeff pela ajuda na preparação deste artigo e por seus conselhos para escrevê-lo. Agradeço também os editores da revista da Faculdade de Direito que me sugeriram a redação deste artigo. Agradeço particularmente Laís Bergstein, Nicole Rinaldi de Barcellos, e Vinícius Tejedas pelas suas revisões do texto do artigo em português.

internacionalmente reconhecidos e garantidos.² Está se tornando mais importante que os advogados, quaisquer que sejam seus campos de especialidade, obtenham uma compreensão básica deste corpo de direito para incorporá-lo em seus argumentos e práticas jurídicas.³

Neste artigo, reviso as bases do direito internacional sobre os direitos humanos e as instituições que tentam implementar este direito. Primeiramente, apresento as fontes principais do direito internacional geral, incluindo do direito internacional dos direitos humanos. Posteriormente, reviso a evolução do direito internacional sobre os direitos humanos e os processos pelos quais este direito é criado, interpretado, aplicado, implementado, e, às vezes, feito cumprir. Exploro também as instituições internacionais que visam à promoção do direito internacional dos direitos humanos. Tomando em conta esta revisão, considero o futuro incerto do direito internacional dos direitos humanos e das instituições que o promovem à luz de desenvolvimentos políticos e sociais contemporâneos que criam muitos desafios, incluindo o populismo e o nacionalismo. Avalio em particular o funcionamento e o futuro do Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Finalmente, na conclusão, proponho uma nova abordagem a estes problemas e discuto o potencial de um princípio ético de “unidade em diversidade” para iluminar o caminho a seguir.

29

1 UM PANORAMA GERAL DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Atualmente, é muito importante explorar o direito internacional, especialmente o direito internacional dos direitos humanos, porque este campo de direito governa muitas áreas importantes da atividade social e econômica. O direito internacional é uma criação dos Estados

² A respeito do direito internacional dos direitos humanos, veja, por exemplo, ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights: the successor to international human rights in context: law, politics and morals: text and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Acerca dos direitos humanos em geral, de uma perspectiva multidisciplinar, veja CUSHMAN, Thomas (coord.). *Handbook of human rights*. London: Routledge, 2012; FORSYTHE, David P. (coord.). *The Oxford encyclopedia of human rights*. New York: Oxford University Press, 2009. Quanto às novidades concernentes às violações massivas dos direitos humanos no mundo atual, veja, por exemplo, o sítio da Anistia Internacional USA. Disponível em: <<https://www.amnestyusa.org/news/>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

³ Para um exemplo de um manual criado para o uso de advogados trabalhando neste campo, veja HANNUM, Hurst (coord.). *Guide to international human rights practice*. Transnational Publishers, 4th ed. 2004. Veja também STEINHARDT, Ralph G., HOFFMAN, Paul L. e CAMPONOVO, Christopher N. *International human rights lawyering: cases and materials*. St. Paul: Thomson/Reuters, 2009.

e se desenvolveu durante muitos séculos.⁴ De acordo com a teoria clássica do direito internacional, ele é fundado sobre a soberania dos Estados, que o criam por suas vontades e seus atos.⁵

Particularmente, quando dois ou mais Estados decidem fazer promessas entre eles, eles podem registrá-las em um acordo internacional, que é uma expressão escrita das obrigações aceitas por estes Estados voluntariamente.⁶ Muitas vezes um tal acordo se chama um “tratado”. Um segundo meio para criar obrigações jurídicas entre Estados apresenta-se sob a forma do direito consuetudinário.⁷ Uma terceira fonte do direito internacional reconhecida pela teoria contemporânea do direito internacional é composta de princípios gerais de direito.⁸

Estas três fontes de direito internacional – os tratados, o direito consuetudinário, e os princípios gerais de direito – são reconhecidas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Este artigo diz o seguinte:

Artigo 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.⁹

30

⁴ Para uma revisão clássica, mas breve, sobre a história do direito internacional, veja NUSSBAUM, Arthur. *A concise history of the law of nations*. New York: The Macmillan Co., rev. ed. 1954.

⁵ Acerca da doutrina da soberania dos Estados, que é uma fundação do direito internacional, veja CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. Oxford: Oxford University Press, 8th ed. 2012. p. 5. A corte que precedeu a atual Corte Internacional de Justiça, a Corte Permanente de Justiça Internacional, afirmou esta doutrina e disse que por causa dela os Estados podem ser restringidos apenas por regras que eles têm aceitado voluntariamente. Veja *Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, Julgamento do 7 de setembro de 1927, PCIJ Series A, No. 10, 18 (afirmando que “as regras de direito obrigando os Estados . . . emanam do seu próprio livre arbítrio.”) (tradução do autor).

⁶ Acerca do princípio de direito consuetudinário que tais acordos são obrigatórios para os Estados aderentes, o princípio de “*pacta sunt servanda*,” veja em geral NUSSBAUM, *A concise history of the law of nations*, p. 281.

⁷ Sobre o direito internacional consuetudinário, veja, por exemplo, LEPARD, Brian D. *Customary international law: a new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Veja também LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

⁸ Veja o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38(c). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

⁹ Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38.

Cabe elaborar sobre alguns pontos acerca de cada fonte identificada nesse artigo. Primeiro, é importante notar que o termo “convenções internacionais” mencionado no primeiro parágrafo é idêntico ao termo “tratados”.¹⁰ Os tratados são similares aos contratos regulares entre pessoas privadas, mas são concluídos entre os Estados.¹¹ Normalmente, os Estados assinam um tratado e depois ratificam-no de acordo com os processos estabelecidos pela Constituição nacional. Depois da troca de instrumentos de ratificação entre os Estados partes, o tratado entra em vigor.¹² Muitas vezes, tratados multilaterais exigem que um número fixo de Estados tenha que ratificá-los para que entrem em vigor.

A teoria segundo a qual os tratados são obrigatórios baseia-se na soberania dos Estados. Diz-se que os Estados têm dado sua concordância explícita às obrigações nos tratados exercendo sua vontade e, portanto, estes Estados tornam-se obrigados a observá-las.¹³

Quanto ao direito consuetudinário, de acordo com a teoria clássica desta fonte, os Estados podem criar regras entre eles por meio de seus comportamentos e de suas crenças.¹⁴ Portanto, há duas exigências necessárias para a criação de uma norma consuetudinária: um comportamento por um número suficiente de Estados, acompanhado por uma crença por parte dos governos destes Estados que eles têm que se comportar de uma determinada maneira por causa de uma regra de direito. Esta integração entre um comportamento e uma crença, que se chama em latim de “*opinio juris*”, pode, em seguida, criar uma determinada regra.¹⁵

31

¹⁰ Veja a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 2(1)(a) (afirmando que “‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer consiste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹¹ Veja *ibidem.*, art. 1 (dizendo que “a presente Convenção se aplica aos tratados entre Estados”).

¹² Veja *ibidem.*, art. 11-16.

¹³ Veja, por exemplo, *Case of the SS. “Lotus” (France v. Turkey)*, Julgamento do 7 de setembro de 1927, PCIJ Series A, No. 10, 18 (a Corte Permanente de Justiça Internacional afirmou que “As regras de direito obrigando os Estados portanto emanam do seu próprio livre arbítrio como exprimido em convenções ou por usos geralmente aceitos como exprimindo princípios de direito”) (tradução do autor).

¹⁴ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 6.

¹⁵ Esta teoria dos “dois elementos” do direito consuetudinário tem sido aceita de longo tempo e recentemente foi reafirmada pela Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas na base de um estudo por um repórter especial, Michael Wood, sobre o assunto. Veja Conclusão de Esboço 2, intitulado “Dois Elementos Constitutivos,” em Comissão do Direito Internacional, *Quinto Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Anexo, Conclusões de Esboço Adotadas na Primeira Leitura, com Alterações Sugeridas pelo Repórter Especial*, UN Doc. A/CN.4/717 (14 de março de 2018), p. 57 (preparado por Repórter Especial Michael Wood) (“Para determinar a existência e o conteúdo de uma regra de direito internacional consuetudinário, é necessário verificar se há uma prática geral que é aceita como lei.”) (tradução do autor). Em dezembro de 2018 a Assembleia Geral aprovou estas conclusões da Comissão. Veja G.A. Res. 73/03 (2018). Veja também WOOD,

Por exemplo, se a maioria dos Estados parar de torturar suspeitos ou prisioneiros, e se estes Estados acreditam que a tortura não é permitida pelo direito internacional, esta confluência de prática (de se abster da tortura) e de *opinio juris* constitui, em si, uma regra internacional consuetudinária proibindo a tortura. Neste sentido, muitos especialistas e tribunais concluíram que a tortura é proibida pelo direito internacional consuetudinário.¹⁶ A teoria do direito internacional que coloca a ênfase sobre a soberania dos Estados aceita o direito internacional consuetudinário porque os Estados participam na sua criação por suas práticas e opiniões, portanto, exprimindo suas vontades.¹⁷

No entanto, apesar da aceitação desta teoria de “dois elementos” do direito consuetudinário, existem muitos problemas de aplicação. Por exemplo, qual é um número suficiente de Estados que participam numa prática com o *opinio juris* necessário? É preciso que uma maioria ou mesmo uma supermaioria dos Estados reconhecidos no mundo participe nesta prática?¹⁸ E segundo a teoria tradicional do *opinio juris*, antes que uma regra se torne direito consuetudinário, parece que os países têm que estar enganados sobre o estatuto da regra como regra jurídica porquê de fato a regra jurídica ainda não existe. Portanto pode existir um “paradoxo” de *opinio juris*.¹⁹

Michael, Foreword, p. xiv. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. xiii-xvi. No entanto, esta teoria tem sido questionada criticamente por muitos especialistas, que acham que ela não captura o uso prático do direito internacional consuetudinário por tribunais e por Estados. Veja LEPARD, Brian D. Toward a new theory of customary international human rights law, p. 241. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 233-65.

¹⁶ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 332. Alguns tribunais têm explicado que a prática que diz respeito à tortura é a proibição da prática nas leis nacionais e nos tratados; segundo eles, a prática da tortura por parte de alguns governos conta somente como uma violação, não como uma prática em favor da permissibilidade da tortura. Veja, por exemplo, o caso nos Estados Unidos de *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980), p. 884 n. 15 (explicando que “o fato de a proibição da tortura ser muitas vezes honorada na violação não diminui seu efeito obrigatório como uma norma de direito internacional”) (tradução do autor). No entanto, alguns especialistas, tais como Philip Alston e Bruno Simma, acreditam que a prática frequente da tortura cria um problema em satisfazer a definição bem aceita do direito internacional consuetudinário. Eles sugerem, em vez, que seria mais correto considerar a proibição da tortura como um princípio geral de direito, que não depende das práticas dos Estados, mas apenas das suas leis (discutido em baixo). Veja SIMMA, Bruno e ALSTON, Philip. *The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles*. *Australian Yearbook of International Law* 82 (1988-89), vol. 12. p. 82-108.

¹⁷ Veja, por exemplo, PETERSEN, Niels. The role of consent and uncertainty in the formation of customary international law, p. 113. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 111-30.

¹⁸ Quanto a estas questões, veja LEPARD, *Customary international law*, p. 158-61.

¹⁹ Sobre este paradoxo, veja *ibidem*. p. 9, 22-23.

Conforme explicado acima, uma terceira categoria de fontes de direito internacional é composta de “princípios gerais de direito.”²⁰ De uma perspectiva histórica, estes princípios são princípios reconhecidos e praticados em todos, ou quase todos, os sistemas nacionais de direito, mas aplicados ao nível das relações entre as nações.²¹ Por exemplo, encontramos em quase todos os sistemas de direito um princípio de *res judicata*.²² Atualmente, alguns outros tipos de princípios são reconhecidos, incluindo princípios gerais de direito internacional, que provenham diretamente das relações internacionais.²³

Os juristas e acadêmicos têm identificado categorias especiais de normas jurídicas, principalmente aquelas que são normas consuetudinárias ou princípios gerais de direito. Por exemplo, se uma norma exigir que um Estado se comporte de uma certa maneira em suas relações com todos outros países, e não apenas com um outro país particular ou alguns deles, esta norma é uma norma “*erga omnes*,” e possui características especiais.²⁴ Existe também uma categoria de normas “peremptórias” (ou em latim, “*jus cogens*”). Estas normas são superiores às outras e não existe nenhuma justificativa para as violar.²⁵ Por exemplo, muitos tribunais têm reconhecido a proibição da tortura como norma de *jus cogens*.²⁶

33

2 UM PANORAMA GERAL DA HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Todas estas fontes de direito internacional, e todas estas categorias de normas, formam parte da história dos direitos humanos.²⁷ Em relação a esta história, nós podemos procurar origens antigas deste campo de direito. Por exemplo, as fés religiosas principais do mundo têm

²⁰ Veja o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38(c).

²¹ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 28, 164-65.

²² Veja, CRAWFORD, *Brownlie's principles of public international law*, p. 36.

²³ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 166-67.

²⁴ Veja *ibidem*. p. 261-69.

²⁵ Veja a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 53 (afirmando que “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”); LEPARD, *Customary International Law*, p. 37-40.

²⁶ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 322.

²⁷ Sobre a história dos direitos humanos no direito internacional, veja, em geral, LEPARD, Brian D. *International law and human rights*. In: CUSHMAN, Thomas Cushman (coord.). *Handbook of human rights*. London: Routledge, 2012. p. 583-97.

ensinado princípios humanitários de conduta perante o outrem, e têm proibido matar os outros sem justificativa.²⁸

Claramente, estes conceitos da dignidade humana não foram realizados na prática. O mundo continuou a sofrer de guerras e violações maciças dos direitos humanos. Uma guerra de importância particular na história dos direitos humanos foi a Guerra de Trinta Anos, que durou de 1618 a 1648. Esta guerra foi motivada em parte pelas animosidades religiosas entre vários reis da Europa. No fim da guerra, estes líderes assinaram um pacto, o “Paz Westfaliana,” no qual eles se comprometeram a respeitar as religiões dos outros, seja católica ou protestante. Nós podemos identificar neste pacto as origens do conceito moderno de “soberania” dos Estados, assim como a ideia da liberdade religiosa.²⁹

As duas guerras mundiais do século XX e os sofrimentos que elas infligiram aos povos do mundo foram também responsáveis por um despertar à ideia de que todos os seres humanos possuem vários direitos fundamentais que ninguém pode infringir. Um desenvolvimento importante foi a redação do pacto da Sociedade das Nações em 1919. Este pacto continha disposições dando à Sociedade o poder de supervisionar a execução de acordos sobre o tráfico de mulheres e de crianças, conferindo a todos o direito a condições de trabalho justas e humanas.³⁰ Além disso, durante sua vida, a Sociedade adotou tratados importantes entre ela, seus membros poderosos e os países novamente reconhecidos por ela, visando à proteção das comunidades minoritárias nestes países. Por exemplo, o primeiro tratado foi concluído com a Polônia, e protegeu os direitos da comunidade judaica, entre outras comunidades.³¹

34

²⁸ Veja ISHAY, Micheline R. *Introduction: human rights: historical and contemporary controversies*, p. xxiii. In: ISHAY, Micheline R. (coord.). *The human rights reader: major political essays, speeches, and documents from ancient times to the present*. New York: Routledge, 2nd ed. 2007. p. xxi-xxviii; LEPARD, Brian D. *Rethinking humanitarian intervention: a fresh legal approach based on fundamental ethical principles in international law and world religions*. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2002. p. 53-59 (passando em revista fontes nas escrituras santas das religiões relacionadas à dignidade humana e aos direitos humanos).

²⁹ Veja NUSSBAUM, *A concise history of the law of nations*, p. 115-18.

³⁰ Pacto da Sociedade das Nações (1919), artigo 23(a), (c). Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

³¹ Tratado sobre as minorias entre os principais poderes aliados e associados (o Império britânico, França, Itália, Japão e os Estados Unidos) e Polônia, firmado a Versailes (28 de junho de 1919). Disponível em: <<http://www.forost.ungarisches-institut.de/pdf/19190628-3.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2019. Como exemplo, o artigo 8 afirma: “Nacionais poloneses pertencendo a minorias raciais, religiosas ou linguísticas devem beneficiar do mesmo tratamento e segurança de acordo com a lei e em fato que outros nacionais poloneses. Particularmente, eles devem possuir o mesmo direito a estabelecer, gerir e controlar, as suas próprias custas, instituições caridosas, religiosas e sociais, escolas, e outros estabelecimentos educacionais, com o direito de usar a sua própria língua e exercer a sua própria religião livremente nelas.” (Tradução do autor.) O artigo 11 diz em parte que judeus não podem ser obrigados a desempenhar ato algum que constitua uma violação do seu Sábado.

No entanto, a era moderna do reconhecimento dos direitos humanos pode ser ligada à adoção da Carta das Nações Unidas em 1945.³² Motivados em grande parte pelos horrores do Holocausto e sujeitos às pressões das organizações não-governamentais, os fundadores das Nações Unidas decidiram incluir proteções aos direitos humanos na Carta, e até fizeram a proteção dos direitos humanos um dos propósitos principais da nova organização.³³

Portanto, a Carta declara que todos os povos das Nações Unidas decidiram “reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, [e] na igualdade de direito dos homens e das mulheres.”³⁴ Ela afirma também que as Nações Unidas têm como propósito primeiro a realização da “cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua, ou religião.”³⁵

A Carta reflete estes propósitos em duas disposições. O artigo 55 diz que as Nações Unidas devem promover “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”³⁶ E o artigo 56 declara que Estados membros das Nações Unidas “se comprometem a agir em cooperação” com a organização “em conjunto ou separadamente” para realizar este fim.³⁷

Os criadores da Carta das Nações Unidas decidiram também que a Assembleia Geral das Nações Unidas deveria redigir e adotar uma declaração sobre os direitos humanos. Esta tarefa foi empreendida por uma comissão dos direitos humanos estabelecida pela Carta e dirigida na época pela “primeira dama” dos Estados Unidos, a Sra. Eleanor Roosevelt.³⁸ A comissão em pouco tempo pôde acordar sobre o texto de uma declaração que incluiu conceitos de direitos humanos oferecidos por representantes de culturas diferentes. Foi um êxito extraordinário na história. A Assembleia Geral das Nações Unidas conseguiu adotar o texto

³² Veja a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

³³ Sobre o papel das organizações não-governamentais em insistir sobre a inclusão da promoção dos direitos humanos como um propósito principal da organização, veja LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998. p. 179-80.

³⁴ Carta das Nações Unidas, preâmbulo.

³⁵ Ibidem., art. 1, para. 3.

³⁶ Ibidem., art. 55.

³⁷ Ibidem., art. 56.

³⁸ Veja geralmente GLENDON, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the universal declaration of human rights*. New York: Random House, 2001. p. 30-33.

final no 10 de dezembro de 1948, uma data que atualmente é celebrada como “Dia dos Direitos Humanos.”³⁹

Em princípio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tinha nenhuma força judiciária porque foi simplesmente uma resolução da Assembleia Geral, e as resoluções deste órgão das Nações Unidas são, de acordo com o texto da Carta, apenas recomendações aos Estados membros da organização.⁴⁰ No entanto, graças à aceitação da Declaração por quase todos os Estados do mundo e a influência que ela tem exercido sobre as leis internas de muitos países, incluso em muitas Constituições, a Declaração atualmente é considerada como a “Constituição” e a fundação da ordem mundial dos direitos humanos.⁴¹

A Declaração afirma que todos os seres humanos foram criados com dignidade e possuem direitos fundamentais. Portanto, o artigo 1º declara: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”⁴²

De uma grande importância, a Declaração afirma que todos os humanos possuem e gozam de dois tipos de direitos: por um lado, os direitos “civis e políticos,” e por outro lado, “direitos sociais, econômicos e culturais.” A primeira categoria de direitos inclui, entre outros direitos, a liberdade sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, ou qualquer outra situação; os direitos à vida, liberdade e segurança pessoal; a liberdade da escravidão ou servidão; a liberdade da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos, ou degradantes; o direito a ser reconhecido perante a lei e à proteção igual da lei; o direito a recursos judiciais justos e públicos e a ser julgado por um tribunal independente e imparcial; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a liberdade de opinião e de expressão; e o direito de tomar parte

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (“DUDH”), G.A. Res. 217A (III) (1948), tradução em português. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 4 dez 2019.

⁴⁰ Veja Carta das Nações Unidas, art. 10 (“A Assembléia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e, com exceção do estipulado no artigo 12, poderá fazer recomendações aos membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles, conjuntamente, com referência a qualquer daquelas questões ou assuntos.”). Veja também ibidem., art. 13, para. 1 (“A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações”).

⁴¹ Sobre o significado da Declaração, veja, por exemplo, STAMATOPOULOU, Elsa, Yael DANIELI, e Clarence J. DIAS, Introduction. In: DANIELI, Yael, Elsa STAMATOPOULOU, e Clarence J. DIAS (coord.). *The universal declaration of human rights: fifty years and beyond*. Amityville, N.Y.: Baywood Publishing Co., 1999. p. 149-61.

⁴² DUDH, art. 1.

na direção dos negócios públicos do seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.⁴³

Na categoria de direitos sociais, econômicos e culturais, nós encontramos direitos tais como o direito à segurança social; o direito ao trabalho e a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; o direito ao repouso e aos lazeres; o direito a um nível de vida suficiente à saúde e bem-estar de uma pessoa e da sua família, incluindo alimentação, vestuário, alojamento, assistência médica e serviços sociais necessários; o direito à educação; e o direito a tomar parte livremente na vida cultural da sua comunidade.⁴⁴

Por causa da aceitação da Declaração por quase todos os países na comunidade internacional durante os mais de 70 anos depois de sua introdução ao mundo, muitos acadêmicos afirmam que muitos dos direitos que ela protege, senão todos, têm se tornado parte do direito internacional consuetudinário.⁴⁵ Ao nível da teoria do direito consuetudinário, conforme explicado acima, uma conclusão que um direito particular tenha conseguido este status exigiria que (1) os Estados geralmente observem este direito em prática, resultando numa prática geral, e (2) eles acreditem que eles devem garanti-lo como uma obrigação jurídica (i.e., o *opinio juris* existe).

Apesar de dúvidas sobre o estatuto de direitos particulares, é geralmente aceito, mesmo por tribunais e juízes de muitos países, e não só acadêmicos, que alguns dos direitos importantes reconhecidos na Declaração atualmente constituem direitos protegidos pelo direito consuetudinário.⁴⁶

Antes de continuar esta revisão do sistema moderno de proteção dos direitos humanos, é importante reconhecer que existe um outro campo de direito internacional que é relacionado aos direitos humanos e que se desenvolveu ao lado dele. Este é o direito humanitário. (Outros

⁴³ Veja *ibidem.*, arts. 2-10, 18-19, 21.

⁴⁴ Veja *ibidem.*, arts. 22-27.

⁴⁵ Veja, para um exemplo deste ponto de vista, Prof. HUMPHREY, John P. *The universal declaration of human rights: its history, impact and juridical character*. p. 29. In: RAMCHARAN, Dr. B.G. (coord.). *Human rights: thirty years after the universal declaration: commemorative volume on the occasion of the thirtieth anniversary of the universal declaration of human rights*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1979. p. 21-37 (afirmando que “as disposições justiciáveis da Declaração, incluindo, certamente, aquelas anunciadas em artigos dois a vinte-um inclusive, agora têm adquirido a força de direito como parte do direito consuetudinário das nações”) (tradução do autor).

⁴⁶ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 318-19.

nomes deste campo são “o direito da guerra” ou “o direito dos conflitos armados.”)⁴⁷ Este campo visa a proteger vítimas civis de conflitos armados e até soldados que lutam nestes conflitos. A fundação do direito humanitário atualmente fica sobre as quatro convenções de Genebra de 1949, adotadas em seguida da Segunda Guerra Mundial, e dois protocolos adicionais adotados em 1977, que expandiram os direitos reconhecidos nas Convenções de 1949.⁴⁸

Em princípio, o direito humanitário é um direito especializado aplicado em tempos de guerra e não se relaciona à proteção dos direitos de todos os seres humanos.⁴⁹ No entanto, obviamente, as proteções que ele proporciona são muito importantes para todos que se encontram em tais conflitos. Ademais, as leis da guerra proíbem a tortura e agora a lei dos direitos humanos também a proíbe.⁵⁰ Este é um exemplo de uma correspondência entre estes dois campos de direito.⁵¹ Esta relação íntima é até mais importante no trabalho dos novos tribunais internacionais visando a processar os perpetradores dos crimes mais graves. Por exemplo, o estatuto do Tribunal Penal Internacional lista como crimes contra humanidade a escravidão e a tortura, as quais constituem também violações do direito internacional dos direitos humanos.⁵²

Retornando à história do direito internacional dos direitos humanos, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o texto do seu primeiro tratado sobre os direitos humanos um dia antes de votar em prol da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este tratado, aprovado em 9 de dezembro de 1948, é a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.⁵³ Ademais, no fim de negociações intensivas, que duraram 18 anos, os Estados

⁴⁷ Veja, por exemplo, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. What is international humanitarian law? legal factsheet. 31 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/what-international-humanitarian-law>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁴⁸ Estes tratados e outros sobre o direito humanitário internacional podem ser encontrados em ROBERTS, Adam; GUELFF, Richard (coord.). *Documents on the laws of war*. Oxford: Oxford University Press, 3d ed. 2000. Veja também LEPARD, *Rethinking humanitarian intervention*, p. 129-31.

⁴⁹ Veja CRAWFORD, *Brownlie's principles of public international law*, p. 653-54.

⁵⁰ Veja, por exemplo, o artigo 3 comum nas quatro convenções de Genebra, proibindo a tortura em conflitos não-internacionais, e o artigo 7 da DUDH, igualmente proibindo a tortura.

⁵¹ Sobre a relação complementar que é geralmente reconhecida atualmente entre os dois campos de direito, veja CRAWFORD, *Brownlie's principles of public international law*, p. 653-54.

⁵² Veja o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 7(c), (f). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 3 dez. 2019.

⁵³ Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1948%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20e%20Puni%C3%A7%C3%A3o%20do%20Crime%20de%20Genoc%C3%ADio.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2019.

membros das Nações Unidas conseguiram acordar sobre o texto de dois tratados importantes sobre os direitos humanos. Estes tratados codificam muitos dos direitos mencionados na Declaração Universal. Eles são, de um lado, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (“PIDCP”), e do outro lado, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“PIDESC”), ambos adotados em 1966.⁵⁴

O PIDCP protege muitos dos direitos civis e políticos nomeados na DUDH, enquanto o PIDESC protege muitos dos direitos econômicos, sociais, e culturais mencionados na mesma declaração. Uma diferença importante é que cada tratado formula os direitos numa maneira mais jurídica, com mais precisão, e com exceções, porque estes tratados são instrumentos jurídicos.⁵⁵

Durante os 60 anos passados, a Assembleia Geral das Nações Unidas tem adotado o texto de numerosos outros tratados relacionados aos direitos humanos. Estes tratados tratam de tipos particulares de direitos humanos ou da proteção de grupos particulares, tais como as mulheres e as crianças.⁵⁶ A Assembleia Geral também tem adotado muitas declarações sobre os direitos humanos.⁵⁷ Embora estas declarações não tenham força jurídica em si mesmas, segundo a Carta, é possível que as normas delas tenham entrado no corpus do direito internacional consuetudinário, seguindo o processo descrito acima. E muitas delas podem ser vistas como exprimindo princípios gerais de direito.

⁵⁴ Veja Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 3 dez. 2019; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 3 dez. 2019.

⁵⁵ Por exemplo, o artigo 18 da DUDH proclama em parte que “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião,” enquanto o artigo 18 do PIDCP repete esta provisão geral, mas adiciona limitações sobre o exercício do direito, provendo em particular que “a liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.”

⁵⁶ Veja, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada em 1979. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvElimTodForDiscMul.html>>. Acesso em: 19 dez. 2019; Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 19 dez. 2019. Para uma lista geral de tratados relacionados aos direitos humanos, com o texto dos tratados, veja <<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=en>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁵⁷ Estas declarações incluem, por exemplo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2019.

3 INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS QUE VISAM À PROMOÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Além da elaboração de tratados obrigatórios e declarações não-obrigatórias (as disposições de quais podem, mesmo assim, codificar ou se tornar direito internacional consuetudinário obrigatório), as Nações Unidas e outras organizações internacionais têm criado uma grande variedade de instituições para implementar e suportar princípios de direitos humanos. As instituições associadas com as Nações Unidas incluem a Assembleia Geral das Nações Unidas, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, o Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, o Escritório do Comissário Alto dos Direitos Humanos, e a CIJ.⁵⁸

Estes órgãos geralmente têm o poder de discutir questões de direitos humanos. Além disso, tratados particulares cujo texto foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (tais como o PIDCP e o PIDESC) têm criado órgãos especiais de especialistas, que possuem a autoridade para supervisionar a implementação das normas pelos Estados partes. Estes órgãos de supervisão incluem, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos estabelecido pelo PIDCP.⁵⁹ Às vezes estes órgãos têm até o poder de considerar reclamações de violações dos tratados por indivíduos ou grupos, às vezes em razão de um tratado opcional (chamado “protocolo”) anexado ao tratado principal.⁶⁰ No entanto, estes órgãos não são tribunais e não podem tomar decisões que são obrigatórias aos Estados aderentes ao tratado em questão.⁶¹

Um grande problema, relevante à execução do direito internacional dos direitos humanos, é que não existe tribunal algum a nível global ao qual um indivíduo possa pedir recurso (mesmo que possa existir um tribunal regional de direitos humanos com qual o

⁵⁸ Para uma visão geral sobre os órgãos principais das NU, veja <<https://www.un.org/en/sections/about-un/main-organs/index.html>>. Acesso em: 19 dez. 2019. Por mais informações sobre o Conselho dos Direitos Humanos, veja <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/Home.aspx>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁵⁹ As funções supervisórias deste comitê são descritas no texto do tratado. Veja o PIDCP, arts. 28-45.

⁶⁰ Veja, por exemplo, o Protocolo Facultativo Primeiro Referente ao PIDCP, dando ao Comitê de Direitos Humanos o poder de examinar comunicações de indivíduos alegando violações do Pacto. Protocolo Facultativo Primeiro Referente ao PIDCP. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto3.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁶¹ Por exemplo, mesmo em casos considerados sob o Protocolo Facultativo Primeiro Referente ao PIDCP, o Comitê só pode exprimir as suas “constatações” sobre se uma violação foi cometida. Protocolo Facultativo Primeiro, art. 5, para. 5.

indivíduo pode portar uma reclamação, tal como a Corte interamericana de direitos humanos). Cabe notar que a CIJ apenas pode reger disputas entre Estados.⁶²

Ademais, não existe qualquer força policial global para proteger as vítimas de violações de direitos humanos. A instituição mais parecida a uma autoridade policial global é o Conselho de Segurança das Nações Unidas, que, segundo os artigos 39 a 42 da Carta das Nações Unidas (no seu capítulo VII), tem o poder de autorizar o uso da força para responder a “qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão.”⁶³ Existe, portanto, a possibilidade de o Conselho de Segurança considerar violações de direitos humanos como uma “ameaça à paz” e, conseqüentemente, autorizar ação militar para proteger vítimas de abusos de direitos humanos.⁶⁴

Quanto ao papel dos tribunais em responder a graves violações de direitos humanos, depois da Segunda Guerra Mundial, os Aliados criaram dois tribunais especializados, os tribunais de Nuremberg e Tóquio, para processar oficiais alemães e japoneses por crimes de guerra e crimes contra a humanidade, os quais foram violações do direito humanitário internacional.⁶⁵ Outros tribunais penais internacionais foram criados durante os trinta anos passados, incluindo o Tribunal Penal Internacional e os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e a Ruanda.⁶⁶ Ademais, uma grande variedade de agências especializadas das Nações Unidas se preocupa com os direitos humanos, incluindo a Organização Internacional de Trabalho (ILO) e a Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas (UNESCO).

41

4 O FUTURO INCERTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DAS INSTITUIÇÕES QUE O PROMOVEM

O sistema de direito internacional dos direitos humanos está em um estágio de transformação em um mundo que é ameaçado por muitos ataques à dignidade humana e que é

⁶² Assim, o artigo 34 do Estatuto da Corte afirma: “Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte.” Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 34.

⁶³ Carta das Nações Unidas, art. 39.

⁶⁴ Sobre o assunto, veja em geral LEPARD, *Rethinking humanitarian intervention*, p. 149-78.

⁶⁵ Veja ibidem. p. 134.

⁶⁶ Veja o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em Resolução 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (25 de maio de 1993); e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, em Resolução 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (8 de novembro de 1994).

abalado por conflitos espalhados. Primeiro, existem dúvidas quanto à capacidade de a doutrina de fontes de direito internacional em acomodar este novo campo de direito por causa das suas características únicas.

Por exemplo, os tratados obrigam apenas os Estados que os têm ratificado. Essa característica dos tratados – obrigar somente os Estados aderentes – faz sentido no caso de tratados sobre o comércio entre países, ou a reconciliação entre dois ou mais países que antigamente estavam em guerra. No entanto, por que o simples fato de um Estado particular não ter ratificado um determinado tratado garantindo direitos essenciais, por seus motivos vários e mesmo mal-intencionados, pode justificar a privação de todos os seus habitantes dos direitos protegidos no tratado?

Felizmente, segundo as regras aplicadas aos tratados reconhecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Estado que não ratificou um tratado fica obrigado a cumprir regras nele que formam também parte do direito internacional consuetudinário.⁶⁷ No entanto, mais uma vez conforme a explicação acima, a teoria tradicional do direito internacional consuetudinário exige que uma prática (neste caso de respeitar um direito particular) seja uniforme e largamente praticada pelos Estados em geral, e eles têm que acreditar que são obrigados a empreender esta prática (formando *opinio juris*).

De fato, pode ser muito difícil estabelecer que estas duas exigências sejam cumpridas em muitas circunstâncias. Por exemplo, a verdade é de que muitos Estados praticam ou toleram a tortura; por causa disso pode ser um problema afirmar que há uma “prática geral” por parte dos Estados de *não* torturar. Ao mesmo sentido, como seria possível estabelecer com certeza que os Estados que não fazem ou permitem a tortura se abstêm disso por causa de uma crença que a tortura seja legalmente proibida, e não por outros motivos, tais que a crença que a tortura não produza inteligência confiável?

Com certeza, nós poderíamos resolver estes dilemas ao dizer, por exemplo, que a prática dos Estados inclui a ratificação de tratados, como a Convenção contra a Tortura de 1984,⁶⁸ que proíbe a tortura; mas isso não constitui o entendimento tradicional de uma “prática.” Quanto

⁶⁷ Portanto, o artigo 38 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados declara: “Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal.” Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 38.

⁶⁸ Veja Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

ao “*opinio juris*,” nós poderíamos afirmar que uma apropriada crença por parte dos Estados pode ser imputada a eles por causa da sua ratificação dos mesmos tratados; mas, em teoria, o que é exigido é uma crença de que a tortura seja proibida mesmo na ausência de tratados proibindo-a. Ademais, na verdade, os juristas são levados a criar tais soluções por uma outra motivação: é claro que uma regra que proíbe a tortura é mais “justa” e “ética” do que uma regra que a permite. Este sentimento fica no pano de fundo do pensamento e do raciocínio dos juristas, claramente, mas formalmente, de acordo com a teoria clássica do direito consuetudinário, a ética não tem lugar na análise do estatuto de uma norma proposta como uma lei consuetudinária.

Por causa destes problemas, eu propus uma abordagem nova à definição do direito consuetudinário segundo a qual uma nova norma de direito consuetudinário internacional emerge quando “os Estados geralmente creem que é desejável agora ou num futuro próximo ter um princípio ou regulamento autorizativo prescrevendo, permitindo, ou proibindo conduta específica.”⁶⁹ Esta teoria pode nos ajudar a resolver com mais certeza o estatuto de normas possíveis de direito consuetudinário. Um aspecto importante desta abordagem é o reconhecimento explícito de uma gama de princípios éticos como um sistema ético de fundo que possa ajudar a resolver problemas difíceis concernentes às crenças dos Estados e ao papel das suas práticas em fornecer provas das suas crenças. Estes princípios são chamados “princípios éticos fundamentais.” O princípio primeiro que serve como a âncora do sistema inteiro é a “unidade em diversidade,” que propõe que todos os seres humanos são membros de uma só família humana, e devem ser (idealmente) unidos uns aos outros e se relacionar em um espírito de harmonia, mas ao mesmo tempo devem respeitar as diferenças de origens raciais, étnicas e nacionais entre todas as pessoas, as quais enriquecem toda a família humana.⁷⁰

Finalmente, no que diz respeito às fontes do direito internacional dos direitos humanos, existem dificuldades em identificar aqueles “princípios gerais de direito” que tratam dos direitos humanos. Antigamente, conforme discutido acima, esta fonte de direito internacional referiu-se aos princípios de direito nacional que são encontrados em praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo. Mas atualmente, a CIJ também utiliza o termo como incluindo, em efeito,

⁶⁹ LEPARD, *Customary international law*, p. 8.

⁷⁰ Veja *ibidem*. p. 78-81.

“princípios gerais de direito internacional.” E a Corte tem implicado que mesmo “princípios gerais de direito moral” podem ser identificados e incluídos nesta categoria.⁷¹

Voltando à história do direito internacional dos direitos humanos, esta parece ser, ao primeiro ver, uma história de crescimento gradual na elaboração das normas e nas atividades de instituições comprometidas com a promoção dos direitos humanos. No entanto, esta conta arrisca ignorar desenvolvimentos desestabilizadores e mesmo assustadores concernentes ao apoio de governos, instituições, e o público geral pelo conceito de direitos humanos. Estes desenvolvimentos incluem a expansão de movimentos ancorados no “populismo” ou mesmo no “neofascismo”, que insistem na superioridade de alguns grupos (normalmente povos brancos e europeus) em relação a outros (muitas vezes minorias e pessoas de cor).⁷² A turbulência social instigada por estes movimentos lança uma ameaça à plena realização do direito internacional dos direitos humanos em nossa época, com consequências que são imprevisíveis.

De fato, a agitação atual, que está fomentando ataques contra a ideia e a realização dos direitos humanos, especialmente para os imigrantes, minorias e outras populações vulneráveis, esta ao mesmo tempo ameaçando o funcionamento efetivo das instituições que foram criadas para promover os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Por exemplo, o Conselho dos Direitos Humanos foi criado em 2006 para substituir a antiga Comissão de Direitos Humanos, um órgão composto de representantes de governos. A Comissão, que antigamente elaborou o texto da Declaração Universal e de outras declarações e tratados sobre os direitos humanos, passou a ser vista como um órgão político no qual representantes de governos opressivos, tais como a Líbia, pudessem impedir esforços para efetivamente promover os direitos humanos.⁷³

O Conselho foi criado para evitar estes problemas. Apesar de ser composto também de representantes de governos, e não especialistas, os seus membros são eleitos diretamente pela Assembleia Geral e têm que se comprometer a “sustentar os mais altos padrões na promoção e

⁷¹ Veja ibidem. p. 162-68.

⁷² Veja, por exemplo: ALBRIGHT, Madeleine (with Bill Woodward). *Fascism: a warning*. New York: HarperCollins, 2018.

⁷³ Para uma avaliação objetiva do trabalho da Comissão, e dos motivos para eliminá-la, veja FORSYTHE, David P., *Turbulent Transition: From the UN Human Rights Commission to the Council*. In: RUDOLPH, JR., Joseph R; LAHNEMAN, William J. *From mediation to nation building: third parties and the management of communal conflict*. Lanham: Lexington Books, 2013. p. 99-125.

proteção de direitos humanos”. Ademais, eles têm que ser revistos sob um mecanismo de “revisão periódica universal” durante o prazo do mandato deles.⁷⁴

Na prática, as vezes o Conselho tem conseguido alcançar acordos sobre a adoção de documentos construtivos novos e de resoluções tratando de problemas importantes relacionados aos direitos humanos, e alguns especialistas concluíram que o Conselho pode funcionar bem sobre assuntos particulares. Por exemplo, o cientista político David Forsythe da Universidade de Nebraska, apesar da sua conclusão de que o Conselho tem manifestado a maioria das fraquezas da Comissão, em um estudo publicado em 2013, notou que nos seus primeiros anos de existência o Conselho continuou a adotar padrões importantes concernentes aos direitos humanos, tais como uma Convenção sobre Desaparecimentos Forçados.⁷⁵

Ademais, como um outro exemplo de uma ação positiva, em 2016, apesar de muitas disputas sobre a legitimidade de leis criminalizando o comportamento homossexual, ou permitindo discriminação contra homossexuais, o Conselho adotou a Resolução 32/2. Nesta resolução, o Conselho “fortemente deplora atos de violência e de discriminação, em toda região do mundo, cometidos contra indivíduos por causa da sua orientação sexual ou identidade de gênero.”⁷⁶ O Conselho também decidiu nomear um especialista independente sobre a proteção contra a violência e a discriminação baseadas em orientação sexual ou identidade de gênero.⁷⁷ Esta resolução foi adotada por uma votação de 23 a 18, com 6 abstenções⁷⁸ – um resultado que ainda mostra a existência de opiniões divergentes.

De fato, apesar de sucessos tais como a adoção da Resolução 32/2, muitas vezes as polêmicas atuais têm impedido a capacidade do Conselho de alcançar acordo. Os Estados Unidos, por sua parte, têm criticado o Conselho por se preocupar com crimes supostamente cometidos pelo governo de Israel. Em parte por causa disso, os Estados Unidos em 2018 renunciaram o seu assento no Conselho e se recusaram a participar nas suas deliberações.⁷⁹ O

⁷⁴ Veja G.A. Res. 60/251 (2006), para. 9.

⁷⁵ Veja FORSYTHE, *Turbulent Transition*, p. 106-107.

⁷⁶ Resolução do Conselho dos Direitos Humanos 32/2 (30 de junho de 2016) (tradução do autor). Disponível em: <<https://undocs.org/A/HRC/RES/32/2>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁷⁷ Veja *ibidem.*, para. 3. Em julho de 2019 o mandato do especialista independente foi renovado. Veja U.N. Votes to Keep Independent Expert on Sexuality and Gender, 14 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.ouinperth.com/un-votes-to-keep-independent-expert-on-sexuality-and-gender/>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁷⁸ Veja Resolução 32/2.

⁷⁹ HARRIS, Gardiner. Trump Administration Withdraws U.S. from U.N. Human Rights Council. *The New York Times*, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/06/19/us/politics/trump-israel-palestinians-human-rights.html>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

representante dos EU afirmou: “Este enfoque desproporcional e hostilidade sem fim perante o Israel constitui prova certa de que o Conselho seja motivado por viés político, e não pelos direitos humanos.”⁸⁰ Esta acusação constitui um exagero, tendo em vista o fato de que muitas resoluções do Conselho atraem o apoio de Estados diversos – tal como a Resolução 32/2 – e claramente visam a melhorar a proteção de direitos humanos. De qualquer forma, a ausência dos Estados Unidos das deliberações do Conselho vai enfraquecer a efetividade da instituição.

Outros observadores acusam o Conselho de ser manipulado por Estados que são violadores de direitos humanos – uma crítica, nós temos visto, que foi também feita quanto à antiga Comissão. Por exemplo, especialistas têm concluído que muitas vezes resoluções controversas são introduzidas por Estados com histórias manchadas concernentes à proteção efetiva de direitos humanos. Neste sentido, em 2014, dois pesquisadores escreveram, na base de uma análise de tendências de votação durante os quatro primeiros anos da existência do Conselho: “Nós podemos mostrar que países com registros de direitos humanos desonrosos são mais frequentemente os autores de propostas controversas. Estas propostas muitas vezes são adotadas sem o apoio de membros da União Europeia, que nestes votos adotam padrões de votação muito distintivos. Analisando em mais detalhes como a identidade do proponente afeta o comportamento de votação, nós encontramos padrões claros indicando que estes votos divisionistas desempenham um papel considerável ao polarizar o Conselho.”⁸¹

Um exemplo de atuação no Conselho, por parte de países com práticas questionáveis concernentes aos direitos humanos, foi aquele em que membros da Organização da Conferência Islâmica alegaram “a difamação de religiões,” e particularmente do Islã. Durante o período 2008 a 2010, estes Estados conseguiram fazer serem adotadas, contra a oposição de membros da União Europeia, resoluções do Conselho condenando difamação de religiões e, implicitamente, aprovando a imposição de punições penais por expressões de opinião etiquetadas como “difamatórias.” Os países do Oeste acharam que estas resoluções representaram um ataque contra a liberdade de expressão, permitindo a opressão de críticos de práticas dentro de várias religiões que são prejudiciais aos direitos, tais como a subjugação de

⁸⁰ Citado em *ibidem*. (tradução do autor).

⁸¹ HUG, Simon; LUKÁCS, Richard. *Preferences or blocs? Voting in the United Nations Human Rights Council*. *Revista de Organizações Internacionais*, n. 9, 2014. p. 84.

mulheres segundo interpretações particulares do direito islâmico. Eventualmente, os membros da União Europeia e outros Estados conseguiram pôr fim a estas resoluções em 2011.⁸²

Em suma, o futuro do Conselho dos Direitos Humanos como um instrumento eficaz para a proteção dos direitos humanos é difícil de determinar, e esta incerteza caracteriza também o prognóstico acerca do funcionamento de outras instituições que visam a promoção dos direitos humanos e do direito internacional dos direitos humanos. Todas são afetadas pelas poderosas forças contemporâneas do populismo, do nacionalismo, e da intolerância, muitas vezes enraizadas no preconceito.

CONCLUSÃO

Como pode-se melhorar este prognóstico? Não é possível aqui prescrever um remédio completo. No entanto, eu tenho sugerido nas minhas outras obras que nós temos que construir uma nova ordem pela proteção dos direitos humanos, ancorada em certos princípios éticos fundamentais, o mais fundamental sendo o princípio de “unidade em diversidade.” Este princípio encontra apoio no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, nós temos visto, afirma que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”⁸³ Ademais, importante, este princípio tem sintonia com certas passagens das escritas santas de diversas religiões, que podem lhe conferir mais legitimidade como um princípio aceitável a diversas pessoas e nações no mundo.⁸⁴

Claramente, o princípio de unidade em diversidade apoiaria a implementação plena das normas estabelecidas pelo direito internacional dos direitos humanos, bem como o fortalecimento das instituições criadas para manter e implementar estas normas. Este princípio rejeitaria sem hesitação doutrinas baseadas sobre a superioridade de qualquer povo ou nacionalidade acima dos outros, louvando em vez disso uma fidelidade à raça humana inteira,

⁸² Ao respeito estas resoluções do Conselho, veja LEPARD, Brian D., *Parochial restraints on religious liberty*. p. 231-32. In: SELLERS, M.N.S. (coord.). *Parochialism, cosmopolitanism, and the foundations of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 225-49.

⁸³ DUDH, para. 1.

⁸⁴ Para uma revista de passagens de escritas santas apoiando este princípio, veja LEPARD, *Rethinking humanitarian intervention*, p. 45-50. Para um argumento que uma abordagem a problemas concernente aos direitos humanos e à proteção de vítimas de violações maciças de direitos humanos fazendo referência a estas escritas possa ser prática e atrair o apoio de diversas populações, veja *ibidem*. p. 373-83.

enquanto respeitando a diversidade que enriquece esta família global humana e torna-a mais bonita. Só determinado princípio ético, que tem o potencial de ser aceito por pessoas diversas, possui a força necessária para libertar o direito internacional dos direitos humanos e as suas instituições das forças negativas os ameaçando atualmente.⁸⁵

REFERÊNCIAS

ALBRIGHT, Madeleine (with Bill Woodward). *Fascism: a warning*. New York: HarperCollins, 2018.

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights: the successor to international human rights in context: law, politics and morals: text and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ANISTIA INTERNACIONAL. *News*. Disponível em: <<https://www.amnestyusa.org/news/>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

CONVENÇÃO contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CONVENÇÃO para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1948%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20e%20Puni%C3%A7%C3%A3o%20do%20Crime%20de%20Genoc%C3%ADio.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CONVENÇÃO sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvElimTodForDiscMul.html>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁸⁵ Para um esforço de desenvolver uma teoria do direito internacional consuetudinário dos direitos humanos com base em princípios éticos fundamentais, veja LEPARD, Toward a New Theory of Customary International Human Rights Law. Para uma tentativa de aplicar uma tal teoria à proteção dos direitos das mulheres, veja SHAVERS, Anna Williams. Using customary international law to improve women's lives. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 266-306.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. Oxford: Oxford University Press, 8th ed. 2012.

CUSHMAN, Thomas (coord.). *Handbook of human rights*. London: Routledge, 2012.

FORSYTHE, David P. (coord.). *The Oxford encyclopedia of human rights*. New York: Oxford University Press, 2009.

FORSYTHE, David P. *Turbulent Transition: From the UN Human Rights Commission to the Council*. In: RUDOLPH, JR., Joseph R; LAHNEMAN, William J. *From mediation to nation building: third parties and the management of communal conflict*. Lanham: Lexington Books, 2013. p. 99-125.

GLENDON, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the universal declaration of human rights*. New York: Random House, 2001.

HANNUM, Hurst (coord.). *Guide to international human rights practice*. Transnational Publishers, 4th ed. 2004.

HARRIS, Gardiner. Trump Administration Withdraws U.S. from U.N. Human Rights Council. *The New York Times*, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/06/19/us/politics/trump-israel-palestinians-human-rights.html>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

HUG, Simon; LUKÁCS, Richard. *Preferences or blocs? Voting in the United Nations Human Rights Council*. *Review of International Organizations*, n. 9, 2014. p. 83-106.

HUMPHREY, John P. *The universal declaration of human rights: its history, impact and juridical character*. In: RAMCHARAN, Dr. B.G. (coord.). *Human rights: thirty years after the universal declaration: commemorative volume on the occasion of the thirtieth anniversary of the universal declaration of human rights*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1979. p. 21-37.

ISHAY, Micheline R. *Introduction: human rights: historical and contemporary controversies*. In: ISHAY, Micheline R. (coord.). *The human rights reader: major political essays, speeches, and documents from ancient times to the present*. New York: Routledge, 2nd ed. 2007. xxi-xxviii.

LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.

LEPARD, Brian D. *Customary international law: a new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LEPARD, Brian D. Parochial restraints on religious liberty. In: SELLERS, M.N.S. (coord.). *Parochialism, cosmopolitanism, and the foundations of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 225-249.

LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

LEPARD, Brian D. *Rethinking humanitarian intervention: a fresh legal approach based on fundamental ethical principles in international law and world religions*. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2002.

LEPARD, Brian D. Toward a new theory of customary international human rights law. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 233-65.

NUSSBAUM, Arthur. *A concise history of the law of nations*. New York: The Macmillan Co., rev. ed. 1954.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos ("DUDH"), G.A. Res. 217A (III) (1948), tradução em português. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

PACTO da Sociedade das Nações (1919). Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

PACTO Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

PETERSEN, Niels. The role of consent and uncertainty in the formation of customary international law. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 111-30.

ROBERTS, Adam; GUELFF, Richard (coord.). *Documents on the laws of war*. Oxford: Oxford University Press, 3d ed. 2000.

SHAVERS, Anna Williams. Using customary international law to improve women's lives. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 266-306.

SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. *The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles*. *Australian Yearbook of International Law*, n. 82, v. 12, 1988-89. p. 82-108.

STAMATOPOULOU, Elsa; DANIELI, Yael; DIAS, Clarence J. Introduction. In: DANIELI, Yael; STAMATOPOULOU, Elsa; DIAS, Clarence J. (coord.). *The universal declaration of human rights: fifty years and beyond*. Amityville, N.Y.: Baywood Publishing Co., 1999. p. 149-161.

STEINHARDT, Ralph G; HOFFMAN, Paul L; CAMPONOVO, Christopher N. *International human rights lawyering: cases and materials*. St. Paul: Thomson/Reuters, 2009.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

WOOD, Michael. Foreword. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. xiii-xvi.

51

Submissão: 17/11/2019

Aceito para Publicação: 18/11/2019



TRIBUNAL DE INVESTIMENTO PERMANENTE COM INSTÂNCIA RECURSAL NOS ACORDOS DE LIVRE COMÉRCIO COM A UNIÃO EUROPEIA*

PERMANENT INVESTMENT COURT WITH APPEAL INSTANCE IN FREE TRADE AGREEMENTS WITH THE EUROPEAN UNION

STÄNDIGER INVESTITIONSGERICHTSHOF MIT BERUFUNGSINSTANZ IN FREIHANDELSABKOMMEN MIT DER EUROPÄISCHEN UNION

Horst Hammen**

Julian Schulte***

RESUMO: Na Alemanha, a arbitragem Investidor-Estado tem sido criticada porque, da forma como regulada nos últimos acordos de livre comércio, tem-se falhado no sentido de não existir a possibilidade de apelação da sentença exarada pelo tribunal arbitral. Essa objeção será discutida em duas partes na presente exposição. Num primeiro momento se discutirá se os princípios constitucionais garantem às partes um direito de recorrer de uma sentença de um tribunal estatal ou de uma corte arbitral. Num segundo momento, serão descritos os esforços atuais no sentido criar-se tribunais de investimento de segunda instância no âmbito dos acordos de livre comércio.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de apelação. Direito à prestação jurisdicional. Jurisdição arbitral. Tribunal Permanente de Investimento.

ABSTRACT: In Germany, the Investor-State arbitration has been criticized because, as regulated in the latest free trade agreements, it has failed in the sense that there is no possibility of appealing the sentence issued by the arbitral tribunal. This objection will be discussed in two parts in the present presentation. At first, it will be discussed whether constitutional principles guarantee the parties a right to appeal against a sentence of a state court or an arbitral tribunal. Secondly, the current efforts to create second instance investment courts under free trade agreements will be described.

KEYWORDS: Right of appeal. Right to jurisdictional provision. Arbitral jurisdiction. Permanent Investment Court.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Primeira parte: o direito de apelação do Estado de Direito. 1.1 Direito à prestação jurisdicional e jurisdição arbitral 1.2 Instância de apelação e direito constitucional. 1.3 Tribunais recursais e direito internacional. 2. Segunda parte: o planejado tribunal permanente de investimento e seu desenvolvimento. Referências.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista o insucesso dos esforços dispendidos na primeira metade da década passada nas Rodadas de Doha (Agenda de Desenvolvimento de Doha), o comércio internacional passou se liberalizar multilateralmente, através de instrumentos bilaterais e

* Tradução livre dos Mestrados Patrício Alves de Souza (PPGD-UFRGS), da ênfase ‘Direito Alemão e Europeu’, em parceria com o Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA), e Camila Rosa da Mata (PPGD-UFRGS). Reprodução de palestra ministrada na UFRGS no dia 06 de junho de 2019, na Sala Alberto Pasqualini, tendo a forma oral sido preservada. Contato dos tradutores: patricioalves93@gmail.com e camilarm94@gmail.com.

** Professor Catedrático de Direito Civil, Comercial, Econômico, Bancário e do Mercado de Capitais Europeu e Alemão da Justus-Liebig-Universität Gießen. Contato: horst.hammen@recht.uni-giessen.de.

*** Doutorando na Justus-Liebig-Universität Gießen. Contato: julian.schulte@recht.uni-giessen.de.

multilaterais negociados por países e grupos de países, como a União Europeia, visando ao entabulamento de acordos de livre comércio. Após a União Europeia ter fechado as negociações, no ano passado, de um acordo de livre comércio com o Japão, também anunciou o fechamento, em junho de 2019, de um acordo de livre comércio entre a União Europeia e o Mercado Comum do Sul (Mercosul) – que vinha sendo negociado desde 1999 – para a criação da maior zona de livre comércio do mundo, que terá, no entanto, que passar pela aprovação do Parlamento Europeu e de todos os países-membros da União Europeia¹. Tais acordos de livre-comércio receberam críticas por muitos na Alemanha. Associações de defesa do consumidor alegam que através destes tratados os standards de proteção do consumidor em vigência na União Europeia poderão ter sua eficácia comprometida. São também objeto de crítica as cláusulas dos referidos tratados que visam a proteger investimentos, especialmente as relacionadas ao estabelecimento de procedimentos de arbitragem entre o Estado e os Investidores, que no passado eram conduzidos por meio de arbitragem privada. O futuro de tais disposições nos acordos de livre-comércio negociados pela União Europeia esteve, por muito tempo, incerto. Então o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu, em março de 2018, que as cláusulas de arbitragem insertas nos acordos de proteção de investimento entre países-membros da União Europeia eram incompatíveis com o direito comunitário. Tribunais arbitrais formados com base nestas cláusulas de arbitragem, porque não estão integrados ao sistema jurídico da União Europeia, não têm condições de remeter ao TJUE questões relativas à interpretação do direito comunitário. Isso poria em risco a efetiva aplicação do direito comunitário.² Essa decisão fez a Comissão Europeia questionar fundamentalmente as cláusulas de arbitragem, incluindo as que a própria União Europeia havia acordado, na medida em que estas cláusulas permitiam procedimentos arbitrais contra Estados da União Europeia.³ Essa situação fez que, no recente acordo de livre comércio da União Europeia com o Japão, as cláusulas de proteção dos investidores fossem deixadas de lado.⁴ No entanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia deu parecer no âmbito do acordo de comércio entre a União Europeia e o Canadá no sentido de que o estabelecimento de tribunais arbitrais de investimento seria

¹ Frankfurter Allgemeine Zeitung, 1.7.2019, p. 17.

² EuGH NJW 2018, 1663; veja-se também BGH WM 2016, 1047.

³ Börsen-Zeitung, 18.8.2018, p. 9.

⁴ Frankfurter Allgemeine Zeitung, 17.07.2018 („Freihandelspakt EU – Japan: Käse gegen Autos“).

inofensivo ao direito comunitário se esses tribunais não tivessem jurisdição para interpretar direito comunitário, mas sim para interpretar o próprio tratado.⁵

Na Alemanha, a arbitragem Investidor-Estado tem sido criticada porque, da forma como regulada nos últimos acordos de livre comércio, tem-se falhado no sentido de não existir a possibilidade de apelação da sentença exarada pelo tribunal arbitral. Essa objeção será discutida em duas partes na presente exposição. Num primeiro momento se discutirá se os princípios constitucionais garantem às partes um direito de recorrer de uma sentença de um tribunal estatal ou de uma corte arbitral. Num segundo momento, serão descritos os esforços atuais no sentido criar-se tribunais de investimento de segunda instância no âmbito dos acordos de livre comércio.

1 PRIMEIRA PARTE: O DIREITO DE APELAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO

Apelações são litígios em segunda instância, principalmente perante tribunais estatais. A resolução de conflitos através destes tribunais e a aplicação da lei pelas agências estatais são expressões do monopólio do poder detido pelo Estado. No início da era moderna, o monopólio do poder Estatal substituiu os duelos como meio de resolução de conflitos. O duelo tem suas origens na tradição jurídica germânica. Embora já houvesse, à época, tribunais, em casos de homicídio culposo (*Totschlag*), homicídio doloso (*Mord*), ofensa à honra, adultério, roubo, entre outros, poderia o ofendido lançar uso da justiça de mão própria (*Faustrecht*) e fazer o agressor expiar sua culpa à força. Na alta idade média, os duelos eram a forma mais usual que havia, nos reinos e nas cidades-livres, para a resolução dos conflitos, principalmente entre os nobres. Evidentemente, esta forma de resolução de disputas colidiu com o direito e poder absolutos do Imperador alemão. Desta forma, a Paz de Mainz de 1235 limitou os duelos e determinou que a justiça de mão própria poderia acontecer apenas se um recurso a uma corte tivesse negado o apelo. No início da era moderna, através da Paz Duradoura/Perpétua do ano 1495 e da criação do Suprema Corte do Sacro-Império Romano-Germânico (*Reichskammergericht*), entregou-se definitivamente o monopólio do poder ao Estado e seus tribunais. O maior dos poetas alemães, Johann Wolfgang von Goethe, imortalizou este

⁵ EuGH, Gutachten 1/17, 30.4.2019 Rn. 119. Resumidamente, foi suscitada uma reclamação constitucional no Tribunal Constitucional Federal alemão contra o tratado comercial entre a UE e Cingapura (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 16.05.2019 [„Bundesverfassungsgericht soll Singapur-Abkommen prüfen“]).

momento histórico em seu Drama “Götz von Berlichingen”, que recebeu em português o nome “O cavaleiro da mão de ferro”.

1.1 DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E JURISDIÇÃO ARBITRAL

Pelo direito alemão moderno, uma pessoa poderá fazer valer o seu direito por meios próprios, inclusive o direito a uma prestação⁶, se, e somente se a autoridade competente não estiver disponível no momento e se, sem imediata intervenção, haja risco de que a realização do seu direito seja impedida ou venha a tornar-se mais difícil⁷ (§§ 229 e 230 do Código Civil Alemão). Em toda e qualquer outra situação que não a descrita anteriormente, a autotutela é incompatível com os princípios do Estado de Direito. Ademais, em um sistema jurídico moderno, é fundamentalmente tarefa do Estado a tutela dos direitos.⁸ Nesse sentido, o direito de autotutela do § 229 do BGB não pode ser estendido por acordo entre as partes.⁹ Em verdade, o credor deverá buscar o exercício dos seus direitos através dos procedimentos legais cabíveis. A fim de compensar a perda do direito de autotutela, a ordem constitucional garante ao credor o direito de exigir nos tribunais estatais o estrito cumprimento das obrigações – direito à prestação jurisdicional.

De qualquer forma, o direito à prestação jurisdicional é regulado na Lei Fundamental apenas para um caso em especial, quando eventualmente um cidadão tem seus direitos violados pelo poder público (Art. 19 Abs. 4 S. 1 da Lei Fundamental). Para litígios civis entre os cidadãos inexistente uma previsão similar. Esta falta de disposição específica na legislação não muda o direito à prestação jurisdicional. Isto porque o Tribunal Constitucional Federal Alemão reiteradamente deriva do princípio do Estado de Direito a permissão, baseada na Lei Fundamental (veja-se o Art. 28 Abs. 1 GG).¹⁰ Satisfaz o Estado esse direito à prestação jurisdicional na medida em que deixa ao credor o caminho aberto para que possa reclamar a

56

⁶ PALANDT, Otto (Verfasser). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78 ed. München: C.H. Beck, 2019, § 229 Rn. 6.

⁷ Quando da execução de uma sentença no estrangeiro determinando o arresto de bens, por exemplo, a situação poderá complicar-se (veja-se o § 917 Abs. 2 ZPO, SOERGEL, Hs. Th; SIEBERT, Wolfgang. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 13 ed. Stuttgart: Kohlhammer, 1999, § 229 Rn. 10, 12; RGZ 146, 182). Iminente insolvência não é suficiente. PALANDT, Otto (Verfasser). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78 ed. München: C.H. Beck, 2019, § 229 Rn. 5.

⁸ PALANDT, Otto (Verfasser). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78 ed. München: C.H. Beck, 2019, visão geral antes do § 226 Rn. 1.

⁹ RGZ 131, 222; 146, 186.

¹⁰ BVerfGE 54, 277, 291; 107, 395, 401.

execução dessa pretensão de direito privado através dos tribunais ordinários (§ 13 da GVG – *Gerichtsverfassungsgesetz* – a lei do sistema judiciário alemão). Naturalmente, os envolvidos são livres para renunciar a essa proteção dos tribunais estatais, no todo ou em parte.¹¹ Assim sendo, poderão as partes através de um contrato privado, a convenção de arbitragem, comprometer-se a submeter suas disputas à apreciação de um tribunal arbitral (§ 1029 Abs. 1 ZPO – *Zivilprozessordnung*, Código de Processo Civil). As convenções de arbitragem envolvendo consumidores (§ 13 BGB) só serão eficazes sob certas condições formais, mesmo que encontrem fundamento em cláusulas de termos e condições gerais de compra (AGB, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*)¹²; se tiverem sido assinadas pelas partes em um documento que não poderá conter outros acordos quaisquer (§§ 1031 Abs. 5 ZPO, 126 BGB)¹³, caso contrário, é reconhecida a jurisdição dos tribunais estatais.¹⁴

Se, no entanto, uma convenção de arbitragem tiver sido efetivamente concluída, uma ação sobre o mesmo assunto em disputa perante um tribunal estatal é inadmissível se o réu invocar o contrato de arbitragem (§ 1032 ZPO). Essa recusa à tutela jurídica do Estado é constitucionalmente permitida no direito alemão porque tribunais arbitrais não são tribunais de exceção^{15,16} (veja-se o Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG) que tenham sido formados *ad hoc* para a decisão de certos casos individuais¹⁷, violando o estado de direito e o princípio do juiz natural (veja-se o § 16 GVG). Ao contrário, isso é um desdobramento da autonomia da vontade dos indivíduos (veja-se o § 1025 Abs. 2 ZPO, em versão antiga) no que diz respeito à relação jurídica entre eles. Assim como as partes podem afastar a incidência da jurisdição estatal,¹⁸ é possível limitar a atuação de um tribunal arbitral. O Estado não abre mão do seu monopólio da jurisdição, porque embora as sentenças arbitrais sejam títulos executivos (§ 794 Abs. 1 Nr. 4ª ZPO), necessitam de um mandado de execução (§§ 1060 e ss. ZPO) e, além disso, a execução forçada

¹¹ Arg. ex § 309 Nr. 14 BGB e BAG NZA 2007, 1227.

¹² BGH SchiedsVZ 2005, 95, 97. De acordo com o Art. 3 c/c anexo Nr. 1 lit. q) da Diretiva 93/13/CEE relativas às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, cláusulas arbitrais poderão ser consideradas abusivas.

¹³ Compromissos arbitrais que versam sobre conflitos futuros relacionados à negociação de papeis em bolsa serão vinculantes apenas se ambas as partes forem empresárias (§ 37 h WpHG – *Wertpapierhandelsgesetz*, a lei que regula as negociações em bolsa de valores).

¹⁴ BGH SchiedsVZ 2012, 227.

¹⁵ Um exemplo de tribunais de exceção são as cortes marciais sumárias.

¹⁶ BGHZ 65, 59, 61.

¹⁷ Veja-se, também, BVerfGE 3, 223; 8, 182.

¹⁸ Da mesma forma que podem projetar uma demanda à vontade (Abtretungsverbot, § 399 Alt. 2 BGB, Herauschieben der Fälligkeit, § 271 BGB, Verkürzung oder Verlängerung der Verjährung, veja-se § 202 BGB, Nachrangabrede, veja-se § 10 Abs. 5 a KWG a.F., etc.).

das sentenças arbitrais continua reservada aos órgãos do Estado. Finalmente, é necessário observar-se que uma sentença arbitral, no sentido do § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO pode ser anulada por um tribunal estatal quando seu reconhecimento ou execução levar a um resultado que, ao fim e ao cabo, viole a ordem pública (*ordre public*).¹⁹

Entre as partes, a sentença arbitral surte o efeito de uma sentença definitiva exarada por um tribunal estatal (§ 1035 ZPO), a menos que a convenção de arbitragem estipule uma apelação a um tribunal arbitral de segunda instância.²⁰ Diz-se definitiva a sentença que não pode ser atacada, p.e., contra a qual não poderão ser interpostos recursos ou manejados quaisquer meios ordinários de apelação (veja-se os §§ 705 ZPO e 19 EGZPO – *Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung*, Lei de Introdução ao Código de Processo Civil alemão – irrecorribilidade das sentenças). Ademais, inexistente na legislação qualquer possibilidade de interposição de recurso às sentenças de um tribunal arbitral. É por isso que a mudança de instância de um tribunal arbitral para um tribunal estatal é impossível – mesmo com um acordo entre as partes.²¹ Pergunta-se, portanto, se é imprescindível, com fundamento no Estado de Direito, que exista uma instância de apelação, seja ela estatal ou arbitral, ou se o Estado está agindo conforme o esperado, de acordo com o Estado de Direito, ao limitar a justa expectativa de tutela jurisdicional a uma única instância.

58

2.2 INSTÂNCIA DE APELAÇÃO E DIREITO CONSTITUCIONAL

A constituição alemã não apresenta nenhuma resposta expressa a essa pergunta. Todavia, o Tribunal Federal Constitucional alemão decidiu que nem o direito fundamental à proteção contra violação de direitos praticado por autoridades governamentais garantido pelo Art. 19 Abs. 4 da Lei Fundamental (GG) nem a expectativa geral de tutela jurisdicional obrigam o legislador a possibilitar meios recursais, especialmente de apelação de uma decisão exarada por um tribunal. Além disso, do estabelecimento de tribunais federais superiores previsto no

¹⁹ BGH WM 2019, 36.

²⁰ BGH WM 2018, 1652: nesse caso, a eficácia da sentença arbitral estará sujeita à condição que precede à sua confirmação pelo painel arbitral de revisão.

²¹ Veja-se RGZ 146, 262; BAUMBACH, Adolf (Verfasser). *Zivilprozessordnung: mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*. München: C.H. Beck, 2019, § 1055 Rn. 2.

Art. 95 Abs. 1 da Lei Fundamental não pode derivar o direito a uma segunda instância processual.²²

A dispensabilidade de uma segunda instância é compatível com o Estado de Direito porque o legislador projetou o sistema judicial de tal maneira que a correção das decisões judiciais, na medida em que a parcialidade e o equívoco podem ser excluídos, é garantida. O poder de dizer o direito, ou seja, o juízo não pode ficar nas mãos de qualquer um e, em virtude disso, o poder judiciário é confiado aos juízes (Art. 92 Hs. 1 GG). Esse poder é exercido por meio dos juízes de carreira e honorários (§ 1 DRiG – *Deutsches Richtergesetz*, lei que regula a atividade jurisdicional). Isso assegura que cada órgão jurisdicional seja sempre presidido por um juiz de carreira vitalício (§ 28 Abs. 2 DRiG), ou seja, um juiz técnico. Esses juízes são técnicos porque passam por duas avaliações depois de uma graduação em Direito e ainda períodos de estágio em tribunais, na administração pública e na advocacia (§§ 5 e ss. DRiG). Além disso, os juízes não adquirem imediatamente a vitaliciedade, devendo antes passar por um período de estágio probatório (§ 12 Abs. 1 DRiG). Sobrevém a aquisição da vitaliciedade se, e somente se, resta demonstrada a adequação ao cargo de juiz durante o período do estágio probatório (§§ 10, 22 Abs. 2 DRiG).

Os juízes podem implementar em suas decisões essa jurisprudência livres de qualquer influência, uma vez que estão sujeitos apenas à lei (Art. 97 GG, §§ 1 GVG, 25 DRiG). Os juízes são de fato independentes (Art. 97 Abs. 1 GG), porque a influência na administração da justiça por parte do Legislativo e do Executivo, por exemplo, a partir de decisões parlamentares e atos administrativos, bem como sanções individuais, são inadmissíveis.²³ Eles são pessoalmente independentes porque não podem ser transferidos ou dispensados contra a sua vontade antes do final do seu mandato (Art. 97 Abs. 2 GG).

Além disso, o Estado não pode enfraquecer essa independência alterando o juízo, de forma a movimentar as causas, transferindo-as de um tribunal indesejável para outro. Isto porque ninguém poderá ser privado de seu juízo natural (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, § 16 S. 2 GVG). Caso isso venha a acontecer, é possível apresentar-se uma reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG). É claro que a independência dos juízes não permite de forma alguma que sejam prolatadas decisões arbitrárias. Ao contrário, as

²² SACHS, Michael (Verfasser). *Grundgesetz: Kommentar*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2018, Art. 95 Rn. 9.

²³ SACHS, Michael (Verfasser). *Grundgesetz: Kommentar*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2018, Art. 97 Rn. 12, 13.

decisões deverão estar “vinculadas” à lei e ao direito (Art. 20 Abs. 3 GG). Eles estão obrigados a exercer seu cargo de acordo com a lei, a sua consciência e seu melhor entendimento, sem levar em consideração a pessoa envolvida, servindo apenas à verdade e à justiça (§38 Abs. 1 DRiG). Ao violarem essa obrigação, pervertendo a justiça, estarão sujeitos a sanções penais (§ 339 StGB – *Strafgesetzbuch*, o Código Penal alemão). Caso uma parte venha a sofrer danos, o Estado será considerado responsável (§ 839 Abs. 2 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG). O Estado terá então, por sua vez, direito de regresso contra o Juiz de acordo com o Art. 34 S. 2 GG.

Essa situação é corroborada por outras previsões, através das quais uma decisão adequada do tribunal será garantida. De acordo com o Art. 103 GG, todos têm o direito de serem ouvidos em juízo. Dessa forma, os tribunais são instados conhecer dos argumentos apresentados pelas partes do processo. As partes têm o direito (§ 3 Abs. 3 BRAO – *Bundesrechtsanwaltsordnung*, lei que regula a atividade dos advogados)²⁴ e em procedimentos mais complexos a obrigação (§ 78 ZPO), de serem representados por um expert, um advogado,²⁵ que, como órgão independente de promoção da justiça (§ 1 BRAO), tem a tarefa de auxiliar na busca por uma decisão apropriada, proteger seu mandatário de erros judiciais e, especialmente, proteger a parte não familiarizada com o direito do perigo da perda de direitos.²⁶ A sociedade civil é o vigia de tudo isso. O princípio da publicidade das audiências (§ 169 Abs. 1 GVG),²⁷ que oferece uma garantia contra decisões arbitrárias, torna possível a presença do público. (Art. 1 Abs. 1 S. 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos).²⁸

Caso o direito a uma audiência justa seja violado, será cabível a apresentação de uma reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG). Se, mesmo com todas essas regras, alguma preocupação acerca da parcialidade de um juiz, havendo um motivo de que se possa lançar mão para justificar a desconfiança em relação à imparcialidade de um juiz, este poderá ser rejeitado pelas partes (§§ 24 StPO – *Strafprozessordnung*, Código de Processo Penal –, 42 ZPO)²⁹.

²⁴ Sobre a questão de assegurar-se constitucionalmente este direito, veja-se: KLEINE-COSACK, Michael. *Bundesrechtsanwaltsordnung*: BRAO. 7. ed. München: C.H. Beck, 2015, § 3 Rn. 7 f.

²⁵ À advocacia são admitidos apenas aqueles que já obtiveram a qualificação necessária ao cargo de juiz (§ 5 DRiG e § 4 S. 1 BRAO).

²⁶ Veja-se: KLEINE-COSACK, Michael. *Bundesrechtsanwaltsordnung*: BRAO. 7. ed. München: C.H. Beck, 2015, § 1 Rn. 3.

²⁷ BGH NJW 1956, 1646: fundamentos do estabelecimento do estado de direito.

²⁸ HOFMANN, Rainer; BOLDT, Niki. *Internationaler Bürgerrechtspakt*. München: C.H. Beck, 2005, Art. 14 Rn. 2.

²⁹ O pedido de rejeição será apreciado sem a participação do rejeitado (§§ 27 StPO, 45 ZPO).

Também contra atrasos no processo por parte do tribunal estão as partes protegidas. Do princípio do estado de direito advém a garantia de uma efetiva tutela jurisdicional, da qual deriva o direito à duração razoável do processo, ou seja, a tempestiva resolução da lide.³⁰ O legislador alemão, em virtude disso – instado por decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos com fundamento nos artigos 6 e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos³¹ – reconheceu às partes o direito de reclamar uma adequada compensação por danos advindos da duração excessiva dos processos judiciais (§ 198 GVG).³²

Todas essas precauções tornam constitucionalmente dispensável que se apele de uma decisão judicial, em qualquer caso. Por isso, lides sobre pequenas quantias costumam limitar-se a uma única instância. Por exemplo, só é possível apelar-se de uma decisão de primeira instância no âmbito do direito civil ou do trabalho se o valor da causa ultrapassa os 600 (seiscentos) euros (§§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, 64 Abs. 2 lit. b) ArbGG – *Arbeitsgerichtsgesetz*, lei que regula a justiça do trabalho).³³ No âmbito dos tribunais fiscais, há somente a possibilidade de fazer-se um pedido de revisão e apenas se o caso é de fundamental importância (§115 FGO – *Finanzgerichtsordnung*, lei que regula a justiça fiscal).

61

3.3 TRIBUNAIS RECURSAIS E DIREITO INTERNACIONAL

O direito alemão, segundo o qual não há qualquer direito constitucionalmente garantido à revisão de sentenças judiciais em um órgão de apelação, corresponde ao direito europeu e internacional. De acordo com o Art. 47 Abs. 1 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia³⁴, entretanto, cada pessoa cujos direitos tiverem sido violados terá direito a interpor recurso em um tribunal. Tendo o tribunal, no entanto, decidido a questão, esse recurso fica comprometido. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o princípio da efetiva proteção judicial, de acordo com o direito comunitário, não contempla o direito de

³⁰ Schlick WM 2016, 485.

³¹ EGMR NJW 2006, 2389; NJW 2010, 3355.

³² Abrangentemente, Schlick WM 2016, 485 ff.

³³ Veja-se também o § 144 da *Sozialgerichtsgesetz* – lei que regula o processo previdenciário.

³⁴ O Art. 47 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia se baseia no Art. 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (direito a um recurso efetivo), que por sua vez remete ao Art. 8 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (remédio efetivo para remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais) (veja-se MEYER, Jürgen (Hrsg.). *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 4. Ed. Baden-baden: Nomos, 2014, Art. 47 Rn. 2.

acesso a duas instâncias jurisdicional, mas sim a apenas uma.³⁵ Da mesma forma, o Art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 concede a todos o direito de ser ouvido por um tribunal competente na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil (Abs. 1), mas o direito de apelar de uma sentença junto a um tribunal superior é reconhecido apenas àqueles que forem condenados por algum crime.

Naturalmente, segundo o direito a uma efetiva prestação jurisdicional, não conceder o acesso a uma segunda instância não significa que os recursos contra uma decisão judicial, incluindo uma apelação, sejam sempre excluídos. Ao contrário, corresponde à tradição do estado de direito alemão e europeu que, considerando-se as exceções acima descritas, uma parte poderá fazer recorrer-se de uma decisão em uma segunda instância e possivelmente até em uma terceira instância.³⁶ Essa tradição existe, no entanto, apenas para processos que tramitam em tribunais estatais, porque o § 1055 ZPO concede às decisões arbitrais caráter terminativo, ou seja, o efeito de irrecorribilidade. Estando a arbitragem sujeita ao arranjo contratual das partes, estas poderão alterar as consequências jurídicas previstas no §1055 ZPO. As partes podem, por exemplo, eliminar o efeito jurídico da decisão através de um acordo³⁷ e então abrir o caminho para uma lide processual perante um tribunal estatal.³⁸ Elas podem também acordar que a parte vencida terá o direito de apelar da decisão arbitral perante uma corte superior arbitral.³⁹ Uma vez que a instituição de uma jurisdição arbitral intergovernamental por meio de um acordo de livre comércio também se baseia em uma decisão autônoma, ou seja, um acordo contratual entre os estados envolvidos, os contratantes são livres para estabelecer uma instância de apelação no âmbito da arbitragem investidor-Estado.

³⁵ EuGH C-169/14, Beck RS 2014, 81292; STERN, Klaus; SACHS, Michael. *Europäische Grundrechte-Charta*. München: C.H. Beck, 2016, Art. 47 Rn. 50 f. Inexiste conflito com o direito comunitário o estabelecimento de uma instância recursal no âmbito dos acordos de proteção de investimento. (EuGH, Gutachten 1/17, 30.4.2019 Rn. 118).

³⁶ A estrutura constitucional para isso é conferida pelo Art. 95 Abs. 1 GG, que atribui à União a tarefa de constituir os tribunais federais como “supremos”. Isso implica dizer que, no geral, duas instâncias judiciais (SACHS, Michael (Verfasser). *Grundgesetz: Kommentar*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2018, Art. 95 Rn. 9).

³⁷ OLG Bremen NJW 1957, 1035.

³⁸ ZÖLLER, Richard (Verfasser). *Zivilprozessordnung: mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen: Kommentar*. 32. Ed. Köln: Otto Schmidt, 2018, § 1055 Rn. 10.

³⁹ BAUMBACH, Adolf (Verfasser). *Zivilprozessordnung: mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*. München: C.H. Beck, 2019, § 1055 Rn. 2.

2 SEGUNDA PARTE: O PLANEJADO TRIBUNAL PERMANENTE DE INVESTIMENTO E SEU DESENVOLVIMENTO

Em um mundo cada vez mais globalizado, as atividades econômicas e comerciais transfronteiriças estão se tornando cada vez mais importantes. A relação entre investidores privados e Estados, em particular, tem uma ampla gama de questões legais. Isso ficou particularmente claro nos últimos anos na discussão sobre o CETA (Acordo Econômico e Comercial Global), o acordo de livre comércio entre a UE e o Canadá. Neste acordo, um tribunal de investimentos com um órgão de apelação está sendo apresentado pela primeira vez como parte da solução de controvérsias. A introdução dessa autoridade também foi discutida no acordo TTIP (Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento). No entanto, as negociações sobre o acordo foram suspensas desde que Donald Trump foi eleito Presidente dos Estados Unidos em 2017.

Partidos políticos e defensores dos consumidores temem através da ratificação de tais acordos de livre comércio, entre outros, uma erosão dos direitos civis e do consumidor.⁴⁰ O mecanismo de solução de controvérsias contido no acordo CETA também é objeto de críticas maciças.⁴¹ Em resposta a essas críticas, a introdução de um tribunal de investimentos está sendo discutida no nível da União Europeia. Esta proposta⁴² prevê a introdução de um tribunal constituído por um tribunal primário e um tribunal de apelação. Este último representa uma novidade absoluta na área de Solução de Controvérsias Investido-Estado (ISDS). Até o momento, as disputas sempre foram resolvidas pelos tribunais de arbitragem *ad hoc*⁴³, sem que um recurso fosse admissível.⁴⁴ Sob certas condições⁴⁵, era possível que uma sentença arbitral⁴⁶

63

⁴⁰ Süddeutsche Zeitung de 2 de maio de 2016 („Wie die US-Verhandler Europas Verbraucherschutz angreifen“); Bündnis 90/Die Grünen zum Freihandel. Disponível em: <<https://www.gruene-bundestag.de/freihandel.html>>. Acesso em: 13.06.2019.

⁴¹ O período de 27 de fevereiro de 2014 („Schattenjustiz - Im Namen des Geldes“) („Justiça Sombria - Em Nome do Dinheiro“); BT-Drucks (Documento Parlamentar) 18/1457, p. 1.

⁴² Comissão Europeia, Investment in TTIP and beyond – the path for reform (Investimentos em TTIP e além - o caminho da reforma), p. 1. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

⁴³ Birkener, EuZW 2016, 454, 458.

⁴⁴ Duve/Rösch ZVglRWiss 2015, 387, 390; Krajewski, ZUR 2014, 396, 398.

⁴⁵ Para uma lista precisa dos motivos do cancelamento, cf. Art. 52 (1) Convenção ICSID.

⁴⁶ Artigos 52, 53 da Convenção ICSID.

fosse total ou parcialmente cancelada por um comitê *ad hoc*⁴⁷, mas não era possível apelar no sentido literal da palavra.

O termo “Investor-State-Dispute Settlement” é traduzido em alemão como “Investor-Staat-Streitbeilegung” (resolução de litígios entre investidor e Estado).⁴⁸ Ele descreve a possibilidade de solução de controvérsias no âmbito de contratos internacionais de proteção de investimentos. Os investidores privados têm, dessa forma, o direito de entrar com uma ação perante um tribunal de arbitragem contra o estado em que fizeram investimentos sem o apoio de seu país de origem.⁴⁹ A instituição mais conhecida, a qual também administra a maioria dos procedimentos, é o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). Até o momento, 163 nações assinaram o acordo de solução de controvérsias do ICSID. 154 países o ratificaram.⁵⁰ O número de processos em andamento é de 268.⁵¹ Enquanto isso, o acordo ganhou importância global.⁵²

O procedimento de arbitragem nos termos da Convenção ICSID⁵³ é definido nos artigos 36 a 55 do capítulo 4. O verdadeiro procedimento é regulado em detalhes nas “*Arbitration Rules*”, às quais o artigo 44 da Convenção ICSID se refere. O procedimento é iniciado pela solicitação de uma das partes envolvidas ao Secretário-Geral do ICSID⁵⁴. Somente após o pagamento de uma taxa de depósito no valor de US\$ 25.000, o julgamento é aberto. O tribunal arbitral geralmente é constituído por três juízes, com cada uma das partes nomeando um árbitro. O terceiro árbitro, que também preside a reunião, é nomeado por acordo entre as partes.⁵⁶ Se as partes não puderem concordar com um terceiro árbitro, o ICSID o determinará.⁵⁷ Após a constituição do Tribunal e o Secretário-Geral ter informado as partes da nomeação dos árbitros,

⁴⁷ Artigo 52 da Convenção ICSID.

⁴⁸ Birkener, EuZW 2016, 454, 456.

⁴⁹ AHNER, Juliane. *Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2015, p. 3; Birkner EuZW 2016, 454, 456; Krajewski ZUR 2014, 396, 398f.

⁵⁰ Database of ICSID Member States,. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>. Acesso em: 13.06.2019; List of Member States- ICSID/3,. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/List-of-Member-States.aspx>, Acesso em: 13 de junho de 2019.

⁵¹ ICSID Pending Cases with Details. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/pages/cases/pendingCases.aspx?status=p>. Acesso em: 13.06.2019.

⁵² Lörcher Schieds VZ 2005, 11.

⁵³ Veja também REED, Lucy; PAULSSON Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, pp. 123-127.

⁵⁴ Artigo 36 (1) ICSID-Arbitration Rules.

⁵⁵ ICSID Schedule of Fees, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx>. Acesso em: 13.06.2019.

⁵⁶ Artigo 37 (2) b ICSID-Arbitration Rules.

⁵⁷ Para os requisitos exatos, ver Art. 38 das Regras de arbitragem do ICSID.

a primeira reunião será realizada dentro de 60 dias.⁵⁸ O idioma do processo é inglês, francês ou espanhol, embora, em princípio, sejam possíveis acordos distintos, mas estes exigem a aprovação do Secretário-Geral.⁵⁹ Uma *Pre-Hearing Conference* (pré-audiência) pode ser convocada com o objetivo de acelerar o processo e trocar informações.⁶⁰ O procedimento é dividido em uma fase escrita e uma oral.⁶¹ Além do pedido de arbitragem, a fase escrita inclui uma declaração escrita do autor (*Memorial*), uma resposta do réu (*Counter-Memorial*) e, se necessário, uma réplica (*Reply*) e uma tréplica (*Rejoinder*).⁶² A fase oral inclui oitiva das partes e produção de provas. Os dias da sessão são determinados previamente pelo Secretário-Geral. Após a conclusão da audiência, o processo é encerrado e o tribunal arbitral toma uma decisão.⁶³ A fim de preservar a independência do tribunal arbitral, as negociações não são públicas e sigilosas.⁶⁴ A sentença é final, não há possibilidade de recurso. No entanto, é possível uma anulação mediante uma reclamação por escrito ao Secretário-Geral, assim como a revisão da decisão por um comitê *ad hoc*.

A proposta da Comissão da UE de reformar o mecanismo de solução de controvérsias através da introdução de um mecanismo ISDS foi publicada em 12 de novembro de 2015.⁶⁵ Após algumas mudanças, o CETA foi assinado em 30 de outubro de 2016 pelo Conselho Europeu, pela Comissão Europeia e pelo governo canadense.⁶⁶ O Parlamento Europeu aprovou o CETA em 15 de fevereiro de 2017.⁶⁷ Ainda é necessária uma ratificação completa por 16 Estados membros. A proteção do investimento é regulamentada no CETA no capítulo 8, seção

65

⁵⁸ Regra 6 (1), 13 (1) ICSID Arbitration Rules. Disponível em: <<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap03.htm#r22>>. Acesso em: 13 jun.2019.

⁵⁹ Regel 22 (1) ICSID Arbitration Rules.

⁶⁰ Regra 21 (1) ICSID Arbitration Rules.

⁶¹ Regra 29 ICSID Arbitration Rules.

⁶² Regra 31 (1) ICSID Arbitration Rules.

⁶³ Regra 38 ICSID Arbitration Rules.

⁶⁴ Regra 15 (1) ICSID Arbitration Rules.

⁶⁵ Pressemitteilung der Europäischen Kommission: EU stellt Vorschlag für Investitionsschutz und Investitionsgericht fertig, Disponível em: <<https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Europäische+Kommission,+Vorschlag+zum+Investitionsschutz+und+zur+Beilegung+von+Investitionsstreitigkeiten&ie=UTF-8&oe=UTF-8#>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

⁶⁶ Zeit Online de 30.10.2016 („CETA-Abkommen unterzeichnet“).

⁶⁷ Pressemitteilung des Europäischen Parlaments de 15.02.2017 disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/de/pressroom/>> 20170209IPR61728/ceta-parlament-billigt-handelsabkommen-zwischen-eu-und-kanada. Acesso em: 13.06.2019.

F do art. 8,18-8,45, mas até agora não foi provisória nem definitivamente posta em prática.⁶⁸ Isso só acontecerá depois que todos os Estados Membros ratificarem o acordo. No dia 2 de dezembro de 2015, o novo mecanismo ISDS também foi implementado no projeto de Acordo de Livre Comércio UE-Vietnã (EU-Vietnã FHA).⁶⁹

Primeiro, a natureza jurídica do Tribunal de Investimento da UE deve ser examinada. A questão a ser respondida aqui é se o Tribunal de Justiça é um tribunal internacional, um tribunal arbitral ou híbrido. Definir se o Tribunal de Investimento da UE é um tribunal arbitral ou um tribunal internacional é de importância considerável, pois dessa definição resultam diferentes requisitos processuais. As normas processuais para os procedimentos perante os tribunais estaduais podem ser encontradas nas Seções 1 e seguintes do Código Alemão de Processo Civil (ZPO), as para os tribunais arbitrais, por sua vez, nas Seções 1025 e seguintes.⁷⁰ No que toca à classificação, diferentes opiniões são expressas⁷¹. A nomenclatura utilizada nas passagens individuais de texto dos vários acordos de livre comércio deve ser usada para a análise:⁷² O termo “tribunal” é usado em todos os acordos para a designação da primeira instância e da instância de apelação⁷³, que, em inglês, é usado para designar um tribunal de arbitragem.⁷⁴ O tribunal, composto por três juízes, está realizando uma audiência. A decisão do juiz também é chamada de “decisão arbitral” e não de sentença.⁷⁵ Os acordos também se referem às regras de várias instituições de arbitragem. Os acordos também se referem às regras de várias instituições de arbitragem. Esses fenômenos sugerem a classificação como um tribunal arbitral. Outro

66

⁶⁸ TIETJE, Christian, Keine Panik vor Investitionsschiedsgerichten. disponível em: <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-gutachten-ceta-investitionsschiedsgerichte-juristischueberzeugend/>>. Acesso em: 13.06.2019.

⁶⁹ Europäische Kommission: EU und Vietnam beschließen Freihandelsabkommen. Disponível em: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409>>. Acesso em: 13.06.2019.

⁷⁰ Sandrock RIW 2015, 625, 626.

⁷¹ Veja Sandrock RIW 2015, 625, 626f., 635, que se baseia em um tribunal estadual internacional; a.A.: Schneiderhahn, Peter, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP-Vorschlag der Europäischen Kommission, de 16.09 und 12.11.2015. disponível em: <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/stellungnahme-deutscher-richterbund-zur-errichtung-einesinvestitionsgerichts-fuer-ttip.html>>. Acesso em: 13.06.2019.

⁷² Os comentários a seguir referem-se à Seção F do Capítulo 8 do CETA (setembro de 2018) e ao Capítulo 3 do Contrato de Proteção ao Investimento contido no acordo de livre comércio entre a UE e o Vietnã (setembro de 2018).

⁷³ Artigos 8.27, 8.28 do Acordo CETA; Artigo 3.38,3.39 UE-Vietnã FHA.

⁷⁴ Disponível em: <<https://definitions.uslegal.com/a/arbitral-tribunal/>>. Acesso em: 13.06.2019.

⁷⁵ Artigos 8.27 (6) 8.41 (5) CETA-Abkommen; Artigo 3.38 (6), 3.57 (3) EU-Vietnam FHA.

argumento para apoiar esta tese é a referência à Convenção de Nova York⁷⁶ e o fato de que as decisões tomadas são consideradas sentenças arbitrais.⁷⁷ Em resumo, deve-se notar que as referências às regras do ICSID⁷⁸, bem como a designação de tribunal e a composição referem-se mais a uma classificação do Tribunal de Investimento da UE do que a um tribunal arbitral permanente.

O Tribunal de Investimentos do CETA é composto por duas instâncias.⁷⁹ A primeira instância é o “Tribunal de Primeira Instância”. O tribunal é composto por 15 juízes, cinco dos quais são cidadãos da UE, cinco cidadãos canadenses e os cinco membros restantes de países terceiros.⁸⁰ Na FHA UE-Vietnã, a primeira instância consiste em apenas nove juízes, três cidadãos de estados membros da UE, três cidadãos vietnamitas e três cidadãos de países terceiros.⁸¹ Uma nota de rodapé na FHA UE-Vietnã indica que também é possível para uma parte: nomear um ou mais árbitros de outras nacionalidades em vez de árbitros de sua própria nacionalidade. Estes são tratados como se fossem cidadãos do país da parte que fez uso dessa opção.⁸² Os membros do tribunal do CETA são nomeados por um comitê misto, o “*CETA Joint Committee*”.⁸³ Para poder atuar como juiz no Tribunal de Investimentos, é preciso ter a qualificação de juiz no país de origem. O candidato também deve ter experiência em direito público internacional. A experiência em direito internacional de investimentos, direito comercial internacional e resolução de disputas no âmbito de acordos comerciais internacionais, também é desejável.⁸⁴

Os mandatos dos juízes são regulados de maneira diferente nos dois acordos de livre comércio. No entanto, só pode ser renovado uma vez. O CETA tem o mandato mais longo em cinco anos, enquanto o mandato mais curto, de quatro anos, pode ser encontrado na EU-Vietnã FHA.⁸⁵ Ambos os acordos preveem a extensão do mandato de cinco juízes, nomeados

⁷⁶ A Convenção de Nova York regula o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras nos países que ratificaram a convenção. Disponível em: <<http://www.newyorkconvention.org>>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

⁷⁷ Artigo 8.27 (5) 8.41 (5) Acordo CETA; Artigo 3.55, 3.57 (3) EU-Vietnam FHA.

⁷⁸ Artigo 8.41 (3, 6) do Acordo CETA; Artigo 3.54 (1c.) UE-Vietnã FHA.

⁷⁹ Veja também TITI, Catherine, The European Union's Proposal for an Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711943, S. 9-16, Acesso em: 13.06.2019.

⁸⁰ Artigo 8.27 (2) Acordo CETA.

⁸¹ Artigo 3.38, n.º 2, UE-Vietname FHA.

⁸² Nota de rodapé 1 do artigo 3.38 na subseção 4 do capítulo 3 da EU-Vietnã FHA.

⁸³ Artigo 8.27 (2) Acordo CETA.

⁸⁴ Artigo 8.27 (4) Acordo CETA, artigo 3.38 (4) UE-Vietnã FHA.

⁸⁵ Artigo 8.27 (5) Acordo CETA, artigo 3.38 (5) UE-Vietnã FHA.

imediatamente após a entrada em vigor, para seis anos, e ouvir os casos através de um tribunal de três juízes.⁸⁶ Um juiz deve ser de um Estado-Membro da UE, outro deve ser um cidadão canadense ou vietnamita e um juiz deve ser de um país terceiro. O juiz do país terceiro sempre preside.⁸⁷

Dentro de 90 dias após a ação, o Presidente do Tribunal seleciona os membros de forma rotativa, com todos os juízes sendo igualmente considerados.⁸⁸ Os juízes devem estar disponíveis para qualquer momento e pouca antecedência.⁸⁹ Para garantir a disponibilidade dos juízes, eles recebem um salário fixo cuja quantia é determinada pelo comitê (conjuntamente).⁹⁰ O critério utilizado é de 1/3 do salário de um juiz do órgão de apelação da OMS, ou seja, cerca de € 2.000.⁹¹ O salário fixo é pago em partes iguais por ambas as partes⁹² ou a distribuição é determinada de acordo com o desenvolvimento econômico das partes.⁹³ Os outros custos e despesas dos juízes serão suportados com referência ao artigo 14 (1) da Convenção ICSID, salvo acordo em contrário.⁹⁴ O comitê (em conjunto) também pode converter a remuneração fixa em salário permanente. Os juízes, então, têm que trabalhar em período integral. Sua remuneração será calculada com base no esforço organizacional.⁹⁵ Nesse caso, os juízes só podem realizar outras atividades com a aprovação do Presidente, independentemente se são pagos ou voluntários.⁹⁶

Em sequência, a estrutura e o funcionamento do órgão de apelação serão explicados em detalhes. O estabelecimento do órgão de apelação visa promover a consistência da jurisprudência e tomar decisões dentro da previsibilidade da estrutura da ISDS.⁹⁷ A ideia de reformar o sistema ISDS existente por meio da introdução de um órgão de apelação não é fundamentalmente nova. As redações da UE-Vietnã FHA e da CETA diferem minimamente em

⁸⁶ Artigo 8.27 (5, 6) Acordo CETA, artigo 3.38 (5.6) EU-Vietnã FHA.

⁸⁷ Artigo 8.27 (6) Acordo CETA, artigo 3.38 (6) UE-Vietnã FHA.

⁸⁸ Artigo 8.27 (7) Acordo CETA, artigo 3.38 (7) UE-Vietnã FHA.

⁸⁹ Artigo 8.27 (11) Acordo CETA, artigo 3.38 (13) UE-Vietnã FHA.

⁹⁰ Artigo 8.27 (12) Acordo CETA, artigo 3.38 (14) UE-Vietnã FHA.

⁹¹ Artigo 9º, (12), do capítulo 2 do projeto TTIP.

⁹² Artigo 8.27 (13) Acordo CETA.

⁹³ Artigo 3.38 (15) UE-Vietnã FHA; o termo "níveis de desenvolvimento" deve ser entendido no sentido de desempenho econômico.

⁹⁴ Artigo 8.27 (14) Acordo CETA, artigo 3.38 (16) UE-Vietnã FHA.

⁹⁵ Artigo 8.27 (15) Acordo CETA, artigo 3.38 (17) UE-Vietnã FHA.

⁹⁶ Artigo 3.38 (17) UE-Vietnã FHA.

⁹⁷ United Nations Conference on Trade and Development: Investor-State Dispute Settlement: A Sequel: Series on Issues in International Investment Agreements II. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf>. Acesso em: 13.06.2019.

alguns pontos. O primeiro acordo, por exemplo, estipula que o órgão de apelação é um órgão permanente⁹⁸, enquanto o acordo CETA não se pronuncia sobre isso. No EUVietnam FHA, o órgão de apelação é composto por seis membros, dois dos quais são cidadãos da UE e dois vietnamitas. Os dois membros restantes são de países terceiros. O mandato é de quatro anos; pode ser estendido uma vez. Três dos juízes, que são nomeados imediatamente após a entrada em vigor dos acordos correspondentes, permanecerão em seus cargos por um total de seis anos.⁹⁹ Outros regulamentos acerca do órgão de apelação - em particular sobre a nomeação e qualificação dos membros e a composição do tribunal - são muito semelhantes aos da primeira instância.¹⁰⁰ No entanto, os regulamentos de pagamento diferem dos juízes de primeira instância. Além do salário fixo mensal, os juízes que trabalham no órgão de apelação recebem um salário por cada dia em que trabalharam como membros de um comitê de apelação.¹⁰¹ Os custos do salário fixo dos juízes de apelação são divididos igualmente entre as partes contratantes. Da mesma forma, o comitê conjunto também tem o poder de converter o salário fixo e a taxa diária em salário regular, sendo a consequência a de que os membros do órgão de apelação trabalham por período integral.¹⁰²

O artigo sobre o órgão de apelação contido no CETA difere significativamente em relação às questões organizacionais dos regulamentos da EU-Vietnã FHA. O Comitê Conjunto (“*CETA Joint Committee*”) desempenha um papel fundamental aqui: esse comitê é responsável pela nomeação dos membros, determinação do número de membros do órgão de apelação e supervisão administrativa do procedimento. Além disso, a remuneração dos membros e os custos de início e execução do procedimento são de responsabilidade da Comissão Mista.¹⁰³ O prazo para interposição de recurso é de 90 dias após o anúncio da decisão em primeira instância.¹⁰⁴ Uma apelação pode ser concedida se o tribunal se enganar ao interpretar ou aplicar a lei cabível ou se manifestar incorretamente na avaliação de fatos, incluindo a avaliação da legislação nacional relevante. Da mesma forma, um procedimento de apelação pode ser iniciado com a ajuda dos motivos de apelação mencionados no artigo 52 da Convenção ICSID (como, por exemplo, a composição incorreta do tribunal, a falta de indicação dos motivos da sentença

⁹⁸ Artigo 3.39 (1) EU-Vietnam FHA.

⁹⁹ Artigo 3.39 (2, 5) UE-Vietnã FHA.

¹⁰⁰ Artigo 3.39, n.os 11 a 18, UE-Vietname FHA.

¹⁰¹ Artigo 3.39 (14) UE-Vietnã FHA.

¹⁰² Artigo 3.39 (15, 17) UE-Vietname FHA.

¹⁰³ Artigo 8.28 (7) Acordo CETA.

¹⁰⁴ Artigo 8.28 (9a) Acordo CETA.

na sentença), desde que estes ainda não estejam cobertos pelos outros dois motivos já mencionados.¹⁰⁵

Em resumo, pode-se dizer que o sistema clássico de solução de controvérsias entre investidores e estados está em transição. Na Europa, essa solução de controvérsias por meio de tribunais de arbitragem privados, como foi praticada com base em antigos acordos de livre comércio, perdeu a aceitação. Portanto, a UE planeja criar um tribunal de investimento como um tribunal de arbitragem permanente com um órgão de apelação. Este novo conceito foi implementado em particular no Acordo de Livre Comércio entre a UE e o Vietnã. A possibilidade de se estabelecer em todo o mundo somente ficará clara quando se concluir com as principais potências comerciais, Estados Unidos e China.

REFERÊNCIAS

AHNER, Juliane. *Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2015.

BAUMBACH, Adolf (Verfasser). *Zivilprozessordnung: mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*. Egründet von Dr. Adolf Baumbach (weiland Senatspräsident beim Kammergericht); fortgeführt zunächst von Professor Dr. Wolfgang Lauterbach (weiland Senatspräsident beim Hanseatischen Oberlandesgericht) und sodann von Dr. Jan Albers (weiland Präsident des Hamburgischen Obergerichts), Dr. Dr. Peter Hartmann (Richter am Amtsgericht Lübeck a.D.); nunmehr verfaßt von Dr. Dr. Peter Hartmann. 77 ed. München: C.H. Beck, 2019.

HOFMANN, Rainer; BOLDT, Niki. *Internationaler Bürgerrechtspakt*. München: C.H. Beck, 2005.

KLEINE-COSACK, Michael. *Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO*. 7. ed. München: C.H. Beck, 2015. 908 p.

MEYER, Jürgen (Hrsg.). *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 4. Ed. Baden-baden: Nomos, 2014

¹⁰⁵ Artigo 8.28, n.º 2, Acordo CETA, artigo 3.54, n.º 1, UE-Vietname FHA.

PALANDT, Otto (Verfasser). *Bürgerliches Gesetzbuch*: mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz. Bearbeitet von Prof. Dr. Dr. h.c. Gerd Brudermüller (Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe a.D.), Prof. Dr. Jürgen Ellenberger (Vizepräsident des Bundesgerichtshofs), Prof. Dr. Isabell Götz (Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht München), Dr. Christian Grüneberg (Richter am Bundesgerichtshof), Sebastian Herrler (Notar in München), Hartwig Sprau (Vizepräsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts a.D.), Prof. Dr. Karsten Thorn (Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg), Walter Weidenkaff (Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München a.D.), Dr. Dietmar Weidlich (Notar in Roth b. Nürnberg), Prof. Dr. Hartmut Wicke, LL.M. (Notar in München). et al. 78 ed. München: C.H. Beck, 2019.

REED, Lucy; PAULSSON Jan; BLACKABY, Nigel. *A Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

SACHS, Michael (Verfasser). *Grundgesetz*: Kommentar. Herausgegeben von Dr. Michael Sachs (Universitätsprofessor an der Universität zu Köln); bearbeitet von Prof. em. Dr. Dr. h. c. Ulrich Battis (Berlin), Prof. em. Dr. Herbert Bethge (Passau), Prof. Dr. Ralf Brinktrine (Würzburg), Prof. Dr. Michael Sachs (Köln) und 33 anderen. 8. ed. München: C.H. Beck, 2018.

SOERGEL, Hs. Th.; SIEBERT, Wolfgang (begr. von). *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 13 ed. Stuttgart: Kohlhammer, 1999.

STERN, Klaus; SACHS, Michael. *Europäische Grundrechte-Charta*. München: C.H. Beck, 2016.

ZÖLLER, Richard (Verfasser). *Zivilprozessordnung*: mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen: Kommentar. Begründet von Dr. Richard Zöller; bearbeitet von Dr. Christoph Althammer (Professor an der Universität Regensburg), Christian Feskorn (Vorsitzender Richter am Landgericht), Dr. Dr. h.c. Reinhold Geimer (Rechtsanwalt, Notar a.D. und Honorarprofessor an der Universität München), Dr. Reinhard Greger (Professor i.R. an der Universität Erlangen-Nürnberg, vorm. Richter am Bundesgerichtshof), Kurt Herget (Richter am Amtsgericht a.D., Offenbach), Dr. Hans-Joachim Heßler (Präsident des Landgerichts, München I), Dr. Arndt Lorenz (Stellv. Direktor des Amtsgerichts Kerpen), Clemens Lückemann (Präsident des Oberlandesgerichts, Bamberg), Dr. Hendrik Schultzky (Richter am Oberlandesgericht Nürnberg), Dr. Mark Seibel (Vizepräsident des Landgerichts Siegen), Dr. Gregor Vollkommer (Richter am Oberlandesgericht München). 32. Ed. Köln: Otto Schmidt, 2018.



A PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO INSTRUMENTO DE AMPLIAÇÃO DE SOBERANIA AMERICANA SOBRE OS PAÍSES MEGADIVERSOS

THE INTELLECTUAL PROPERTY AS A TOOL FOR EXPANSION OF AMERICAN SOVEREIGNTY OVER THE MEGA DIVERSE COUNTRIES

Guilherme Aparecido da Silva Maia*

Rosemary Matias**

Ademir Kleber Morbeck de Oliveira***

RESUMO: Desde a Lei Veneziana de Patentes, em 1474, os países têm protegido seu conhecimento por diversos sistemas jurídicos. Este artigo teve como objetivo investigar esses sistemas e correlacionar desenvolvimento, Acordo TRIPS e propriedade intelectual. Os resultados alcançados permitiram a compreensão dessa estratégia, bem como seu modus operandi. O protagonismo global americano ganhou força com o Acordo sobre Aspectos Relacionados com o Comércio dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS). Com a segurança jurídica da Organização Mundial do Comércio (OMC), o País pode avançar suas fronteiras frente aos países em desenvolvimento, notadamente, naqueles com rica biodiversidade, caracterizando assim a ampliação de soberania.

PALAVRAS-CHAVE: Política de Inovação no Brasil. Sistema de Proteção do Conhecimento. Biodiversidade Brasileira.

ABSTRACT: Since the Venetian Patent Law in 1474, countries have protected their knowledge by various legal systems. American global prominence has gained momentum with the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). With the legal security of the World Trade Organization (WTO), the country can advance its frontiers vis-à-vis developing countries, especially those with rich biodiversity, thus characterizing the expansion of sovereignty. This article aimed to investigate this strategy and correlate development, TRIPS Agreement and intellectual property. The results obtained allowed the understanding of this strategy, as well as its modus operandi.

KEYWORDS: Innovation Policy in Brazil. Knowledge Protection System. Brazilian Biodiversity.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os EUA e o acordo TRIPS. 2. O Brasil e o acesso ao patrimônio genético oriundos da biodiversidade. 2.1. O panorama institucional brasileiro de proteção do conhecimento. Conclusão. Referências.

* Graduado em Direito, especialista em Inovação e Difusão de Tecnologias, mestre e doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional, na linha de pesquisa sobre Proteção Jurídica do Conhecimento (Propriedade Intelectual e Direitos de Autor). Sua linha de trabalho envolve Gestão de Projetos, Empreendedorismo e Inovação, Gestão Pública, Direito do Ambiente e Direito de Propriedade Intelectual, tanto no ensino universitário, consultorias e treinamentos empresariais. Atualmente é docente da Unigran Capital, em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, do Curso Tecnológico em Gestão Ambiental e, da Estácio de Sá, curso de Direito.

** Possui Graduação em Licenciatura Plena em Química pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (1988) e mestrado (1995) e doutorado (2010) em Química pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Professora adjunta do Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional. Pesquisador CNP2 na área de Ciências Ambientais: química ambiental e Produtos naturais e na Graduação atua nos cursos de Ciências Biológicas e Agronomia.

*** Possui graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (1989), mestrado em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos (1993) e doutorado em Ciências, área de concentração em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos (1996). Atualmente é professor da Universidade Anhangüera-Uniderp. Tem experiência na área de Ecologia, com ênfase em Ecologia de Ecossistemas, atuando principalmente nos seguintes temas: ecologia de ecossistemas, Pantanal, etnobiologia, sementes e análise de crescimento de espécies nativas. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 1D.

INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual é uma estratégia de soberania nacional, não só em relação ao território, mas, principalmente soberania econômica. Essa estratégia de proteção teve início nos anos de 1474, com a Lei Veneziana de Patentes e foi se consolidando ao longo dos tempos com o esforço dos países desenvolvidos em consolidar seus domínios, via acordos multilaterais, capitaneados pela Organização Mundial do Comércio (OMC). Dentre os protagonistas dessa expansão, destaca-se a atuação dos Estados Unidos da América (EUA).

A indústria farmacêutica transnacional foi um dos principais atores que pressionaram os EUA a inserir a propriedade intelectual no Acordo sobre Aspectos Relacionados com o Comércio dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS).

Os EUA aderiram à Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO), em 1967, tendo ratificado o acordo em 1970. Na época, a WIPO era a principal responsável pela administração de diversos acordos multilaterais, dentre eles as Convenções de Paris e Berna. Entretanto, a partir da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, a WIPO perdeu espaço, ficando responsável por questões de cunho administrativo, enquanto a OMC expandiu a administração dos acordos multilaterais em nível de comércio internacional, ou seja, ampliou o assunto ao nível econômico.

A partir dessa ampliação, a soberania americana ganhou novos ares e, a essa estratégia tornou possível a ampliação do seu território (não físico, mas, do conhecimento), o que proporcionou significativos avanços econômicos por meio do acesso às riquezas biológicas a que os países em desenvolvimento detêm. Deste modo, o objetivo deste artigo foi analisar, compreender e demonstrar que os EUA têm praticado a ampliação da sua soberania, notadamente por conta da sua superioridade de conhecimento científico, sobre os países em desenvolvimento, e do acesso aos seus recursos naturais, amparados pelo Acordo TRIPS. Para o desenvolvimento da pesquisa a metodologia aplicada foi a revisão sistemática, que ocorreu em três estágios: *planejamento*, *condução* e *disseminação* conforme Tranfiel *et al.* (2003), adaptado de Clark e Oxman (2001) e Silva (2016).

1 OS EUA E O ACORDO TRIPS

A escolha dos EUA para defender os interesses das indústrias transnacionais, notadamente, a farmacêutica, via Acordo TRIPS, está fundada no seu protagonismo global. Nos anos de 1994, quando o Acordo foi firmado, o país ocupava posição consolidada de desenvolvimento mundial, assim permanecendo até os dias atuais, conforme demonstra o Quadro 1.

Quadro 1. A correlação entre patentes e, em milhares e, PIB dos Estados Unidos da América, em bilhões, no período de 2008 a 2017

<i>Year</i>	<i>Patent</i>	<i>Trademark</i>	<i>Industrial Design</i>	<i>GDP (constant 2011 US\$)</i>
2008	428.881	1.197.995	204.306	15.321,42
2009	397.919	1.040.068	145.796	14.896,17
2010	433.199	1.198.782	180.422	15.273,33
2011	440.632	1.335.791	189.908	15.517,93
2012	473.489	1.390.564	230.836	15.863,05
2013	501.162	1.483.556	252.712	16.129,13
2014	509.521	1.525.002	268.543	16.543,51
2015	530.662	1.677.570	278.867	17.016,92
2016	521.642	1.609.409	320.395	17.269,67
2017	524.835	1.650.723	353.707	17.662,27

Fonte: WIPO (2018).

Há uma correlação linear positiva entre PIB e patentes de 94,5%, conforme demonstra a Figura 1. Isso quer dizer que o comportamento dos EUA é linear, ou seja, quando um cresce, automaticamente puxa o outro. Embora, para níveis maiores de PIB a taxa de crescimento se torna menor, pois enquanto o PIB cresceu 15,28%, o número de patentes cresceu 22,37%, de 2008 a 2017.

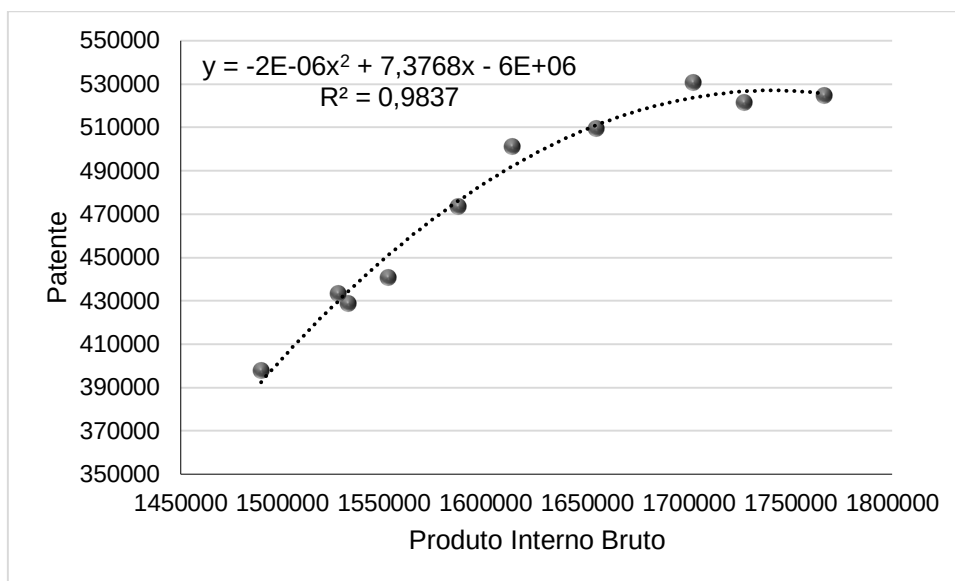


Figura 1. Dispersão entre PIB e número de patentes, nos Estados Unidos da América, no período de 2008 a 2017. **Fonte:** Elaborado pelo autor, a partir dos dados da WIPO (2016).

76

Os EUA são signatários dos principais acordos multilaterais, dentre eles a Convenção de Paris, assinado em 18 de março de 1887, e, da Convenção de Berna, em 16 de novembro de 1888, e, esse protagonismo americano tem raízes históricas, até o Acordo TRIPS de 1994.

Na Constituição Federal estadunidense, a propriedade intelectual está garantida no artigo 8º, desde 1787, como um direito não natural, visto que o Sistema Jurídico de Proteção entende se tratar de um direito que só tem razão de existir se for positivado pelo Congresso e para fins econômicos. A positivação veio em 1910, com a primeira Lei de Patentes americana. O processo de evolução dos direitos de propriedade intelectual dos EUA foi se consolidando e essa hegemonia foi construída ao longo dos tempos, como demonstra a Figura 2.

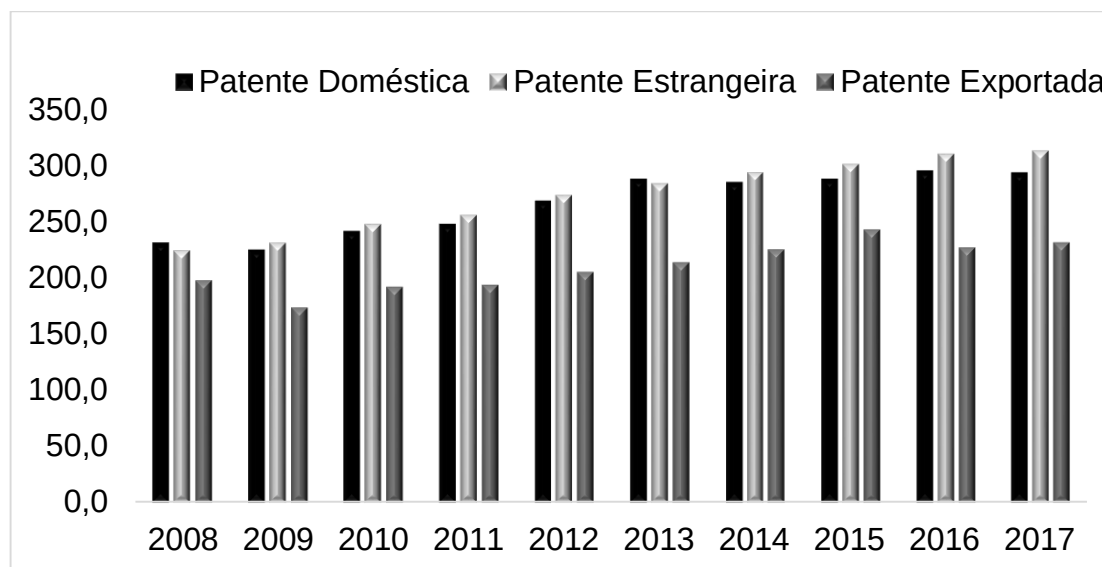


Figura 2. Número de patentes domésticas (*resident*), estrangeiras (*non-resident*) e concedidas no exterior (*abroad*), em milhares, nos Estados Unidos da América, no período de 2008 a 2017.

Fonte: Adaptado de WIPO (2018).

77

Kur e Drier (2012) apontam que a partir dos primeiros anos de industrialização, as Convenções de Paris e Berna tiveram que ser adaptadas várias vezes ao desenvolvimento econômico e técnico para se manterem compatíveis com os desafios legais relevantes. Ao longo da primeira metade do século XX, foram convocadas várias dessas conferências de revisão e, principalmente, levaram a resultados positivos.

No entanto, o período compreendido entre o final da década de 1960 e início da década de 1970, notadamente, a Convenção de Paris, revista em Estocolmo em 1967; e, no caso da Convenção de Berna, revista em Paris, em 1971, essas revisões já não surtiam mais os efeitos desejados. As principais reclamações dos países signatários eram quanto à pirataria, visto que o mundo havia se expandido, por meio da descoberta de novos continentes, tornando assim ambiente favorável ao comércio de obras e produtos sem a devida recompensa econômica aos seus criadores e inventores. Por outro lado, os países, que se beneficiavam desse processo ilegal não tomavam as devidas precauções, resultando em uma instabilidade jurídica e econômica.

O mundo estava mudando de forma significativa. Os motivos dessas mudanças eram variados: o período da Guerra Fria e, em particular, durante a construção de blocos após o processo de descolonização no início da segunda metade do século XX, bem como a radicalização resultante na década de 1970, e o surgimento da China como outro jogador na

cena global (o que resultou em opiniões marcadamente diferentes quanto ao modo como o desenvolvimento e o comércio deveriam ser regulados) (KUR e DRIER, 2012).

Tornou-se cada vez mais difícil e, em última análise, impossível chegar a um consenso sobre qualquer alteração substancial de qualquer convenção. Isso levou a um crescente descontentamento e crescente frustração dos países industrializados e dos detentores de direitos de propriedade intelectual. Em reação a isso, os EUA começaram a negociar questões de propriedade intelectual dentro de um ambiente comercial e concluiu uma série de acordos de livre comércio com alguns países do Leste asiático e, posteriormente, também com os Estados da Europa Oriental, que foram considerados como tendo se beneficiado amplamente da livre circulação de propriedade intelectual estrangeira. Nesses acordos, as parcerias bilaterais foram firmadas para garantir elevado grau de proteção da propriedade intelectual em troca de vantagens comerciais. Posteriormente, por iniciativa das indústrias norte-americanas, europeias e japonesas, a questão da proteção internacional efetiva da propriedade intelectual foi introduzida como parte das negociações do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade*) do Uruguai (KUR e DRIER, 2012). No Brasil, o GATT foi promulgado via Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (BRASIL, 1994).

O principal argumento para este movimento foi que uma resposta era urgentemente necessária para o crescente aumento de pirataria e contrafacção de bens que distorcem os fluxos de comércio internacional. A mudança do fórum da WIPO para o GATT levou ao resultado desejado: quando o Acordo OMC foi concluído em Marrakech em 1994, o Acordo sobre Aspectos Relacionados com o Comércio dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) tornou-se uma parte integrante do GATT (KUR e DRIER, 2012).

Segundo os autores, alavancar os direitos de propriedade intelectual em âmbito da OMC e do GATT trazia vantagens mais amplas do que trabalhar em âmbito de negociações bilaterais. Daí surgiram as promessas dos países industrializados de reduzir as restrições de produtos agrícolas, e colaborar com os países em desenvolvimento na transferência de tecnologias. O resultado foi a elevação do grau de proteção internacional obrigatória aos direitos de propriedade intelectual, muito além do prescrito pelas Convenções de Paris e Berna, juntas.

Ademais, as próprias normas de Paris e Berna foram incorporadas ao próprio texto do TRIPS, como nos artigos 2(1), e 9(1), respectivamente, em que as disposições substantivas de ambas as convenções são explicitamente incluídas nas suas versões mais recentes, de modo a formar uma parte integrante do TRIPS (com exceção da proteção de direitos morais). Além

disso, os direitos mínimos previstos na Convenção de Paris e na Convenção de Berna são reforçados e novas obrigações são impostas, de uma maneira refletindo, em geral, o que surgiu ao longo dos anos como o padrão aceito nos países industrializados. Os países em desenvolvimento e, em particular, Brasil, Chile, Argentina e Índia argumentaram que a atualização do Acordo TRIPS para atingir todos os países, inclusive os países que não atingiram o pleno desenvolvimento era um equívoco, pois nesses países, ainda não existia a infraestrutura suficiente para cumprir os ditames desse Acordo e, as punições do TRIPS em relação ao não cumprimento das regras nele contidas, como a obrigatoriedade de patentear e registrar era quase impossível de ser atendida devido ao seu atraso tecnológico e carência de infraestrutura judiciária para combater a pirataria. No entanto, a coalizão dos países industrializados ficou firme, e os contra-argumentos não passaram (KUR e DRIER, 2012).

O TRIPS, na parte I, ao tratar das disposições gerais, princípios e objetivos, elege inicialmente o princípio do tratamento nacional, que consta do artigo 3.º, e complementado pelo tratamento da nação mais favorecida segundo o qual os Estados-Membros devem alargar os benefícios comerciais concedidos a certos parceiros comerciais também a outros membros do Acordo. Os objetivos e princípios são definidos no preâmbulo, bem como nos artigos 7 e 8 do TRIPS.

Em relação aos objetivos em que se baseia o TRIPS, o Artigo 7 estabelece que “a proteção e a aplicação dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos produtores e utilizadores de conhecimentos tecnológicos e de forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio de direitos e obrigações” (KUR e DRIER, 2012).

O artigo 8º define os princípios que devem ser observados para a aplicação de o acordo: os deputados podem, ao formular ou alterar as suas leis e regulamentos, adotar as medidas necessárias para proteger a saúde pública e a nutrição e promover o interesse público em sectores de importância vital para o seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que tais medidas estejam em sinergia com os objetivos do Acordo (i); as medidas adequadas, desde que sejam consistentes com as disposições do Acordo, podem ser necessárias para evitar o abuso de direitos de propriedade intelectual pelos titulares de direitos ou o recurso a práticas que restringem injustificadamente o comércio ou prejudiquem a transferência internacional de tecnologia (ii) (KUR e DRIER, 2012).

Kur e Dreier (2012) ao avaliarem os 20 anos do Acordo TRIPS, constatarem que houve ganhos na área econômica, principalmente para os países industrializados, notadamente pela segurança jurídica garantida pela OMC. Entretanto, segundo os autores, essa visão depende do ponto de vista da análise. Enquanto que para os países desenvolvidos o TRIPS representa uma conquista e uma segurança para o cumprimento do alto padrão exigido de proteção da propriedade intelectual, para os países em desenvolvimento, constata-se que foi mais uma forma de exploração das nações ricas em detrimento daquelas que ainda não alcançaram o status de desenvolvimento.

2 O BRASIL E O ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO ORIUNDO DA BIODIVERSIDADE

Para Antunes (2012, p. 446), a Convenção de Diversidade Biológica (CBD, 2017), regulamentada no Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994, é “[...] principal documento internacional para estabelecer quadros legais para o desenvolvimento de atividades econômicas que se relacionam com a diversidade biológica é a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) [...]”. Ela foi firmada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), que aconteceu no Rio de Janeiro no ano de 1992. A aprovação foi via Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo n. 2, de 3 de fevereiro de 1994 (BRASIL, 1994b); e, a promulgação se deu pelo Decreto nº 2.159, de 16 de março de 1998.

Trata-se de um documento-chave para tornar segura a proteção dos ecossistemas e promover o desenvolvimento sustentável. Ele ressalta que a CDB tem sido pouco estudada pelos pesquisadores brasileiros e a produção científica internacional a respeito do tema é significativamente maior, demonstrando que os estudiosos brasileiros têm dedicado pouco tempo à investigação desse acordo de fundamental importância para a diversidade biológica. A explicação, segundo ele, está no enfoque preservacionista que é dado quando se trata da biodiversidade brasileira. O espírito da CDB é conservacionista, e não preservacionista, ressalta (ANTUNES, 2012).

Com isto, é possível constatar que mesmo tendo esse acordo multilateral e a aprovação frente ao Congresso Nacional, esse decreto não foi muito explorado pelos pesquisadores brasileiros e a CDB, ao contemplar a conservação da diversidade biológica.

Ainda, para Antunes (2012, p. 447), o ponto problemático da CDB está ligado ao acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade biológica brasileira. O tema tem chamado a atenção de organismos internacionais como a *World Intellectual Property Organization* (WIPO) e Organização Mundial do Comércio (OMC), principalmente em relação aos conflitos existentes entre os Estados Unidos da América (EUA) e o Brasil, em relação ao *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) sobre esse acesso ao conhecimento (INPI, 2017).

O conflito principal refere-se aos artigos 27 e 28 do Acordo TRIPS, que reconhecem o patenteamento de qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos em território brasileiro. Entretanto, a Lei de Propriedade Intelectual (Lei n. 9.279/96) autoriza a “licença compulsória” em casos de emergência nacional ou interesse público. Os EUA acusam o Brasil de não cumprimento do Acordo TRIPS, do qual ambos são signatários. Eles exigem que o Governo brasileiro retire da Lei n. 9.279/96 a autorização da “licença compulsória” e o conflito foi parar na OMC. Em 2001, Brasil e EUA firmaram um acordo pondo fim ao conflito e neste acordo, o Brasil se compromete a anunciar com antecedência a intenção de adotar a quebra de patente via “licença compulsória” em casos de emergência nacional ou interesse público (MARTINS, 2017).

Esse foi apenas um conflito pontual entre Brasil e Estados Unidos da América (EUA). Outros pontos, em escala global, demandam atenção. As tensões acerca de diversidade biológica e propriedade intelectual está situada no aspecto dúplice: “a perda de diversidade de flora e fauna (i); e, a perda de diversidade cultural” (ii) (ANTUNES, 2012, p. 440). Para se ter uma ideia desse impacto cultural, pode-se citar os diferentes povos indígenas e sua língua. Atualmente existem cerca de 217 etnias brasileiras e 170 línguas e toda essa cultura linguística vem sendo paulatinamente comprometida pela escassez da biodiversidade, fruto de constantes desmatamentos e ocupações dos *habitats* naturais desses povos.

Os conflitos acerca da propriedade intelectual sobre a diversidade biológica vêm sendo apontados por cientistas como a doutora indiana Vandana Shiva, onde o mundo está passando por um novo processo de colonização, no qual os países desenvolvidos colonizam tecnologicamente os países em desenvolvimento. Para ela, o patenteamento genético tem formado novas colônias. Os elementos naturais como a terra, as florestas, os rios, os oceanos e a atmosfera têm sido colonizados por aqueles países ricos que detém o conhecimento científico.

O resultado desse processo de colonização é a poluição e a depauperização dos países em desenvolvimento e que abrigam essa mega diversidade biológica.

A mesma preocupação tem sido tema dos estudos do cientista norte-americano Jeremy Rifkin. Segundo ele, o tema é um dos maiores desafios da humanidade, pois leva a questionar os valores da biodiversidade: intrínseco ou utilitário (RIFKIN, 1999 *apud* ANTUNES, 2012).

A base jurídica que trata de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) está na Constituição Federal de 1988, artigo 225, §1º, II e V, que delega ao Poder Público a responsabilidade pela conservação da diversidade e do patrimônio genético do país e a fiscalização da pesquisa e manipulação de material genético (FIORILLO, 2012). A legislação infraconstitucional se desdobra em: Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995 (Lei de Biossegurança); Lei nº 9.456, de 28 de abril de 1997 (Proteção de Cultivares); Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005; (Normas de Biossegurança); e, Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008 (Regulamenta o uso científico de animais) em território nacional (ANTUNES, 2012).

Deste modo, à luz dos ensinamentos de Fiorillo (2012, p. 411) o patrimônio genético, visto na perspectiva jurídica, é a “[...] informação de origem genética contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo desses seres vivos e de extratos obtidos desses organismos vivos ou mortos [...]”. Trata-se de uma realidade jurídica no Brasil, prevista na Constituição Federal de 1988, artigo 218, § 2º que “a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional” (BRASIL, 2016).

Esse acesso está regulamentado pela Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015 (BRASIL, 2015) e Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016 (BRASIL, 2016b). Eles regulamentam aspectos da Constituição Federal de 1988 e da CDB e dispõem sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, além de revogar a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001 (BRASIL, 2001).

Esse novo marco legal, além das definições básicas também estruturou o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen), de caráter deliberativo, normativo e consultivo, com competências para estabelecer normas técnicas, diretrizes, critérios para criação de banco de dados, credenciamento de instituição nacional mantenedora de coleções, dentre muitas outras atribuições. A partir dessa estruturação jurídica, a Secretaria Executiva do CGen publicou a

Portaria n. 1, de 3 de outubro de 2017, implementando e disponibilizando o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (SisGen).

Como órgão colegiado, o CGen é constituído por órgãos e entidades da administração pública federal, cujas competências estão ligadas ao escopo dessa lei e detém 55% de representação, enquanto a sociedade civil fica com os 45% restantes. Sua estrutura administrativa é composta de Plenário, Câmaras Temáticas, Câmaras Setoriais, e, Secretaria Executiva (Decreto nº 8772/16, art. 6º), BRASIL (2016b)

De acordo com o artigo 8º desse Decreto, as Câmaras Temáticas foram criadas para subsidiar as decisões do Plenário, por meio de decisões técnicas de acordo com as devidas áreas de conhecimento. Para democratizar as decisões dessas Câmaras, as suas representações foram assim distribuídas: 50% de representantes de órgãos e entidades da administração pública federal; 25% de setores usuários; e, 25% de organizações de provedores de conhecimento tradicional associado (art. 8º, § 1º, I, II, III).

O Plenário ainda conta com o suporte das Câmaras Setoriais, que são criadas por deliberação da Presidência do CGen, com base no Regimento Interno, para subsidiar discussões técnicas de temas e setores relevantes como a Academia (Deliberação nº 5) e Populações Indígenas (Deliberação nº 4), dentre outros (CGEN, 2017).

É de fundamental importância que se consiga compreender em sua gênese qual a finalidade de todo essa estrutura jurídica. No entendimento de Silva (2017), escopo dessa Lei é a *exploração econômica* de um *produto acabado* (Figura 3).

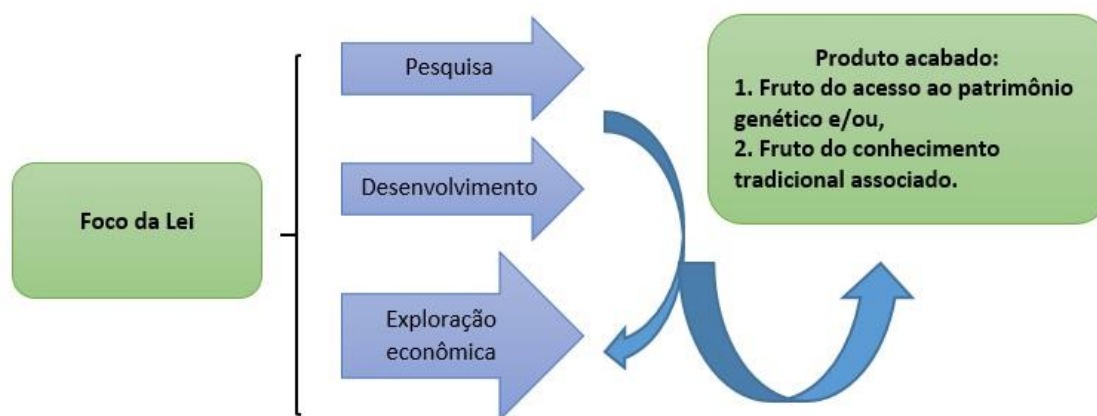


Figura 3. Esquematização do escopo da Lei nº 13.123/2015. **Fonte:** Adaptado de Silva (2017).

O fluxo de processo (Figura 3) tem início com a pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Pela Lei, a pesquisa é definida como sendo atividade, experimental ou teórica, realizada sobre o patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, com o objetivo de produzir novos conhecimentos, por meio de um processo sistemático de construção do conhecimento (BRASIL, 2015). Por sua vez, o acesso ao patrimônio genético é definido pela referida Lei como sendo a pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético (art. 2º, VIII).

Todo esse caminho tem como finalidade o produto acabado, definido pela Lei como sendo:

O produto cuja natureza não requer nenhum tipo de processo produtivo adicional, oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, no qual o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado seja um dos elementos principais de agregação de valor ao produto, estando apto à utilização pelo consumidor final, seja esta pessoa natural ou jurídica (Lei n. 13.123/15, art. 2º, XVI), (BRASIL, 2016a).

84

Ora, se está falando de acesso ao patrimônio genético e de um produto que poderá ser comercializado pela indústria, conseqüentemente, é preciso se referir à infraestrutura de acesso a esse patrimônio, uma vez que quem tiver acesso em primeiro lugar, conseqüentemente terá direito à sua propriedade intelectual.

Se contextualizar-se o acesso ao patrimônio genético e se correlacionar aos benefícios econômicos gerados pelas patentes, percebe-se que se trata de uma forma de apropriação de recursos naturais pelos países desenvolvidos sobre os países *mega* diversos, cuja tecnologia ainda não esteja desenvolvida a ponto de resultar em produto final acabado. O resultado, não poderia ser outro, senão a perpetuação de uma desigualdade, em que não são respeitadas as riquezas naturais pelos seus povos originários, que detém o vínculo com a Terra, conforme apontado por Ricklefs (2016, p. 15).

Segundo ele, “[...] os humanos são os grandes atores da superfície da Terra [...]”. São mais de 7 bilhões de pessoas, vivendo, comendo, transportando, queimando combustíveis fósseis, enfim, desenvolvendo-se. O processo de ocupação do solo e o desenvolvimento das sociedades, tanto em escala global, como também em nível regional, têm sido o mesmo: descobrir, percorrer, conquistar e ocupar o solo (SODRÉ, 1990) e utilizar a natureza para

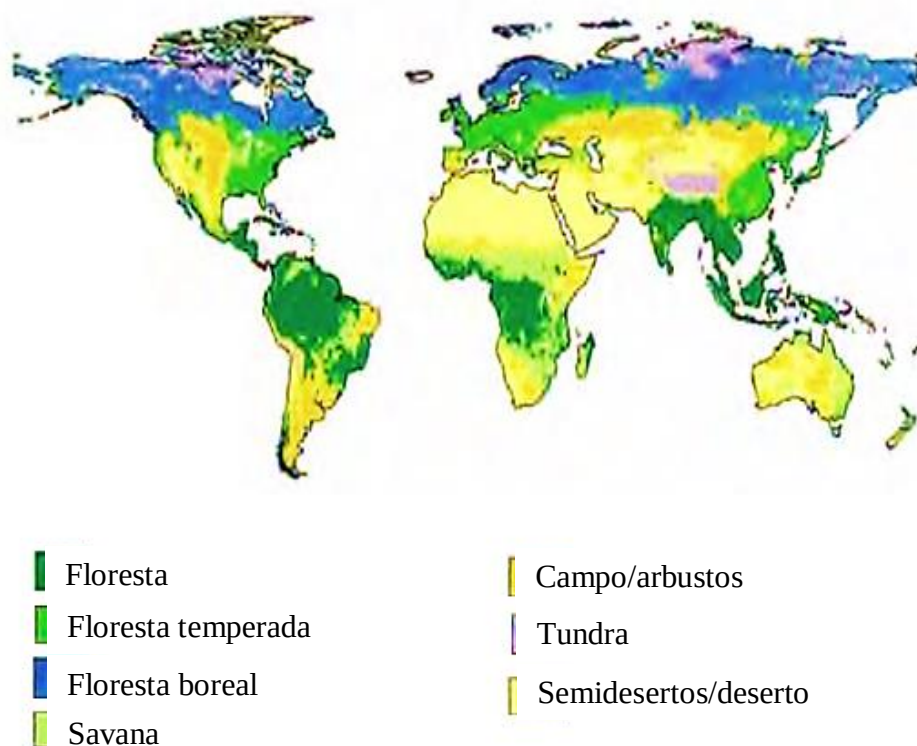
produzir riquezas. No entanto, esse autor esclarece que, sua efetiva *ocupação* somente acontece quando:

Agrupamentos sedentários deixam vestígios de sua organização social, de seus processos de vida, dos seus costumes, das formas de produção com que se empenham na áspera luta pela existência. O labor agrícola, vinculando o homem ao solo [...] com que ele amoldasse todas as cousas que o cercavam à feição de suas tendências (SODRÉ, 1990, p. 23, grifo nosso).

Historicamente, a natureza sempre foi visa de forma instrumentista, ou seja, um instrumento de gerar riquezas para as sociedades, sempre um meio e não um fim. Após a Convenção de Estocolmo, em 1972, teve início o debate sobre a relação de biodependência, em que o homem tem uma estreita relação de sobrevivência, da qual a natureza não é somente um instrumento de gerar riquezas, mas sim ela é a própria riqueza (BELCHIOR, 2011).

Ainda, segundo Ricklefs (2016), o processo de uso e ocupação do solo tem sido regido por políticas públicas que separam em torno de 10% das áreas destinadas a reservas com o intuito de sustentar as espécies de fauna e flora, para fazer o contraponto do acelerado processo de desmatamento, que corresponde a 90% de áreas de manejo para dar suporte à vida humana na Terra. É desse manejo que vem, e virão, a moradia, os alimentos, as madeiras, a produção mineral, a caça, a pesca, a recreação, que mantém as sociedades humanas no Planeta.

Todo esse processo tem consumido os recursos naturais do Planeta. É possível observar que as áreas de floresta tropical (em verde) (Figura 4), ainda remanescentes, estão concentradas em alguns países do Continente Africano (Serra Leoa, Libéria, dentre outros); na América Central (Guatemala, El Salvador, Costa Rica e Panamá); na Ásia (Camboja, Tailândia e Vietnã); e, na América Latina, o Brasil, na Região Norte, visto que na Região Sul, Sudeste e Centro-Oeste, a predominância é de campos cultivados (em laranja) (Figura 5 e 6).



86

Figura 4. Remanescente de áreas naturais no mundo, por continentes. **Fonte:** Adaptado de Ricklefs (2016).

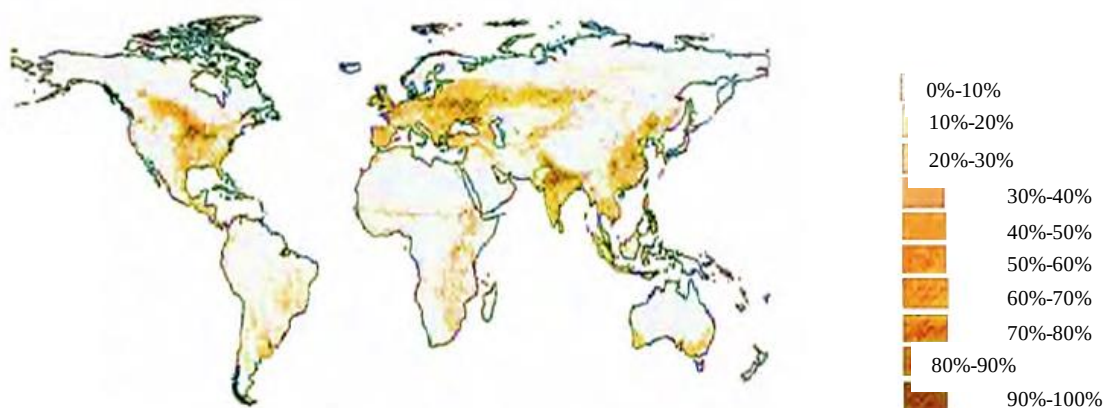


Figura 5. Áreas de campos cultivados no mundo, por continentes. **Fonte:** Adaptado de Ricklefs (2016).

Existe uma predominância de plantações na América do Norte (Canadá e leste dos Estados Unidos da América) (Figura 5 e 6); no Continente Europeu (Espanha, França e Itália); no Continente Asiático (leste da China e Índia); e, na América Latina (Brasil, destacando-se as regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul).

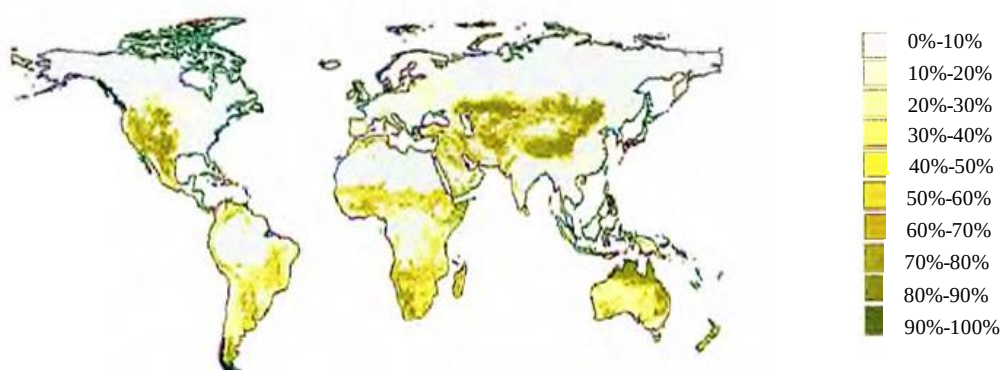


Figura 6. Áreas destinadas a áreas cultivadas no mundo, por continentes. **Fonte:** Adaptado de Ricklefs (2016).

Fechando a análise, observa-se que grande parte das áreas ocupadas no mundo estão destinadas a fazendas (Figura 5 e 6). Na América do Norte (Canadá e Centro-Oeste dos Estados Unidos da América); em todo o Continente Australiano; no Continente Asiático (China); na África do Sul; e, no Brasil (regiões Centro-Oeste, Sul, Sudeste e parte do Nordeste), evidenciando a perda da biodiversidade em escala global.

Deste modo, fica evidente que a população em geral não respeita o sistema unificado que rege a natureza e, tampouco a sustentabilidade ambiental (CMMAD, 1991). As consequências são o desequilíbrio ambiental, nas palavras de SEN (2010, p. 16) “[...] a pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência de serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos [...]”. Segundo o autor, negar o desenvolvimento de um país é negar a sua liberdade.

Essa constatação pode ser comprovada analisando-se os indicadores de proteção do conhecimento de países desenvolvidos e de países em desenvolvimento, por exemplo, comparando-se os Estados Unidos da América, Brasil e Serra Leoa (Figuras 7, 8 e 9).

Aplicações de Patentes de Alta Tecnologia (2001-2015)

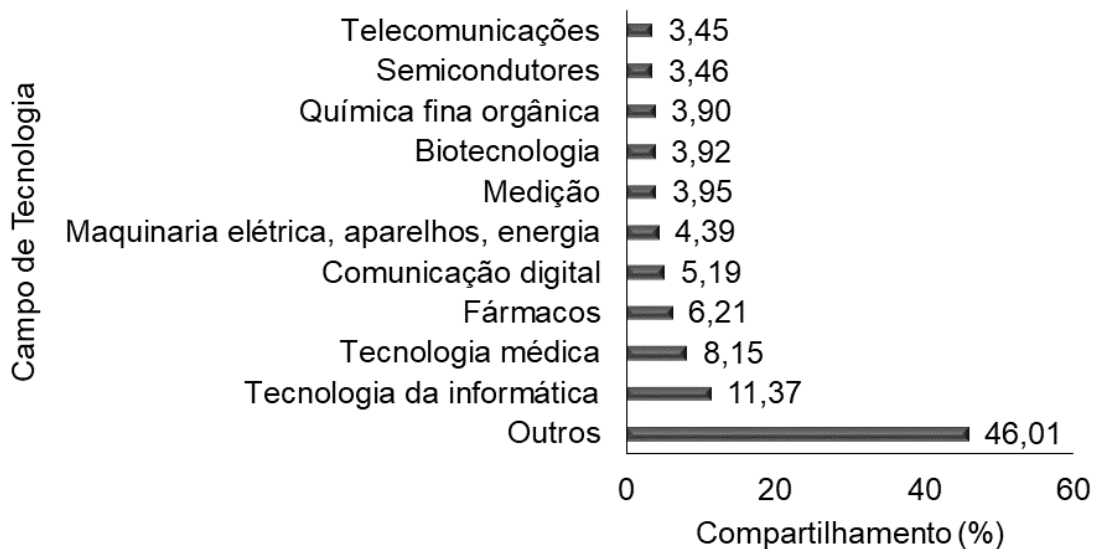


Figura 7. Patentes depositadas pelos Estados Unidos da América, por área do conhecimento, período de 2001 a 2015. **Fonte:** Adaptado de WIPO (2017b).

Ao se analisar os remanescentes de áreas naturais (Figura 4), em relação ao depósito de patentes dos EUA (Figura 7), percebe-se que as áreas de biotecnologia e farmacêutica têm significativo percentual de patentes (3,9% e 6,2%, respectivamente), mesmo o país detendo poucas áreas naturais com grande biodiversidade, preservadas. O questionamento então é: de onde vem os insumos da biodiversidade para patenteamento? Como esses insumos são adquiridos?

No caso do Brasil, a área farmacêutica apresenta um percentual de 4,27% dos depósitos, enquanto que a área de biotecnologia nem aparece (Figura 8). Mas, o Brasil não é um dos países mais *mega* diversos do mundo? Por que ele não deposita patentes sobre produtos oriundos da sua rica biodiversidade?

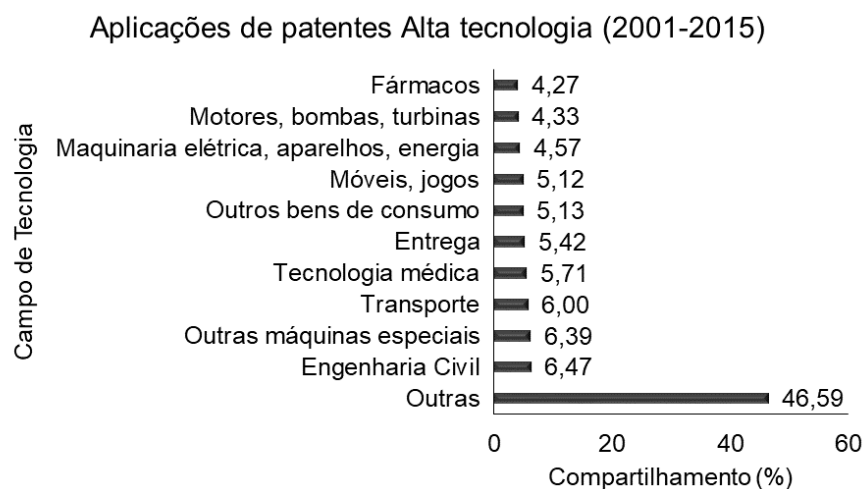


Figura 8. Patentes depositadas pelo Brasil, por área do conhecimento, período de 2001 a 2015.

Fonte: Adaptado de WIPO (2017b).

Ao se analisar a situação de Serra Leoa, um país do Continente Africano, rico em biodiversidade e subdesenvolvido economicamente, constata-se que o mesmo não depositou patente nas áreas de biotecnologia e nem farmacêutica (Figura 9), embora figure no mapa (Figura 4) como um país com significativas áreas naturais remanescentes.

89

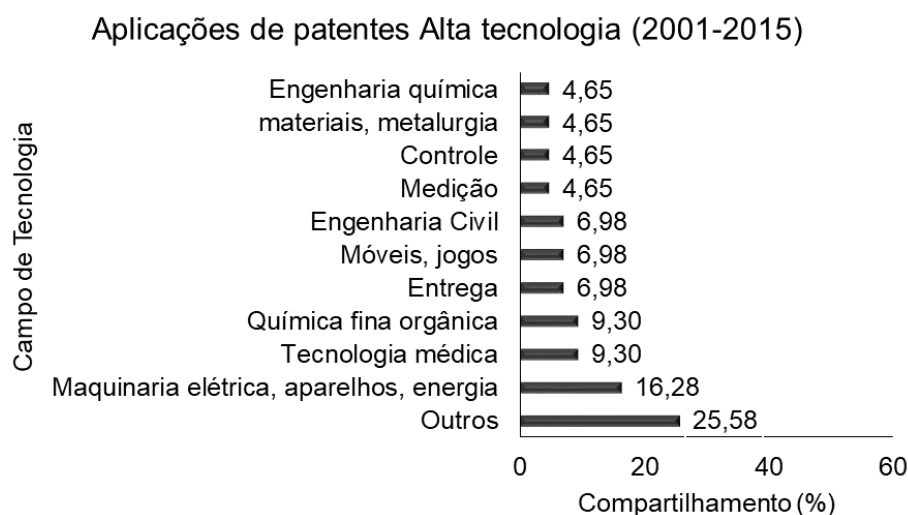


Figura 9. Patentes depositadas por Serra Leoa, África, por área do conhecimento, período de 2001 a 2015. **Fonte:** Adaptado de WIPO (2017b).

Para Haase *et al.* (2009), o monopólio proporcionado pelas patentes resulta em ambiente estimulador a investimentos privados e, conseqüentemente, a geração de lucros e

desenvolvimento econômico. Para estes autores, esse desenvolvimento somente será alcançado se as medidas de proteção dos direitos de propriedade intelectual foram garantidas pelo Estado, por meio de superestruturas jurídicas e forte fiscalização.

2.1 O PANORAMA INSTITUCIONAL BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO

Esse é um panorama que merece atenção especial da comunidade científica e do Estado brasileiro, pois se trata de uma oportunidade que o Brasil tem de melhorar seus indicadores de propriedade intelectual, considerando que esses números não têm sido favoráveis, nem em relação às patentes oriundas da biodiversidade, como analisado anteriormente, tampouco em relação às outras modalidades de patentes.

O ideal seria que tanto Governos (em todas as suas esferas), centros de pesquisa e Universidades (públicas e privadas) priorizassem, em seus Planejamentos Estratégicos, a propriedade intelectual das suas pesquisas. Cabe ressaltar que no Brasil, o estímulo à inovação foi consolidado juridicamente em 11 de janeiro de 2016, com a promulgação da Lei n. 13.243 (BRASIL, 2016a). Fundada nos princípios da promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégias para o desenvolvimento econômico e social (art. 2, parágrafo único, I), essa norma veio para estimular a inovação no País.

Para atingir essa finalidade, a Lei ainda norteou o caminho da inovação, definindo o que seria necessário para atingir a inovação. Dentre as estruturas previstas estão os Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT's), que são estruturas instituídas por uma ou mais Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs), como estratégia de gestão institucional no âmbito de cada Instituição que pretenda inovar (artigo 2, V e VI).

Outro ponto relevante a ser considerado, é que qualquer órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e legalmente constituída, pode ser uma ICT. Essa previsão legal tem por finalidade, exatamente, o estímulo à inovação. Finalmente, a Lei ainda formalizou o fomento à inovação, por meio da figura jurídica da Fundação de Apoio à Pesquisa, cuja função é dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão, projetos de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (art. 2º, VII).

Entretanto, para que a finalidade maior dessa lei se materialize na sociedade, é de fundamental importância que a proteção do conhecimento seja pensada e interiorizada por cada professor/pesquisador, aluno empreendedor e setor das Instituições de Ensino Superior (IES). Essa estratégia deve envolver todos os atores envolvidos no processo de ensino/aprendizagem em nível de graduação e pós-graduação, *lato e stricto sensu*.

A questão maior no Brasil está relacionada aos reais interesses dos setores de produção de patentes das IES que não estão alinhadas aos setores produtivos no desenvolvimento de suas pesquisas. A produção acadêmica no Brasil está direcionada a produção de *papers*, não existindo uma correlação entre as atividades inventivas das IES e as indústrias.

Segundo INPI (2018), as universidades brasileiras são responsáveis pelo depósito de somente 26% das patentes de invenção, sendo que o restante está dividido entre as pessoas físicas (43%), empresas de médio e grande porte (18%) e empresas de pequeno porte e microempresas (11%). Em relação às patentes de modelo de utilidade, os indicadores são ainda menores. Dos 28.576 depósitos, em 2017, somente, 3% vieram das IES e Governo. O restante teve sua origem nas empresas de médio e grande porte (13%), empresas de pequeno porte, microempresas e microempresas individuais (17%), e, o restante, foram depositadas por pessoas físicas (66%).

Para melhorar esses indicadores, a estratégia deverá ser no professor/pesquisador como elemento principal. O ideal será que cada docente, ao ensinar, pesquisar e extensionar, poderá descobrir algo (produto ou processo) que poderá ser objeto de propriedade intelectual. Cabe a esse professor e a sua IES proporcionar aos seus alunos infraestrutura para que eles se tornem agentes de inovação e propulsores do conhecimento. Neste entendimento, essa prospecção de talentos para a propriedade intelectual deve começar nos processos seletivos (Banca) de incubação, em Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC), processos seletivos de Iniciação Científica (IC), de editais de incubadoras (banca), monografias, dissertações e teses de doutorado. Em todos os momentos em que seja possível detectar uma possibilidade de uma patente, as Comissões Organizadoras, Coordenações, ou mesmo os professores já devem comunicar o Núcleo de Proteção do Conhecimento (NPI), da IES (círculo verde) (Figura 10).

No segundo grupo de processos (Figura 10), fica claro que o acompanhamento do NPI é de fundamental importância, pois tanto o aluno quanto o professor/orientador poderão na fase de desenvolvimento do Plano de Negócios, realizar novas descobertas passíveis de proteção do conhecimento que, talvez, na fase anterior (Banca), tenham passado despercebidas.

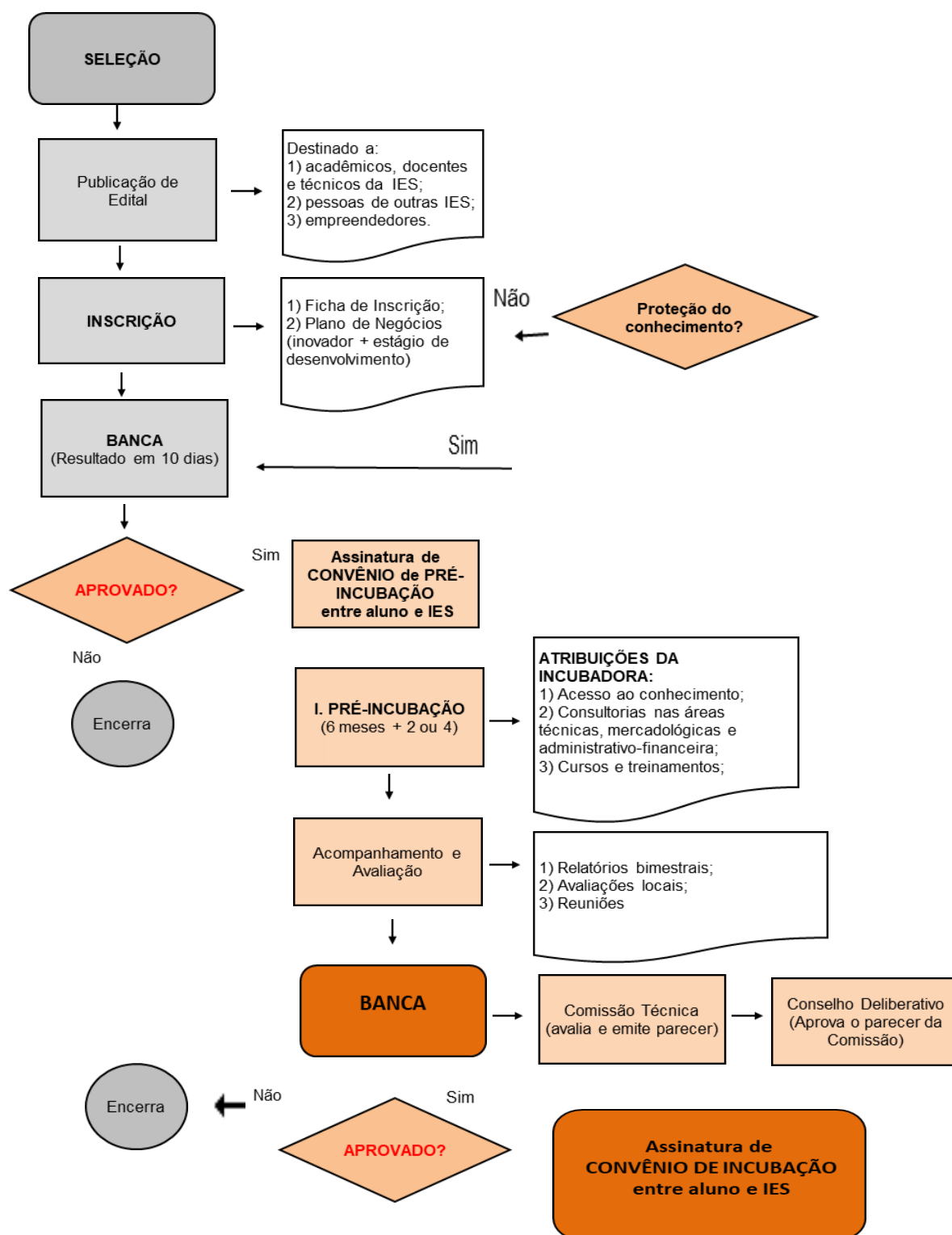


Figura 10. Fluxo de processos de proteção do conhecimento do aluno (da seleção, no primeiro grupo de processos até a incubação, no segundo grupo de processos). Fonte: Elaborado pelo autor.

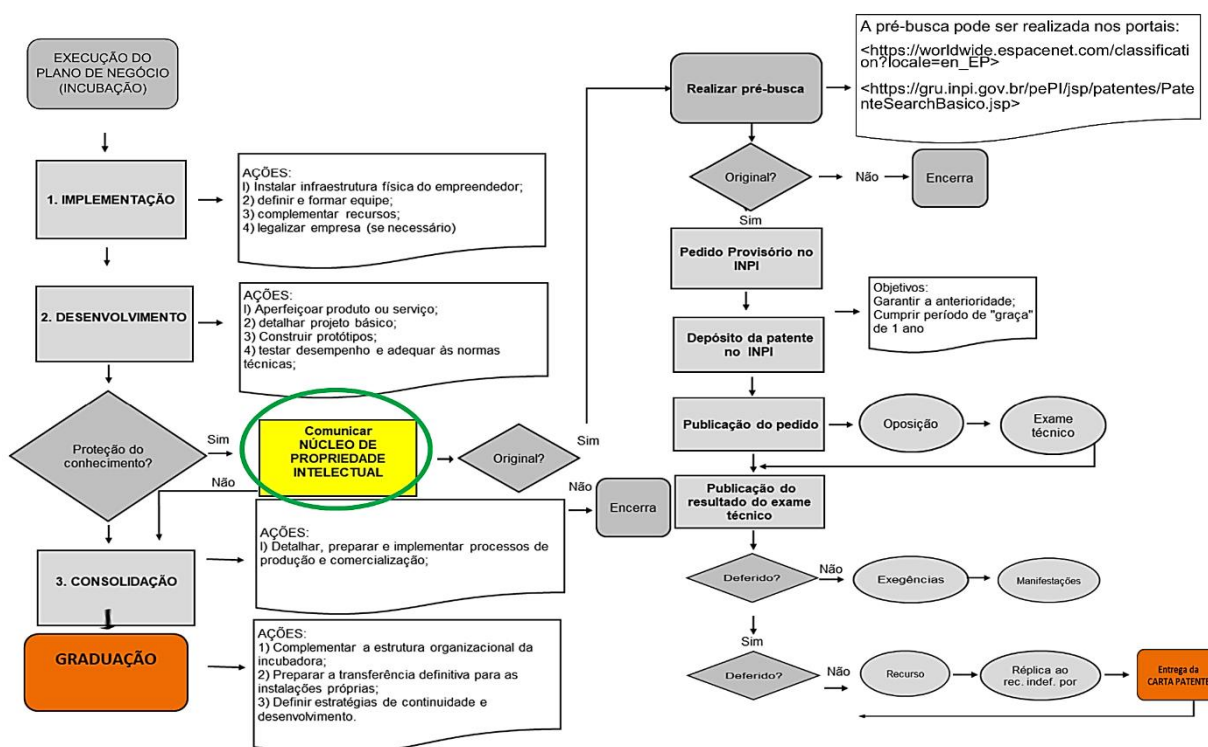


Figura 11. Fluxo de processos de incubação de aluno inovador. Fonte: Elaborado pelo autor.

Claro está que, ante um produto ou processo original, inovador e com possibilidades de mercado, o fluxo de processos indica que o próximo passo será “Realizar a pré-busca” no portal *Spacenet* para verificar se há anterioridade. Os fluxos seguintes, Pedido Provisório, Depósito da Patente e Publicações, culminarão com um posicionamento oficial do INPI, que será a concessão ou não da Carta-Patente.

Ao estabelecer esses procedimentos, certamente, a IES estará ampliando e consolidando seu número de patentes e registros de propriedade intelectual, uma vez que todos os processos foram mapeados (Figuras 10 e 11), bem como todas as formas de averiguação foram propostas. Deste modo, todos os vazamentos de informação são estancados e as potencialidades da IES são aproveitadas.

CONCLUSÃO

Não se produz conhecimento sem investimentos em infraestrutura jurídica, de pessoas e de recursos financeiros. Enquanto o Brasil não consolidar sua Política de Proteção do Conhecimento, tendo como prioridade o fortalecimento doméstico, o país estará sob o domínio do capital intelectual internacional.

O Brasil detém uma mega biodiversidade, porém os insumos tecnológicos são insuficientes para alcançar indicadores que leve a produção de patentes oriundas dessa riqueza natural. O País não conseguiu ampliar os indicadores de patentes nacionais, em relação às nações desenvolvidas, e conseqüentemente compromete sua soberania econômica.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*. 14ed. São Paulo: Atlas, 2012. 1152p.

BELCHIOR, G. P. N. *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011. 780p.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994b. Aprova do texto da Convenção sobre Diversidade Biológica. Publicado no *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 fev. 1994. Seção 1, p. 1693.

BRASIL. Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Dispõe sobre o acesso ao conhecimento genético. Publicado no *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago. 2001.

BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o acesso ao patrimônio genético no Brasil. Publicada no *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o estímulo ao desenvolvimento científico. Publicada no *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jun. 2016a.

BRASIL. Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Publicado no *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de mai. 2016b.

CDB. Convention on Biological Diversity. *The Convention on Biological Diversity*. Montreal, 2017. [online]. Disponível em: <<https://www.cbd.int/convention/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CGEN. Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Deliberação nº 4, de 21 de março de 2017. Criou a Câmara Setoriais das Populações Indígenas, Comunidades Tradicionais e Agricultores Tradicionais. Publicada no *Diário Oficial da União* nº 73, de 17 de abril de 2017, Seção 1, p. 129.

CLARK, M.; OXMAN, A. *Cochrane Reviewers Handbook*. Oxford: The Cochrane Library, 2001. 672p.

CMMAD. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *O nosso futuro comum (Relatório Brundtland)*. 2ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. 430p.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 902p.

HAASE, H.; ARAÚJO, E. C.; DIAS, J. Inovações Vistas pelas Patentes: Exigências Frente às Novas Funções das Universidades. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 329-362, 2005.

INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *O INPI*. Rio de Janeiro, 2017. [online]. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/Portal/sobre/estrutura>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *Relatório de Atividades INPI 2018*. Rio de Janeiro, 2018. [online]. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/relatorio-de-atividades-inpi-2018.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2018. 78p.

KUR, A.; DREIER, T. *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials*. Massachusetts: Edward Elgar Pub, 2012. 592p.

MARTINS, E. M. O. *Acordo TRIPS: Os direitos de propriedade intelectual, o comércio e o Quadro normativo brasileiro*. Rio Grande, 2017. [online]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7106>. Acesso em: 18 jul. 2017.

RICKLEFS, R. E. *A Economia da Natureza*. 6ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 550p.

SEN, A. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 460p.

SODRÉ, N. W. *Oeste: Ensaio Sobre a Grande Atividade Pastoril*. São Paulo: Arquivo do Estado, 1990. 206p.

SILVA, L. C. S. *Modelo de Transferência de Tecnologia Verde por Intermédio dos Núcleos de Inovação Tecnológica em Institutos de Ciência e Tecnologia Brasileiros*. 2016. 146f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Escola de Engenharia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SILVA, M. A lei da Biodiversidade: Sua Origem e seu Impacto na Pesquisa e no Desenvolvimento Tecnológico com Patrimônio Genético e Conhecimento Tradicional Associado. In: NADER, H. B.; OLIVEIRA, F.; MOSSRI, B. B. (Org.). *A Ciência e o Poder Legislativo: Relatos e Experiências*. São Paulo: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, 2017. p. 184-194.

TRANFIELD, D.; DENYER, D.; SMART, P. Towards a methodology for developing evidence-informed management knowledge by means of systematic review. *British Journal of Management*, London, v. 14, n. 3, p. 207-222, 2003.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Genebra, 2017a. [online]. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tools/en/gsearch.html?cx=016458537594905406506%3Ahmturfwvzzq&cof=FORID%11&q=trips>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

WIPO. World Intellectual Property Organization / IPCT. Tratado Internacional de Cooperação em Matéria de Patentes. *Processo de Modificação Genética de Bactérias Acidófilas e Construção de um Vetor de Transformação*. Publicado sob nº WO 2012/116422A2 (2012). Disponível em: <<https://patents.google.com>>. Acesso em: 8 out. 2018.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Patent Cooperation Treaty*. Geneva, 2018. [online]. Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/pct.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights (TRIPS)*. Genebra, 1994. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tools/en/gsearch.html?cx=016458537594905406506%3Ahmturfwvzzq&cof=FORID%3A11&q=trips>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *World Intellectual Property Indicators 2017*. Geneva: WIPO, 2017b.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Statistics Country Profiles: United States of America*. Geneva: WIPO, 2018. Disponível em: <https://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=US>. Acesso em: 07 fev. 2019.

Submissão: 21/09/2019
Aceito para Publicação: 24/12/2019



O RENASCIMENTO DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO COMO VALORES-VETORES DO JUDICIÁRIO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES E UMA PROPOSTA

THE REBIRTH OF CONCILIATION AND MEDIATION AS VALUES-VECTORS OF THE JUDICIARY: CONSIDERATIONS AND A PROPOSITION

Antônio Veloso Peleja Júnior*

RESUMO: O escopo do trabalho é demonstrar que a mediação e a conciliação devem ser realizadas obrigatoriamente na fase pré-processual, ou seja, antes do ajuizamento da demanda. A quebra de paradigmas é necessária em prol da efetividade e da celeridade da prestação jurisdicional. A litigância serial necessita de um tratamento diferenciado para ser resolvida de forma otimizada. Neste contexto, a mediação/conciliação ingressa na categoria das condições da ação (interesse processual), o que, além de racional, contribui para aprimorar a prestação jurisdicional e fomentar a cultura do diálogo na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual. Mediação. Conciliação. Condições da ação. Interesse processual. Economia Processual. Duração Razoável do Processo.

ABSTRACT: This paper scope is to demonstrate that mediation and conciliation must be performed in the pre-procedural phase, that is to say, before starting a demand in court. The breaking paradigms is necessary for the effectiveness and celerity of judicial delivery. Serial litigation needs different treatment to be optimally resolved. In this context, it will be attempted to demonstrate that mediation/conciliation, as one of the conditions of action (procedural interest) in addition to being rational contributes to the optimization of judicial provision and for improving the culture of dialogue in society.

KEYWORDS: Procedural law. Mediation. Conciliation. Conditions of action. Procedural interest. Procedural economics. Reasonable duration of the process.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Rompimento de paradigmas. 2 Judiciário no cenário dos Poderes do Estado. 3 O renascimento da conciliação e da mediação como valores-vetores do Judiciário. 4 Tratamento adequado dos conflitos por meios consensuais. 5 O papel do profissional do Direito em relação ao “mercado” de prestação de serviços jurídicos. 6 A praxis da conciliação no Código de Processo Civil de 2015. 7 A mediação no âmbito transnacional: uma análise do contexto argentino. 8 Óbices e vantagens à aceitação da teoria. 9 Abrangência do instituto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de investigação as formas de resolução das lides e a necessidade de reanálise de institutos fundamentais do processo. A sociedade brasileira é altamente beligerante, o que resulta milhões de processos que se acumulam continuamente no Judiciário. A cultura do litígio há de ser substituída pela da conciliação.

Utilizam-se os métodos quantitativo e qualitativo para demonstrar a viabilidade da proposta, que consiste na inserção da mediação/conciliação em uma das condições da ação. Serão analisados o contexto interno e o modelo argentino, primacialmente, para concluir que a proposta trará vantagens para a sociedade.

* Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor efetivo da Universidade Federal de Mato Grosso, graduação e pós-graduação *stricto sensu*. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso e ex-membro do Tribunal Regional Eleitoral.

Os meios adequados de resolução de controvérsias renasceram como valores-vetores do Judiciário possibilitando-se a resolução consensual das lides pelo diálogo e, como efeito secundário, redução do assustador número de processos que ingressam no Judiciário.

A partir da revisão bibliográfica, o artigo explora essa possibilidade, identificando os motivos que ensejam a medida, sua operacionalização, a inserção no corpo social e as consequências respectivas. Nesse contexto, aborda também alguns breves aspectos do direito argentino.

O objetivo é demonstrar que a adoção da mediação/conciliação antes do início do processo (fase pré-processual), com caráter de obrigatoriedade, é profícua e, por isso, defendida no intuito de modificar a cultura da sociedade brasileira, para que se tenha mais diálogo e menos resoluções de lides por sentença.

O legislativo atua de forma ativa no âmbito do Código de Processo Civil e pela criação de uma lei específica de mediação. O Poder Judiciário é um importante ator em nossa sociedade e deve funcionar como indutor dessas mudanças. A proposta vai além da norma positivada e, como se disse, defende a mediação pré-processual obrigatória.

Considerando o cenário exposto, é necessário quebrar paradigmas. Assim, a visualização do que ocorre tão próximo ao Brasil, numa cultura jurídica similar e que vivencia problemas parecidos, revela que a solução apontada não é descabida, mas adequada.

Implantar a mediação/conciliação como etapa pré-processual obrigatória, além de não ferir o acesso à justiça, trará inúmeros benefícios, como o estímulo ao diálogo na sociedade, a redução do número de processos em trâmite no Judiciário e a canalização da energia processual nas demandas em curso.

1 ROMPIMENTO DE PARADIGMAS

Há um conto segundo o qual cientistas fizeram uma pesquisa para comprovar como se formava e desenvolvia o paradigma. Colocaram cinco macacos em um ambiente e um cacho de bananas em cima de uma escada. Toda vez que um dos macacos subia a escada para pegar as bananas, um dispositivo jorrava água gelada sobre os demais. Como não gostavam do banho gelado, quando um deles ameaçava subir era espancado pelos demais ¹.

¹ ASENSI, Felipe Dutra. *Curso prático de argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 35-40.

Então, passou-se a substituir os macacos, um por um; à medida que um deles ameaçava subir, era espancado. Substituíram-se todos os que foram banhados por água gelada, de maneira que não restou nenhum. Todavia, mesmo quando um deles tentava subir para pegar as bananas, era espancado. Não se sabia o porquê. Mesmo que nenhum macaco tivesse tomado banho gelado, a atitude era repetida mecanicamente.

O direito, em sua concepção tradicional, é feito de paradigmas. Contudo, esses paradigmas precisam ser analisados constantemente para verificar sua real adequação às necessidades para as quais foram criados. Deve-se indagar sua atualidade e se ainda satisfazem os anseios que originaram seu nascimento. Em caso negativo, devem ser quebrados.

O paradigma é como uma bússola que oferece referencial de ação no mundo. Por tal importância, ele merece ser discutido em uma conexão dialógica. Contudo, tende a se tornar fechado e rígido, porque os indivíduos que o desafiam são frequentemente criticados e os caminhos de reflexão alternativos e inovadores são sufocados porque não integram premissas já aceitas².

100

2 JUDICIÁRIO NO CENÁRIO DOS PODERES DO ESTADO

O absolutismo caracterizou-se pela concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa (o rei) e a tripartição das funções estatais foi o que garantiu, ao longo dos tempos, o sistema democrático.

Nos trilhos da história, desde Platão, de Aristóteles a Locke – cada qual com suas características –, já se idealizara a divisão das funções estatais. No entanto, coube a Montesquieu a concepção que se sagrou modelo para os países democráticos, com a separação de poderes de forma tripartite – Legislativo, Executivo e Judiciário –, exercício independente das funções e controle recíproco (*Do espírito das leis*)³.

De acordo com Antoine Garapon, as últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se diversificarem, afirmando-se em proporção ascendente a autoridade judicial, que passou a se manifestar em inúmeros setores da vida social⁴.

² ASENSI, Felipe Dutra. *Curso prático de argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 40.

³ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Claret, 2005.

⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

A expansão da jurisdição e do discurso jurídico é fenômeno inato às democracias contemporâneas e fruto de diversas circunstâncias⁵. Como verso e reverso de uma moeda, erigiu-se em patamar de primeira grandeza. Por outro lado, o sistema se revela atualmente congestionado devido à intensidade quantitativa e qualitativa das lides.

Ultrapassado o absenteísmo do Estado Liberal advém o Estado Social, com exigências de garantia e efetivação dos direitos sociais – prestacionais positivos⁶ –, o que requer forte assertividade orçamentária estatal, inviável no momento histórico pós-Segunda Guerra Mundial. O reconhecimento e a não concretização dos direitos ocasionou a busca de efetivação pelo Judiciário, que se tornou protetor das garantias individuais, coletivas e *locus* de proteção das minorias.

A crise do Judiciário é a crise do direito e do processo. O direito, em constante mutação, é exageradamente positivado e não concretizado. O processo não acompanha o grau de exigência da civilização de massa, da mutação do direito, e acaba gerando uma justiça lenta⁷.

Para desatar esse nó górdio estão sendo realizadas modificações legislativas, estruturais e de gestão judiciária. Tudo isto porque, dentre outras questões, a litigância de massa ou serial assombra o Judiciário com grande quantidade de processos repetitivos.

No âmbito doméstico, o Código de Processo Civil de 2015 representou o ápice das modificações legislativas para reduzir a alta beligerância da sociedade brasileira e, por consequência, diminuir o volume de processos. Dentre os institutos, o legislador privilegiou a mediação e a conciliação, erigindo-as ao patamar de primeira grandeza, quer no campo principiológico (art. 3º do Código de Processo Civil de 2015) quer em capítulo específico (arts.

101

⁵ “Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, dentre muitos outros. No início de 2010, uma decisão do Conselho Constitucional francês e outra da Suprema Corte americana produziram controvérsia e a reação política dos dois presidentes. Na América Latina, o caso da Colômbia é um dos mais significativos”. (In: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 23, set.-out.- nov. 2010. Salvador, Bahia, Brasil, IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Público. Disponível em: direitodoestado.com.br. Acesso em: 03 fev. 2020, pp. 03-04).

⁶ A dicotomia direitos fundamentais positivos e negativos perdeu sentido porque todos os direitos “custam” e, portanto, são positivos. O direito de ir e vir, por exemplo, depende da atuação da segurança pública. Para maiores detalhes conferir: SUNSTEIN, Cass R; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos* – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo* (coord.) São Paulo: RT, 1988, p. 102.

165 a 175 do Código de Processo Civil de 2015), além de modificar a fase postulatória pela inserção da audiência de conciliação ou mediação como ato preliminar à contestação (art. 334 do Código de Processo Civil de 2015).

O legislador acolheu os meios adequados de resolução de controvérsia ou sistemas multiportas com o fito de modificar a cultura da sociedade, o que ficou ainda mais nítido a partir da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015). Conciliar é necessário, pois integra uma nova visão que envolve mais consensualidade e menos litígio, ou seja, mais acordos que tragam a verdadeira pacificação social.

3 O RENASCIMENTO DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO COMO VALORES-VETORES DO JUDICIÁRIO

Durante um longo período, nas sociedades primitivas e tribais, os métodos informais de resolução das controvérsias ocuparam o cenário global. Com a jurisdicionalização do processo, o Estado avocou para si a prestação jurisdicional e a conciliação perdeu importância.

102

Na Idade Contemporânea ressurgem, como pauta principal, a conciliação e outros métodos alternativos de solução de controvérsia, para fazer face à morosidade decorrente da solução tradicional das lides, lastreada na sentença. No entanto, esta não deve ser a razão principal desse ressurgimento.

A participação política via mediação e arbitragem tem valor no sistema judiciário. Para estimular essa conduta, é extremamente necessário, desde os bancos da faculdade, o manejo de métodos que favoreçam o diálogo. Como a formação de uma nova cultura demanda tempo, é essencial o aspecto pedagógico, desde os primeiros passos no mundo do Direito.

No Brasil, está havendo um redirecionamento na maneira de se resolver os conflitos. Tenta-se substituir a “cultura do litígio”, “da sentença”, na qual tudo é assunto para o juiz, pela “cultura da conciliação”.

Os juizados especiais criados para dar vazão a tal espécie de demandas, literalmente, soçobraram ou desviaram de seu escopo original. Ao contrário de outros países como os Estados Unidos, o Brasil não tem essa cultura, no entanto, é forte a atuação do Conselho Nacional de Justiça, dos tribunais e do legislador para a reversão do *status quo*.

A sociedade demanda o Judiciário e o chama para resolver inúmeras questões que, em outros países, são solucionadas pelos meios alternativos de resolução de conflitos. Daí a

“recomendação” do Conselho Nacional de Justiça, na Resolução n. 125/2010, para que os tribunais criem Núcleos de Conciliação e Mediação, após o que se seguiram as Leis n. 13.105/2015 e n. 13.140/2015.

4 TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS POR MEIOS CONSENSUAIS

O tratamento dos conflitos por meios consensuais traz desafios para o direito que vão muito além de sua inserção no processo judicial. Seria simplista dizer que é a grande “solução para o problema da justiça” porque relegaria o seu real significado a um segundo plano.

A cultura da conciliação indica a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça, de gestão racional dos interesses e de maior conscientização política⁸.

Pode-se dizer que o renascer da conciliação é oriundo de reação à lentidão e à burocratização da justiça, da sobrecarga e do distanciamento dos tribunais com os usuários do sistema. Ontologicamente, porém, almeja-se modificar a mentalidade do corpo social.

A conciliação e a mediação são métodos eficientes de participação da sociedade na administração da justiça. Menos formalidade (deformalização) e legalismo (delegalização) auxiliam na solução dos conflitos e, por consequência, na percepção de maior credibilidade da justiça.

Nos sistemas dos Meios Adequados de Solução de Conflitos (MASC), a grande vantagem é a reversão do papel do direito como indutor de soluções negativas, pautadas em jogos de “soma zero”, construído a partir de estruturas binárias, do tipo ganha-perde ou ganhador-perdedor. As partes são instadas a construir soluções positivas e a alcançar ganhos na controvérsia. Modifica-se o próprio modo como o direito atua nas relações humanas, nascendo a concepção do ordenamento jurídico com função de regras de *default*, isto é, a serem invocadas para o caso de as soluções consensuais não serem alcançadas⁹.

De acordo com Oscar Chase, a forma de resolução de disputas de determinado país é uma questão cultural. O processo pertencente a uma cultura possui características próprias, tendo

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 278.

⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. Coleção MASC. (coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 1-2.



em vista que é fruto da história, da política econômica, do pensamento arraigado, enfim, de uma série de fatores que influenciam a forma pela qual uma sociedade soluciona seus problemas¹⁰.

Um desses aspectos é a “cultura da sentença”, pela qual, em um determinado país, como o Brasil, prevalece na sociedade a solução das lides via decisão judicial¹¹. É concepção que podemos chamar de tradicional, do monopólio do Judiciário para o julgamento das lides¹².

Litigância, cultura jurídica e política são termos conexos, mas a litigância está relacionada à efetividade da aplicação dos direitos e à existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação¹³. Há países de “bem-estar social” com grande inflexão de políticas públicas, como a Suécia, mas que apresentam baixa litigiosidade judicial¹⁴. Isso se deve à eficiência na administração e na gestão pública, além de outros fatores como o número de habitantes, a conscientização da sociedade, a relação PIB *per capita* e a distribuição de renda.

Em uma perspectiva realista, ainda é limitado o alcance da conciliação e da mediação processual. Os Núcleos de Mediação e Conciliação, no âmbito dos Tribunais, poderiam filtrar as demandas por meio de leitura mais restrita do interesse de agir. Mas como isso não acontece e o aspecto cultural do litígio está presente, o cidadão se vê incentivado a ingressar em juízo. Essa é uma das causas do elevado número de processos tramitando no Judiciário.

Dentre os mecanismos clássicos de resolução alternativa de disputa (ADR's) destacam-se a negociação, a mediação, a arbitragem¹⁵ e a conciliação. Além desses, há os não tradicionais ou híbridos – porque compostos de mais de um dos MASC. Não se pretende aqui a exposição detalhada desse tema, em especial, por fugir ao âmbito delimitador do trabalho, mas apresentar noções a auxiliar na discussão central.

A negociação é um mecanismo alternativo de solução de conflitos caracterizado pela autocomposição por intermédio da conversa direta entre os envolvidos, sem qualquer

104

¹⁰ CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York University, 2005, pp. 1-2.

¹¹ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 7.

¹² SANTANA, Ana Carolina Squadri. *Cultura da sentença*. Trabalho apresentado no 1º Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa e na 1ª Mostra de Trabalhos na Universidade de Santa Cruz do Sul. UNISC, 22 ago. 2013. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10862>. Acesso em: 30 jan. 2020.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 11.

¹⁴ SANTANA, Ana Carolina Squadri. *Cultura da sentença*. Trabalho apresentado no 1º Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa e na 1ª Mostra de Trabalhos na Universidade de Santa Cruz do Sul. UNISC, 22 ago. 2013. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10862>. Acesso em: 30 jan. 2020, p. 05.

¹⁵ BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. *A importância das técnicas de negociação e a Escola de Harvard*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/96866457/A-IMPORTANCIA-DAS-TECNICAS-DE-NEGOCIACAO-E-A-ESCOLA-DE-HARVARD>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador. É a forma mais tradicional e mais acessível de solução de conflitos, na qual as partes, mediante tratativas, compõem seus conflitos, de forma amigável e independente. Como não há presença de terceiro regulador, é possível negociar eventual falta de controle.

Um dos negociadores expõe sua pretensão ao outro, no que poderá ser atendido. Se houver resistência, é possível iniciar o diálogo (característica da negociação). É prática pessoal e informal que integra naturalmente a convivência em sociedade¹⁶. Pode ser aplicada quando há conflito numa relação contratual continuada possibilitando a solução da pendência. Entre as empresas, a negociação tornou-se prática comum para se manter saudável a relação.

No Brasil, ainda não há uma norma específica a tratar da negociação, como se deu com a Lei da Arbitragem e a Lei de Mediação. Pela Lei n. 11.101/2005, a negociação ganhou força no processo de recuperação de empresas, porque passou a ser procedimento auxiliar e necessário para a economia brasileira, ao evitar processos falimentares, porque “a negociação com diversos credores e classes, inclusive empregados, envolve variados problemas” e a boa técnica negocial é importante para alcançar o objetivo da Lei¹⁷.

A evolução levou ao desenvolvimento de técnicas e de métodos de negociação, transformando o simples hábito natural à condição humana em atividade inerente à administração das empresas – negociação profissional¹⁸. As técnicas, táticas e estratégias são variadas e procuram ensinar aos envolvidos a melhor maneira de se obter proveito delas para atingir os objetivos pretendidos.

A característica principal é a ausência de terceiro. Não se trata, porém, de um simples processo intuitivo, baseado em atitudes pessoais, tampouco uma capacidade persuasiva de conduzir – o que fluiria em amadorismo – mas, de teorias negociais, desenvolvimento eficaz de estratégias e de aperfeiçoamento de capacidades profissionais. É falacioso o argumento segundo o qual a capacidade de ser um bom negociador é um atributo nato para algumas pessoas, pois a negociação não é um simples processo intuitivo, baseado nas atitudes pessoais, tampouco uma mera capacidade persuasiva de conduzir¹⁹.

¹⁶ CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 107.

¹⁷ BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. *A importância das técnicas de negociação e a Escola de Harvard*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/96866457/A-IMPORTANCIA-DAS-TECNICAS-DE-NEGOCIACAO-E-A-ESCOLA-DE-HARVARD>>. Acesso em: 30 jan. 2020, p. 01.

¹⁸ CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 109.

¹⁹ CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 109.

Outra técnica de solução de conflitos é a mediação, na qual o mediador se coloca entre os litigantes. Reside aí a diferenciação em relação à conciliação, porque na mediação o mediador tenta conduzir os litigantes para que eles mesmos encontrem uma solução por meio da identificação do problema e suas nuances. Por sua vez, o conciliador induz as partes ao acordo, por intermédio da formulação de propostas, estimulando a reflexão a respeito. Procura, em suma, obter um “meio-termo”.

A arbitragem é forma parajudicial e jurisdicional de resolução de conflitos (Lei n. 9.307/1996), por intermédio da qual um terceiro estranho ao aparato jurisdicional estatal, o árbitro, recebe seus poderes de convenção privada, e decide a controvérsia sem a intervenção do Estado²⁰, cuja decisão tem força de coisa julgada.

A conciliação, por sua vez, é a tônica na atualidade pelos benefícios trazidos. Simplifica a demanda e traz a solução de forma rápida e expedita. As semanas de conciliação dos tribunais, sempre incentivadas pelo Conselho Nacional de Justiça, dão o tom da importância do tema.

106

5 O PAPEL DO PROFISSIONAL DO DIREITO EM RELAÇÃO AO “MERCADO” DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS

O “mercado de prestação de serviços jurídicos” no Brasil vem sofrendo uma lenta mutação. Há até poucos anos, os profissionais que saíam das universidades tinham uma visão centrada na litigância. Contudo, há uma lenta alteração desse *status quo* e a formação do profissional, de uns tempos para cá, começou a mudar: apesar de estruturada para funcionar como anteparo aos litígios e saber resolvê-los na seara do processo tradicional, agrega-se a função dos sistemas multiportas, de maneira que a “cultura da sentença” dê lugar à “cultura do diálogo”. Para isso, é necessário, desde os bancos da faculdade, o estudo de disciplinas específicas que abranjam os MASC, o que poucas instituições de ensino superior costumam fazer.

O profissional deve estar preparado não só para caminhar no processo, mas evitar seu início; uma vez iniciado, que possa estar sensível e preparado para a resolução não litigiosa. Assim, ganham valor disciplinas e procedimentos como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/97. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

No âmbito da resolução da lide pela sentença, haverá a experiência de momentos diferenciados na construção do processo, com mecanismos de otimização e de julgamento rápido (improcedência liminar do pedido), aplicação de precedentes e julgamentos de recursos repetitivos. O impacto será ainda maior em julgamentos de processos em grande escala (litigância serial), experimentado pelo sistema quando da adoção efetiva da inteligência artificial, ainda em fase inicial – a exemplo do Victor (sistema do Supremo Tribunal Federal) e Watson (IBM).

É ideal que ambas as vertentes se desenvolvam para que ocorra resposta mais rápida do Judiciário, mas é incontestável que a prévia resolução do litígio por meio de mediação/conciliação coloca um ponto final pacificando os contendores.

6 A PRAXIS DA CONCILIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

No Código de Processo Civil de 2015, o réu é citado para a audiência de conciliação ou mediação, designada com antecedência mínima de 30 dias, em todas as ações sob o rito comum. É um grande passo, pois traduz a possibilidade de se prestar uma justiça mais célere à luz do ressurgimento do movimento conciliatório, além de possibilitar a modificação da cultura da sociedade.

A mediação demanda mais tempo que a conciliação, mesmo porque não envolve apenas profissionais do direito, mas também profissionais de outras áreas. É clara sua multidisciplinaridade, com o envolvimento da psicologia e da assistência social a auxiliar na resolução das demandas. Dispensável, portanto, a participação direta do juiz; todavia, cabe ao magistrado supervisionar os trabalhos e ficar atento na homologação do acordo para verificar se as questões de ordem pública foram observadas.

Apesar do exposto, os esforços para a efetivação da cultura da mediação/conciliação não estão surtindo o efeito esperado. Parece ser necessária a implantação de medida mais assertiva em prol da efetivação desse desiderato.

A exposição exarada acima prepara o terreno para a avaliação prévia de institutos fundamentais da ação e do processo. Trata-se de conduta necessária visto que envolve o alargamento das condições da ação para a inserção da mediação e da conciliação no circuito do interesse processual.

As teorias abstratas da ação dissociam o direito material do processual, com as características da instrumentalização e independência. Espécie de teoria abstrata, a teoria eclética idealizada por Liebman acrescentou, anteriormente ao mérito da causa, as condições da ação como requisitos da existência do direito de agir e ao julgamento do mérito²¹. O Código de Processo Civil de 1973 filia-se à doutrina de Liebman, adotando a teoria eclética, com expressas referências às condições da ação e sua carência (arts. 267, VI e 301, X). Importante salientar que o autor revisitou sua teoria e excluiu das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, no que houve a repercussão ao Código de Processo Civil de 2015, que acolheu essa retificação.

Sem embargo da discussão doutrinária acerca da eliminação das condições da ação e da caracterização do binômio condição de admissibilidade/mérito, na esteira do direito tedesco, ou da permanência daquela categoria, a premissa adotada no presente trabalho é esta última.

O ponto central de nosso argumento é erigir a exigência de conciliação e de mediação como condições da ação na modalidade interesse processual, contexto em que funcionaria com filtro ao ajuizamento da ação. Ora, se é possível resolver a lide previamente por intermédio da mediação/conciliação, falta o interesse processual à demanda ajuizada sem a tentativa de um dos MASC já citados.

Na configuração tradicional, o paradigma se triparte em interesse-necessidade (valer-se da jurisdição para resolver a lide), utilidade (o provimento deve ser útil) e adequação (a roupagem processual solicitada deve ser adequada). A necessidade do manejo da conciliação/mediação está albergada na primeira (interesse-necessidade), porque o Estado coloca à disposição das partes os Núcleos de Mediação/Conciliação, que passam a ser um caminho prévio necessário de resolução da demanda para se ter acesso à justiça pela provocação à atividade jurisdicional.

Efetivamente, não se veda o acesso à justiça, como será abaixo demonstrado, porque, satisfeita a condição da ação, com a submissão da questão à mediação ou à conciliação, a ação deverá ser remetida à distribuição em face de eventual insucesso.

As referidas modalidades de resolução consensual, nesses casos, devem ser pré-processuais, ou seja, ocorrer antes de ajuizada a demanda, o que dá o tom nodal da distinção

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 120-121.

com a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, cujo rito é traçado no sentido de realizar a mediação ou a conciliação antes da contestação.

Na atual codificação processual, a mediação/conciliação é etapa do procedimento; no presente estudo, antecede o processo e, uma vez ocorrido o acordo, a ação sequer será instaurada. Considerando-se o alto índice de consensualidade, conforme demonstrado na prática, o volume de feitos a ingressar no Poder Judiciário reduzirá sensivelmente com evidente economia processual e financeira.

7 A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO TRANSNACIONAL: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO ARGENTINO

A mediação na Argentina teve a finalidade principal de amenizar a grave crise do sistema judicial marcado pela morosidade e pela sobrecarga de demandas e foi pensada como um meio para “desafogar” os tribunais²², em dissociação ao “modelo tradicional” de solução das lides, a resolução das controvérsias pela sentença.

Nos estudos para a elaboração do anteprojeto da Lei da Mediação constataram-se problemas ainda mais graves daqueles já comuns no Brasil. O sistema judicial argentino entrou em colapso em razão do congestionamento pela sobrecarga de causas, resultado da altíssima taxa de litigiosidade. O ingresso de causas nos tribunais excede totalmente as possibilidades de absorção do sistema, situação que guarda umbilical paralelismo com a realidade brasileira:

Se ha llegado a decir, inclusive, que el sistema judicial de La Argentina está en estado de colapso, en razón de su congestionamiento por sobrecarga de causas, producto de la altísima tasa de litigiosidad provocada por la sed de “solucionar sus problemas por derecho”.

El ingreso de causas a los tribunales excede totalmente las posibilidades de absorción del sistema, que en un año solo llega a procesar con resolución final menos de 10% de los casos que ingresan a él en lo mismo período; y como conclusión de las causas no es ni remotamente tan rápida como la asignación, aparece la acumulación y el retraso. Y no obstante que a mayoría de los jueces tiene un sentido de misión superadora de los obstáculos y la adversidad, existen verdaderas dificultades que restringen la eficiencia y efectividad de la administración de la justicia²³.

²² BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro/>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

²³ ROQUE, Sebastião José. O sistema argentino de mediação é fonte inspiradora do brasileiro. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 05 fev. 2014. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9584/o_sistema_argentino_de_mediacao_e_fonte_inspiradora_do_brasileiro>. Acesso em: 30 jan. 2020. Tradução livre: Já se disse que o sistema judicial da Argentina, inclusive, está em colapso, em razão

A solução tradicional resultou fracassada porque foram utilizadas fórmulas recorrentes: aumento do número de juízes, reformas do Código de Processo, racionalização administrativa e diminuição do número de recursos. Fora encontrada, então, uma solução fora do Judiciário pelo uso dos meios adequados de resolução de controvérsias²⁴.

A característica inicial da mediação na Argentina, assim como na Colômbia, é a sua obrigatoriedade e não facultatividade como se dá no modelo brasileiro. O processo não ingressa no fórum sem passar pela mediação, e, se isto ocorrer, o juiz deve encaminhá-lo ao mediador/conciliador²⁵. Com efeito, os juristas argentinos perceberam na prática, por intermédio de pesquisas, que o instituto da mediação traz profundas modificações na sociedade, além de grande êxito na redução das demandas.

A obrigatoriedade constitui “requisito de procedibilidade” para o legislador colombiano²⁶.

Os projetos brasileiros de mediação inspiram-se no argentino, com exceção do caráter obrigatório da mediação. Na norma processual brasileira em vigor, nada impede que seja realizada antes do procedimento, mas de forma não obrigatória. Uma vez ajuizada a demanda, a parte ré é citada para comparecer à audiência de conciliação ou mediação.

O processo inicial que deu impulso à mediação argentina foi a Lei n. 24.573/1995, que nasceu com prazo fixado para morrer e tornou obrigatória a mediação, na Província de Buenos Aires, utilizada sempre antes da propositura da ação. Atualmente, 22 das 24 províncias

de seu congestionamento devido à sobrecarga de causas, produto da alta taxa de litígios causada pela sede de “resolver seus problemas por direito”.

O aporte de processos nos tribunais excede totalmente as possibilidades de absorção do sistema, que em um ano só processa com resolução final menos de 10% dos casos que ingressam no mesmo período; e como a resolução das causas não é nem remotamente tão rápida quanto o ingresso, a acumulação e o atraso aparecem. E, apesar do fato de a maioria dos juízes ter um senso de missão que supera obstáculos e adversidades, existem dificuldades reais que restringem a eficiência e a eficácia da administração da justiça.

²⁴ ROQUE, Sebastião José. O sistema argentino de mediação é fonte inspiradora do brasileiro. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 05 fev. 2014. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9584/o_sistema_argentino_de_mediacao_e_fonte_inspiradora_do_brasileiro>. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁵ “A certidão (*acta de mediación*) de que houve a mediação assinada pelo mediador registrada no Ministério da Justiça fará parte do processo, como documento obrigatório” (ROQUE, Sebastião José. O sistema argentino de mediação é fonte inspiradora do brasileiro. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 05 fev. 2014. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9584/o_sistema_argentino_de_mediacao_e_fonte_inspiradora_do_brasileiro>. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos. *Ius Gentium*, v. 1 n. 2, jul.-dez. 2007, pp. 111-124.

argentinas já possuem legislação sobre a mediação²⁷. O caráter compulsório desse meio adequado de resolução das controvérsias é a principal característica da lei porque o autor, ao ajuizar a demanda perante o Judiciário, deverá demonstrar que ocorreu a tentativa de resolução pela mediação²⁸.

A Lei n. 26.589/2010 (Mediação Obrigatória), regulamentada pelo Decreto n. 1.467/2011, sucedeu a Lei n. 24.573 e, diversamente do regime anterior, não previu um prazo de vigência. Seu artigo primeiro estabelece:

ARTICULO 1º – Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia²⁹.

Destacam-se como características da norma a obrigatoriedade da mediação prévia ao processo judicial e o pagamento de multa consistente no dobro dos honorários a que tenha direito o mediador, ante o não comparecimento do ausente.

Importante notar os percalços sofridos para a aplicação da mediação obrigatória, consistentes, principalmente, na falta de conhecimento e de informação do novo sistema, por boa parte da população, o que gerou um sentimento de desconfiança generalizado sobre tal procedimento, resultando no ajuizamento de milhares de ações nos dias que precederam à entrada em vigor da Lei n. 24.573³⁰.

A referida lei, de caráter temporário, foi substituída pela Lei n. 26.589. Juan Carlos Dupuis argumenta que houve excessiva desconfiança no novo sistema e que a experiência argentina pode colaborar na edificação de outros sistemas congêneres³¹. O autor elabora as

111

²⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos. *Ius Gentium*, v. 1 n. 2., jul.-dez. 2007, pp. 111-124.

²⁸ BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro/>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁹ Tradução livre: ARTIGO 1 – Estabelece-se a mediação prévia a qualquer processo judicial, que será regida pelo disposto nesta lei. Este procedimento promoverá a comunicação direta entre as partes para a solução da controvérsia.

³⁰ BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Disponível em: <http://www.arco.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro/>. Acesso em: 30 jan. 2020.

³¹ DUPUIS, Juan Carlos G. *La reforma judicial en Argentina justicia inmediata*. Menor cuantía y sistemas alternativos de resolución de conflictos. “A cuatro años de la mediación”. Disponível em: <<http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

seguintes críticas à mediação ocorrida na Argentina³²: (i) as modificações encetadas por decretos provocaram insegurança e perda de credibilidade do instituto, por isso, argumenta que é necessária a experiência prática para que se consolide o tratamento dado pela mediação porque mudanças abruptas não são acompanhadas no plano fático; (ii) falta de treinamento adequado para os mediadores (iii) e falta de incentivo, decorrente dos honorários fixados em lei em patamares muito baixos; (iv) necessidade de preparação específica voltada aos advogados no sentido de que uma atuação consciente do patrono da mediação produz resultados satisfatórios – isso porque certos advogados preferem ajuizar as demandas de seus clientes fora dos limites da Província de Buenos Aires para fugir da mediação obrigatória; e (v) falta de previsão do acesso ao serviço de mediação pela população mais carente.

Abre-se parêntese para mencionar que em nossa realidade incipiente – retratada pela Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, que concitou os tribunais a instituírem os Núcleos de Conciliação e Mediação – a situação é, basicamente, a mesma. Por isso, no cotejo efetuado no âmbito do direito comparado, deve-se observar os exemplos frutuosos e adotá-los como paradigma.

Para quebrar barreiras foi necessário trabalhar em diferentes frentes. No plano da informação houve a conscientização de vários juízes que perceberam as vantagens do instituto e começaram a se informar sobre ele. No plano de treinamento, por intermédio da Associação de Magistrados e Funcionários da Justiça Nacional, efetuaram-se jornadas, conferências e debates, que tiveram por objetivo formar os magistrados e os funcionários sobre distintos aspectos teóricos, a interpretação e a regulamentação da lei. Houve a instituição de treinamentos gratuitos acerca da mediação. Enfim, é necessário o esforço de toda a Justiça para o funcionamento operativo da mediação³³.

Uma vez implementada, várias foram as vantagens da mediação. No primeiro ano, houve uma efetiva diminuição da carga trabalho dos tribunais, que se encontravam abarrotados de processos.

Nos quatro anos de vigência da Lei de Mediação, houve cerca de 600 mil processos (370 mil excluídas as execuções fiscais e sucessões). Foram realizadas somente 1446 execuções de

³² DUPUIS, Juan Carlos G. *La reforma judicial en Argentina justicia inmediata*. Menor cuantia y sistemas alternativos de resolucion de conflictos. “A cuatro años de la mediación”. Disponível em: <<http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

³³ DUPUIS, Juan Carlos G. *La reforma judicial en Argentina justicia inmediata*. Menor cuantia y sistemas alternativos de resolucion de conflictos. “A cuatro años de la mediación”. Disponível em: <<http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

acordo, o que demonstra a qualidade das transações e a voluntariedade no seu cumprimento, sem a necessidade de se recorrer à coerção³⁴.

A análise comparativa dos quatro primeiros anos de vigência da norma, em uma amostra de 102.756 processos, revela que foram solucionados mediante acordo 29,67%; não houve acordo em 43,81%; e não se realizou a mediação por diversas causas em 26,5% dos casos. Entretanto, o que realmente surpreende é o fato de apenas 35,31% desses casos retornarem à justiça, o que indica que quase 65% dos conflitos, por várias razões, não ingressaram no sistema, o que justifica uma descarga real e eficaz dos tribunais.

As causas inatas à conciliação/mediação nos moldes do proposto são as demandas que contêm objetos cujo valor varia entre 1 e 5.000 pesos argentinos. Constatou-se, ainda, nos juízos que tratam previamente os processos via mediação, a diminuição do tempo de tramitação dos processos, do início até a sentença.

Em regra, a mediação obrigatória na Argentina, apesar dos percalços, foi, em linhas gerais, considerada bem-sucedida.

113

8 ÓBICES E VANTAGENS À ACEITAÇÃO DA TEORIA

Os maiores óbices à aceitação da teoria são a vedação do acesso à justiça e a falta de estrutura dos núcleos de mediação e conciliação.

As características da mediação não se coadunam com a presença forçada das partes à sessão sob pena de multa. Contudo, para dar início a uma modificação cultural, é fundamental que as partes sejam chamadas a construir, consensual e dialogicamente, a solução para os seus problemas³⁵.

Ademais, se se deseja implantar a mediação em larga escala, “não se pode esperar que uns poucos demandantes de boa vontade se disponham a comparecer para a audiência de mediação e passem a relatar sua boa experiência às pessoas em geral para que, então, aumentem os índices de comparecimento”³⁶.

³⁴ DUPUIS, Juan Carlos G. **La reforma judicial en Argentina justicia inmediata**. Menor cuantia y sistemas alternativos de resolucion de conflictos. “A cuatro años de la mediación”. Disponível em: <<http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

³⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos. *Ius Gentium*, v. 1 n. 2., jul.-dez. 2007, pp. 111-124.

Fatores como a falta de conhecimento do “novo” sistema, do raciocínio em curto prazo e da preferência pelo sistema tradicional de resolução das lides pela sentença influenciam negativamente na implantação da cultura da mediação.

O princípio da vedação do acesso à justiça ou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e pelo qual se assegura a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seu direito o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar tal acesso.

O destinatário de tal norma é o legislador, que fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Judiciário. Segundo aspecto do princípio em estudo, o Estado tem um dever jurídico, qual seja, tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam sendo lesadas ou ameaçadas. Trocando em miúdos: ao direito que todos temos de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada.

114

Prima facie, tem-se a impressão de que o princípio, de imediato, exclui a efetividade da proposta, assertiva esta contestada por alguns fatores. Em primeiro lugar, há de se interpretar adequadamente a expressão à impossibilidade de vedação à “apreciação do Poder Judiciário”. Isso porque os Centros de Conciliação são “órgãos” do Poder Judiciário, portanto, não há exclusão nesse sentido. Deve existir uma reinterpretação de que o termo garante o acesso por meio de uma “ação judicial”. Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 destaca, no artigo 3º, § 3º: “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”. Quando a norma infraconstitucional menciona “inclusive no curso do processo judicial”, põe em destaque a necessidade do fomento no plano extrajudicial, o que vem ao encontro da proposta ora exposta.

Há alguns dogmas a serem quebrados; além da proposição de mudança cultural, a gestão de processos é a tônica em âmbito mundial. De nada vale garantir acesso formal à justiça sem efetividade. O sistema precisa ser repensado e a mediação/conciliação obrigatória é a saída adequada para o alcance de ambos os desideratos: pacificação da sociedade e modificação da cultura social, com menos beligerância e mais diálogo (vital para a construção de uma sociedade mais madura) e a diminuição do volume de processos.

A norma processual ressalta que a mediação e a conciliação devem ser estimuladas, inclusive no curso do processo judicial (intraprocessuais), o que deixa entrever que tais métodos alternativos exoprocessuais também devem ser plenamente estimulados. No entanto, a conciliação pré-processual deve ocorrer conforme o entendimento tradicional, de forma facultativa.

O argumento do presente trabalho dá um passo além. A exigência da prévia conciliação/mediação não inviabiliza o acesso à justiça, mas é uma etapa necessária para se alcançar a apreciação judicial. Os Núcleos ou Centros de Mediação e Conciliação integram o aparato do Poder Judiciário, de maneira que o ingresso do pedido de conciliação/mediação já consubstancia o *acesso à justiça*, ainda que não haja manifestação do juiz. Trata-se de uma etapa necessária para se alcançar o pronunciamento judicial.

Pode ser um óbice à “jurisdição” de forma imediata, mas não ao “acesso à justiça” – termo mais abrangente – porque, uma vez satisfeito o requisito, há duas situações possíveis: ou a solução se impõe ou possibilita-se distribuir a ação. O acesso à justiça, portanto, não deve ser confundido com o acesso à jurisdição³⁷.

Não se pode elevar à enésima potência o termo “acesso à justiça”, que passou a ter significado meramente formal, tamanha a exigência feita ao aparato estatal, em volume de demandas.

A par dos procedimentos dos MASC realizados em fase extrajudicial e prévia à demanda, Estados Unidos e Inglaterra modificaram o *pre-trial* de maneira a fomentar sobremaneira a conciliação e obter resultados satisfatórios em termos da resolução das lides, visando evitar o *trial*. Consolida-se o procedimento de *common law* em duas fases: *pre-trial* (preparatória) e *trial* (produção de provas orais em audiência).

No país norte-americano, um volume elevado de causas civis não ultrapassa a fase do *pre-trial* e não chega ao debate, na maior parte dos casos porque as partes celebram um *settlement* (acordo), porque o juiz ordena a tentativa de conciliação por terceiro ou uma arbitragem, ou porque tem êxito algum outro mecanismo de solução precoce da controvérsia³⁸.

Na Inglaterra, somente entre 2 e 3% das causas ajuizadas sobrevive à fase preliminar e chega ao *trial* para terminar por meio de sentença. Dentre as razões para isso está o fato de o

³⁷ Deve-se dicotomizar a expressão ‘acesso à justiça’ de ‘acesso ao judiciário’; a primeira tem a acepção de justiça fornecida de forma efetiva e eficaz, ao passo que a segunda pressupõe o acesso ao aparato estatal.

³⁸ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, v. 110, abr. 2003, p. 5.

legislador inglês ter pressionado por essa tendência para abreviar o procedimento e obter a solução precoce da lide na fase do *pre-trial*. Para esse fim, são adotadas diversas técnicas, dentre as quais, tentativas de conciliação, decisões *in default*, juízos sumários e *payments into court* (acordo em juízo).

Taruffo salienta a mutação do *pre-trial* da fase preparatória em fase de “solução da controvérsia”, para solucionar a causa o mais rápido possível; somente quando se frustra esse desiderato ocorrerá a fase *trial*³⁹.

Além disso, os Estados Unidos impõem diversos óbices ao acesso à jurisdição, o principal deles, econômico. Há situações que estão sob o manto da assistência judiciária, mas diversos estados norte-americanos cobram o valor das custas e das despesas processuais⁴⁰.

Os exemplos acima não se adequam à presente proposta – que é mais arrojada, no sentido processual, nos moldes da efetivada na Argentina –, mas demonstram a atividade realizada em outros países para o gerenciamento efetivo das lides.

No âmbito da União Europeia, alguns Estados membros preveem em sua legislação a obrigação do recurso das ADR's⁴¹ antes de as partes ingressarem nos órgãos jurisdicionais. Entretanto, estas legislações são limitadas e se referem a matérias específicas. Em geral, a legislação dos Estados membros prevê o recurso às ADR's como facultativo⁴².

Neste sentido, a Diretiva n. 52 da União Europeia contém exortações aos Estados membros para incentivarem a mediação e a conciliação devido à rapidez, aos baixos custos, a maior disposição das partes envolvidas ao cumprimento espontâneo e a preservação da relação amigável entre os interessados. Segundo a Diretiva, a mediação deve ser voluntária no sentido de os litigantes optarem por esse meio de solução de conflitos. Contudo, ressalta a faculdade de os Estados membros previrem a mediação obrigatória, desde que esta não obste o acesso à justiça⁴³.

116

³⁹ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, v. 110, abr. 2003, p. 5.

⁴⁰ MELO, João Ozorio. Pesou no bolso. Justiça dos EUA cobra por defensores públicos e serviços que eram gratuitos. *Conjur*. 9 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-09/justica-eua-passa-cobrar-defensores-publicos-servicos>>. Acesso em: 25 set. 2019.

⁴¹ Referência à *Alternative Dispute Resolution*, que se traduz por Resolução Alternativa de Disputas e significa meios alternativos de solução de controvérsias.

⁴² COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, COM(2002) 196, definitivo (presentato dalla Commissione). LIBRO VERDE relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale. Bruxelles, 19 abr. 2002, p. 27.

⁴³ HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, UERJ, v. 6., n. 6, 2010. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/a-nova-lei-de-mediacao-italiana>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

A situação adequa-se ao caso em estudo, pois, para evitar o obstáculo ao acesso à justiça, prevê-se um prazo máximo para a realização das sessões de conciliação, de forma definitiva, findo o qual ao interessado-autor se facultará a distribuição do seu processo.

Observa-se que a concepção de que os Centros ou Núcleos são parte do acesso à justiça está contida na Diretiva n. 52, de 21 de maio de 2008, da União Europeia, que em seus *Considerandos* adota como premissa o reconhecimento de que os chamados “procedimentos extrajudiciais alternativos” (mediação e conciliação) consistem em instrumento de facilitação do acesso à justiça, cabendo aos Estados membros dedicar especial atenção em prol da implementação do instituto da mediação⁴⁴.

Além do aspecto cultural, essencial para formar uma sociedade mais dialógica e madura, os milhões de feitos que abarrotam o Poder Judiciário justificam a medida. A adoção de um prazo (gatilho) de 60 a 90 dias, para que se dê a conciliação/mediação, após o que ocorre a distribuição automática da petição inicial, amaina a alegação de quebra da cláusula do livre acesso à justiça.

A ideia é que as partes se dirijam aos Núcleos de Conciliação e Mediação previamente à distribuição. Se não houver acordo nas sessões ali realizadas, será cancelada nos autos a condição de procedibilidade (condição da ação – interesse processual). Não é necessário, todavia, o cliente buscar os Núcleos já munidos da petição inicial. No entanto, se isso ocorrer, a petição inicial será remetida à distribuição mediante requerimento da parte autora. Ele poderá dirigir-se ao local, explicitar a situação para profissionais capacitados e, a partir daí, iniciar a mediação/conciliação extrajudicial.

O que ocorre é um óbice imediato do acesso à jurisdição (ao juízo, entenda-se). A mediação/conciliação nos moldes expostos é um passo dado ao manejo sério e responsável da cláusula da garantia do acesso à justiça para se possibilitar a implantação da política e da cultura

⁴⁴ HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, UERJ, v. 6., n. 6, 2010. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/a-nova-lei-de-mediacao-italiana>>. Acesso em: 30 jan. 2020. “Dentre suas linhas mestras, a Diretiva destaca: i) ser a mediação precipuamente voluntária, cabendo aos litigantes optar livremente por esse meio de solução de conflitos, ressalvada a faculdade de os Estados-membros previrem a mediação obrigatória, desde que esta não obste o acesso à justiça ii) informalidade, detendo as partes ampla liberdade de organização do procedimento de mediação; iii) ausência de prazo, podendo as partes encerrar a mediação a qualquer tempo, ressalvando-se apenas a possibilidade de os tribunais fixarem prazo máximo; iv) possibilidade de os tribunais recomendarem a mediação às partes, quando oportuno; v) dever de os Estados-membros incentivarem a formação e a capacitação de mediadores, bem como controlar a qualidade dos serviços por eles prestados; vi) executoriedade do acordo de mediação em todos os Estados-membros cujo ordenamento jurídico interno confira tal caráter a acordos internos similares; vii) confidencialidade da mediação, inclusive em relação à divulgação de informações para instrução de processo judicial, salvo quando esteja envolvido interesse de menor ou a execução do acordo de mediação, situações em que será possível divulgar as informações”.

da mediação e da conciliação em nossa sociedade. Condição *sine qua non* para implantar a proposta é o regular funcionamento dos Núcleos de Mediação e Conciliação.

Conforme a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, incumbe ao Poder Judiciário estabelecer a política pública do tratamento dos problemas jurídicos e conflitos de interesses ocorridos em larga e crescente escala na sociedade para organizar, em âmbito nacional, os serviços prestados nos processos judiciais e os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação. Isto se deu pela criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos.

Em seu artigo 1º, a Resolução explicita que incumbe aos órgãos judiciários a obrigação de oferecer mecanismos de solução de controvérsias (via conciliação e mediação), além de prestar assistência e orientação ao cidadão.

A previsão da norma se concretizou, os tribunais criaram estrutura para o funcionamento dos núcleos e investiram na formação e no treinamento de servidores, conciliadores e mediadores (Resolução n. 125, art. 2º, do Conselho Nacional de Justiça). Uma de suas funções é instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, unidades do Poder Judiciário responsáveis, preferencialmente, por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação a cargo de conciliadores e mediadores, como também pelo atendimento e orientação ao cidadão (art. 8º). O objetivo é atender aos juízos, juizados ou varas, com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou juizados especiais cíveis, criminais e fazendários.

Ao Conselho Nacional de Justiça incumbe organizar programas para promover ações de incentivo à autocomposição dos litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (art. 4º), que poderão ser implementados com a participação dos órgãos do judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, como universidades e instituições de ensino.

Sua missão é diretora, de estabelecer diretrizes, desenvolver conteúdo programático mínimo para capacitação, regulamentar a atuação dos conciliadores, buscar a cooperação dos órgãos públicos e das instituições públicas e privadas da área de ensino, criar disciplina que propicie o surgimento de uma cultura da solução pacífica dos conflitos e, em parceria com as Escolas de Magistratura, para a existência de módulos voltados aos métodos consensuais de solução de conflitos; estabelecer interlocução com a OAB, Defensorias, Procuradorias e Ministério Público e atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes estimulando a autocomposição. As conciliações e mediações podem ser pré-processuais (art. 8º, § 1º). O que se quer é a implantação de uma política nesse sentido.

O Código de Processo Civil de 2015, na esteira da mencionada Resolução, disciplina o tema nos arts. 165 a 175. Segundo o primeiro deles, “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

Os Centros de Mediação e Conciliação têm atuação processual e pré-processual, esta de forma facultativa. A estrutura já está montada e possibilita a mediação/conciliação antes do início do processo.

Para a efetiva aplicação de nossa tese é necessário haver atuação e funcionamento dos Núcleos de Mediação e Conciliação na Comarca, Seção ou Subseção Judiciária, porque a ausência ou o mau funcionamento do Núcleo inviabiliza a aplicação da proposta – levará ao descumprimento do prazo mencionado (60 a 90 dias) e à automática distribuição dos feitos.

Com o novo sistema, quem ganhará é a sociedade porque milhões de feitos deixarão de ser ajuizados. A economia processual será imensa e a energia economizada será canalizada para outros feitos. Além disso, não serão formados os autos do processo (ainda que eletrônicos) nem realizados os atos preparatórios da citação – a cargo dos auxiliares do juízo (analistas judiciários ou escreventes).

A citação não mais será realizada em inúmeros casos, o que resultará numa economia processual significativa, inclusive eliminando prazos mortos. Além disso, a fixação de prazo para se realizar a sessão diminui a argumentação de que haverá demora na apreciação do feito.

Outra vantagem a ser obtida é a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e art. 4º, do Código de Processo Civil de 2015) como um todo. Isto porque, se milhares de processos deixarem de ser ajuizados, então o sistema operará de maneira mais funcional, sem sobrecarga de trabalho.

Quanto menor o número de processos que ingressar no Judiciário, maior será a efetividade do princípio e, por consequência, da própria prestação jurisdicional.

9 ABRANGÊNCIA DO INSTITUTO

O caso concreto elegerá qual dos meios adequados será aplicável: a conciliação (o conciliador formula proposta para as partes) ou a mediação (o mediador auxilia as partes a compreenderem a lide e a construir uma solução consensual).

A grande quantidade de litígios que sobrecarregam o Judiciário na seara consumerista, além de algumas causas civis da “justiça comum” formam a litigância serial que trava o andamento da Justiça. Demandas de natureza bancária, consumerista, envolvendo questões de telefonia, fornecimento de água e esgoto e energia elétrica devem ficar sob a tutela da mediação e da conciliação prévias.

Admissível e bastante recomendável que nos casos envolvendo o direito de família – ações de alimentos e revisão de alimentos, separação, divórcio, guarda, *etc.* – haja a sessão de mediação/conciliação, essencial para preservar o relacionamento sadio, não obstante a situação fática rompida. A prática demonstra a solução surgida de forma consensual e, na quase totalidade dos casos, finalizada por meio da composição.

Os benefícios imediatos da implantação da mediação e da conciliação são a redução de uma grande quantidade de feitos que ingressaria no Poder Judiciário e a canalização da energia para a resolução de outras controvérsias; o mediato é a implantação da cultura da conciliação na sociedade.

As execuções fiscais (cobranças de tributos, como por exemplo, contribuições de autarquias e impostos diversos) também ficam sob a égide do sistema em estudo desde que as sessões conciliatórias prévias ocorram após consenso com as procuradorias.

Excluem-se as causas nas quais seja impossível a autocomposição.

Importante destacar que nos processos que necessitem de tutela de urgência cautelar ou antecipatória garante-se a apreciação imediata da medida contida na ação, sem necessidade da prévia conciliação/mediação, que será realizada na forma tradicional.

Na prática, o autor ingressa no núcleo, assistido por advogado, e realizará a sessão entre 60 e 90 dias. Ultrapassado o prazo sem a realização da sessão, os autos podem ser distribuídos regularmente, mediante requerimento da parte.

O réu deve ser intimado e comparecer à sessão acompanhado de advogado, garantindo-se a presença da Defensoria Pública para os hipossuficientes. Não há citação, mas uma intimação. Sua ausência induz a negativa da conciliação e possibilita a imediata distribuição do feito, mas impõe-se ao faltoso uma multa correspondente a um salário mínimo em decorrência da ausência injustificada.

Por se tratar de mudança de cultura, os órgãos públicos devem estar abertos à conciliação e autorizados à conciliação. Isto porque o artigo 496 do Código de Processo Civil possibilita a eficácia imediata da sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito

Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, se o proveito econômico for inferior aos patamares descritos no § 3º do referido artigo.

Para a efetivação do projeto é necessária alteração legislativa, por meio de lei ordinária, que modifique o Código de Processo Civil e inclua a medida. A flexibilização da norma é imprescindível para viabilizar a inovação, motivo pelo qual se apresenta minuta de projeto de lei⁴⁵.

Nas Comarcas nas quais os Centros não funcionem a contento – sem equipe de conciliadores e mediadores ou revelando atuação deficitária – o juiz não poderá reconhecer a ausência da condição da ação (interesse processual) e deixar de dar o impulso inicial do processo. Ao contrário, a proposta deve ser aplicada nas comarcas que funcionem bem, o que será aferido objetivamente, com a designação de audiência com data superior a 60 dias.

CONCLUSÃO

A instituição da mediação/conciliação como condição da ação na modalidade interesse processual é altamente frutífera para a sociedade brasileira porque induz à modificação da cultura da pacificação, ao mesmo tempo em que leva à diminuição da taxa de congestionamento de processos. A economia processual e a redução da taxa de congestionamento serão

121

⁴⁵ Segue-se proposta de minuta: “Art. XX Ao ingressar em juízo a parte deverá comprovar que submeteu previamente a lide aos Núcleos de Mediação e Conciliação. § 1º O interessado-autor pode dirigir-se ao Núcleo de Mediação e Conciliação que lavrará o termo de ocorrência que contará com a identificação das partes, a causa de pedir e o pedido, acompanhamento por advogado. § 2º Quando comparecer acompanhado com advogado, faculta-se ao interessado-autor viabilizar o seu pedido na forma do artigo 319, NCPC. § 3º A aplicação do disposto no *caput* se dará nas comarcas, seções e subseções judiciárias nas quais estiver em funcionamento o Núcleo de Conciliação e Mediação, nos termos deste Código e das normas administrativas aplicáveis à espécie. § 4º A partir do aporte do pedido de conciliação/mediação, os Núcleos de Conciliação deverão realizar a sessão no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por mais trinta dias em caso da necessidade de outras sessões. § 5º Acaso não haja a realização da primeira sessão no prazo de 60 (sessenta) dias e da última no prazo de 90 (noventa) dias, o processo ficará à disposição do interessado para que ajuíze a demanda. § 6º É indispensável que a parte autora comprove, por certidão emitida por núcleo de mediação e/ou conciliação, que houve a tentativa prévia de conciliação, ao ajuizar a demanda. § 7º Se a demanda inicial for protocolada sem a referida certidão comprobatória, a parte autora será intimada a apresentá-la no prazo de cinco dias. Se a mediação/conciliação prévia não tiver sido realizada, o juiz remeterá os autos ao núcleo de mediação e/ou conciliação para que o faça no prazo mencionado neste artigo. § 8º A mediação/conciliação não versará sobre direitos indisponíveis. Quanto à Fazenda Pública, ressalvam-se os patamares descritos no artigo 496, § 3º, NCPC. § 9º Submetem-se ao presente artigo as causas de natureza consumerista, bancária, que envolvem a concessão de serviços públicos, familiar e as cíveis de natureza geral. § 10 Não se submetem ao presente os casos que versem sobre matérias tributária, salvo execução fiscal, administrativa, observado o patamar permissivo previsto e responsabilidade civil do Estado, de autoria incerta, bem como aqueles cuja natureza evidencie a alta carga de litigiosidade, demonstrada na inicial. § 11 Os casos nos quais não se enquadrarem no § 5º, mas forem distribuídos, deverão ter a distribuição cancelada e remetidos ao Núcleo de Conciliação e Mediação, consoante decisão fundamentada do juiz, observando-se o artigo 10. § 12 Quando houver o protocolo do pedido de mediação/conciliação a data da audiência sairá designada e o interessado-autor intimado. § 13 O interessado ou seu advogado será intimado da realização da audiência de conciliação. Exitosa a intimação, a ausência injustificada à sessão de conciliação/mediação pelo interessado-réu será tida como recusa à mediação/conciliação.

consideráveis e a energia processual que sobejará poderá ser utilizada na resolução das controvérsias efetivamente ajuizadas.

Devemos estar abertos a quebrar dogmas em um tempo de mudanças quando, inclusive, muitos deles já nem existem mais, a exemplo do processo cautelar autônomo ou do procedimento sumário. A mediação e a conciliação obrigatórias representam uma contribuição efetiva para diminuir o número de feitos do Judiciário porque a realização de sessões pré-processuais com os litigantes seriais ou demandas como as de alimentos evitará o ajuizamento de milhões de feitos.

É certo que haverá inúmeros pontos de vista contrários, fundados principalmente no ferimento ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988). Espera-se, no entanto, ter sido demonstrado neste artigo que não resta infringido tal princípio.

A iconoclastia processual é necessária para o avanço, principalmente em um país que conta com um processo para cada dois habitantes – ou seja, o número de processos supera o montante de 80 milhões de demandas em andamento. O montante é assustador, portanto, medidas de alto impacto precisam ser urgentemente adotadas em prol da credibilidade do próprio Estado.

122

REFERÊNCIAS

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil – parte geral*. v.1. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

ASENSI, Felipe Dutra. *Curso prático de argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elviesier, 2010.

BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. *A importância das técnicas de negociação e a Escola de Harvard*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/96866457/A-IMPORTANCIA-DAS-TECNICAS-DE-NEGOCIACAO-E-A-ESCOLA-DE-HARVARD>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro/>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 23, set.-out.-nov.

2010. Salvador, Bahia, Brasil, IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Público. Disponível em: direitodoestado.com.br. Acesso em: 03 fev. 2020.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/97. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. v. 1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Servanda, 1999.

CHASE, Oscar G. *Law, culture and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York University, 2005.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, COM(2002) 196, definitivo (presentato dalla Commissione). LIBRO VERDE relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale. Bruxelles, 19 abr. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUPUIS, Juan Carlos G. *La reforma judicial en Argentina justicia inmediata*. Menor cuantia y sistemas alternativos de resolucion de conflictos. “A cuatro años de la mediación”. Disponível em: <http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. Coleção MASC. (coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, UERJ, v. 6., n. 6, 2010. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/a-nova-lei-de-mediacao-italiana>. Acesso em: 30 jan. 2020.

MELO, João Ozorio. Pesou no bolso. Justiça dos EUA cobra por defensores públicos e serviços que eram gratuitos. *Conjur.* 9 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-09/justica-eua-passa-cobrar-defensores-publicos-servicos>>. Acesso em: 25 set. 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral da mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROQUE, Sebastião José. O sistema argentino de mediação é fonte inspiradora do brasileiro. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 05 fev. 2014. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9584/o_sistema_argentino_de_mediacao_e_fonte_inspiradora_do_brasileiro>. Acesso em: 30 jan. 2020.

SANTANA, Ana Carolina Squadri. *Cultura da sentença*. Trabalho apresentado no 1º Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa e na 1ª Mostra de Trabalhos na Universidade de Santa Cruz do Sul. UNISC, 22 ago. 2013. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10862>. Acesso em: 30 jan. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. São Paulo: RT, 1988.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos. *Ius Gentium*, v. 1 n. 2., jul.-dez. 2007.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, v. 110, abr. 2003.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: (coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007.

Submissão: 30/09/2019

Aceito para Publicação: 28/12/2019



AÇÃO CIVIL COLETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL

CLASS ACTION AND COMPETITION CIVIL LIABILITY

Luiz Carlos Buchain*

RESUMO: Os métodos tradicionais para solução de conflitos tornaram-se inaptos frente aos novos conflitos e a configurações sociais de direitos e interesses jurídicos que extrapolam a esfera individual. O direito concorrencial, por sua vez, revela um caráter transindividual, exigindo que o processo deixe de ser uma controvérsia entre particulares, passando a representar direitos pertencentes ao grupo, ao público em geral ou a um determinado segmento social. A substituição processual dos legitimados ativos ao pedido de indenização por danos concorrenciais permite que os particulares sejam representados judicialmente na defesa de direitos transindividuais ou individuais homogêneos. A coisa julgada vinculativa a todos os membros do grupo tem especial relevância no sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência. Dano. Direitos individuais coletivos. Ação coletiva.

ABSTRACT: Traditional methods for conflict resolution have become unfit for new conflicts and social configurations of rights and legal interests that go beyond the individual sphere. Competition law, on the other hand, reveals a transindividual character, requiring that the process cease to be a controversy between individuals, and to represent rights belonging to the group, the public in general or a certain social segment. The procedural substitution of legitimized citizen to claim for compensation for competitive damages allows individuals to be represented in court in the defense of transindividual or homogeneous individual rights. The judgement binding on all members of the group has special relevance in the system.

KEYWORDS: Competition. Damage. Collective individual rights. Class action.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A tutela coletiva de direitos. 1.1 A tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos individuais. 1.2 Os interesses sociais como direitos coletivos. 1.3 Direitos individuais homogêneos como direitos coletivos. 1.4 O processo coletivo estrutural. 2 A responsabilidade civil concorrencial. 2.1 A Responsabilidade civil objetiva concorrencial – pressupostos. 2.2 Legitimação indenizatória concorrencial e substituição processual. Conclusão. Referências.

126

INTRODUÇÃO

A busca pela proteção do Estado diante de um determinado conflito de interesses sempre teve como viés a defesa de um interesse ou direito individual. Era o direito individual que fundamentava o pedido para a prestação da tutela jurisdicional estatal.

Dessa forma, para exercer o direito de ação e obter a tutela do Estado, o indivíduo deveria demonstrar a violação a um direito material pessoal e individual. Entretanto, ao longo do século XX esse paradigma do direito foi sendo substituído por novos parâmetros nos quais tornou possível pleitear a tutela jurisdicional ainda que não existisse direito material individual que o fundamentasse.

Conforme a sociedade moderna evoluiu de uma sociedade individual para uma sociedade de massa, o paradigma de tutela jurisdicional individual foi superado, pois a nova sociedade

* Doutor em Direito Econômico pela UFRGS.

apresentou o fenômeno das lesões em massa, atingindo a coletividade ou determinados grupos sociais.

Destarte, uma sociedade massificada passou a exigir igualmente um processo judicial que atendesse as massas. O processo, que até então era visto como defesa de direito material individual, passou a conceber métodos que abarcassem as repercussões sociais e transindividuais decorrentes da sociedade de massa. Essas novas instrumentos processuais tornaram-se instrumentos necessários para a defesa dos *direitos coletivos* derivados dessa nova realidade social.

Essa nova concepção do exercício do direito vem auxiliar, cada vez mais, na tutela de direitos que deixam de ser meramente individuais, adquirindo reflexos sociais como aqueles ligados à defesa da economia, saúde, educação, cultura, segurança e meio ambiente sadio, direitos esses de natureza fluida, atribuindo-se sua titularidade a todo o grupo social. Pode-se dizer que a tutela coletiva de direitos amplia o próprio acesso do cidadão à justiça.

A tutela coletiva de direitos busca proteger os interesses/direitos de seus titulares, que podem ser um grupo determinável ou indeterminável de indivíduos, possuindo vantagens sobre a tutela individual exatamente porque além de proporcionar a própria tutela coletiva para o grupo social titular do interesse ou direito, também colabora com o Estado para uma melhor administração da Justiça.

O objetivo do trabalho é analisar a tutela coletiva de direitos e sua aplicação no campo do direito da concorrência.

1 A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

A regra de que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (art. 18 do CPC) tem aplicação geral no sistema brasileiro, mas há exceções lançadas na própria lei.¹

Além do tradicional sistema de litisconsórcio ativo (art. 113 do CPC) para defesa de lides que apresentem comunhão de direitos ou obrigações, conexão pelo pedido ou causa de pedir ou afinidade por ponto comum de fato ou de direito, o sistema legal prevê vários instrumentos para

¹ ALVIN, Arruda. *Ação civil pública*. Processo coletivo. São Paulo: RT. 2014, p. 127.

a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada e determinada, com são os chamados, respectivamente, os “interesses difusos e coletivos”².

A partir da introdução no sistema jurídico da possibilidade de demanda coletiva para a tutela de direitos e interesses transindividuais pela chamada “ação civil pública” (Lei 7.347, de 24/07/1985), sobrevieram diversas outras normas estendendo essa mesma tutela processual para outros grupos sociais³. Os direitos e interesses transindividuais⁴ se caracterizam por sua indivisibilidade, sua titularidade ser subjetivamente indeterminada (difusos) ou pertencente a pessoas indeterminadas, certos grupos de classes e pessoas (coletivos), além de terem como legitimados ativos um substituto processual (art. 82 do CDC): o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou entidades ou associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos⁵.

A ação civil pública foi sagrada como ação constitucional para tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, a ser promovida pelo Ministério Público (art. 129, III da CF/88), sem prejuízo da legitimidade conferida por lei ordinária a outras entidades. Quanto à ação popular⁶, ainda que reste prevista constitucionalmente (art. 5º, LXXIII da CF/88) e preste-se à defesa de direitos transindividuais, sua legitimidade é de “qualquer cidadão”, sem previsão para a substituição processual e a defesa coletiva de direitos.

Além da tutela dos direitos transindividuais, o CDC⁷ criou instrumentos para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos) sob o conceito de “direitos individuais homogêneos”, assim compreendido como o conjunto de diversos direitos subjetivos individuais, pertencentes a

² ALVIN, Arruda. *Processo coletivo*. Do surgimento a atualidade. São Paulo: RT. 2014, p. 121.

³ Entre outras, cita-se: lei 7.853, de 24/10/1989 para pessoas portadoras de deficiências; lei 8.069, de 13/07/1990 para crianças e adolescentes; lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para defesa dos consumidores; lei 8.429, de 02/06/1992 da probidade na administração pública; lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 para defesa da ordem econômica; lei 10.741, de 01/10/2003 para defesa das pessoas idosas e lei 13.300, de 23/06/2016 disciplinadora do processo e julgamento dos mandados de injunção individuais e coletivos.

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014, p. 323.

⁵ Lei 7.347/85, art. 5º e CDC art. 82.

⁶ Aqui a legitimidade é de “qualquer cidadão”, não há direito a substituição processual. Ademais, embora a lei 4.717, de 29/06/1965, art. 1º, §1º fale em “bens e direitos de valor econômico”, o disposto no art. 5º, LXXIII da CF/88 refere a “anular ato lesivo ao patrimônio público à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, inexistindo previsão constitucional para utilização da ação popular à defesa da “ordem econômica”.

⁷ Para a defesa coletiva de direitos se admite a substituição processual, tanto para direitos transindividuais (coletivos ou difusos) quanto para direitos individuais homogêneos. (art. 82 e art. 91 do CDC).

peças distintas, os quais se assemelham pela origem em comum, permitindo um grau de homogeneidade suficiente para defesa em conjunto.⁸

Já a própria Constituição Federal de 1988 consagrara entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados a legitimação das associações de classe e das entidades sindicais para promoverem em juízo a defesa dos direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5º, XXI, e art. 8º, III). Previu-se, também, que o mandado de segurança poderia ser impetrado, em regime de substituição processual, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, ou por associação ou entidade de classe, em defesa de interesses dos seus associados. É o que se denominou de mandado de segurança coletivo (art. 5ª, LXX da CF/88).

Todos esses instrumentos jurídico-processuais, além da ação civil pública, potencializaram a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais de tal forma que, atualmente, pode-se classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grupos: a) tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos em a.1) tutela individual pelo próprio titular, a.2) tutela coletiva de direitos individuais, em regime de substituição processual (ações civis coletivas, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo); b) mecanismos para tutela de direitos transindividuais, isto é, direitos pertencentes a grupos ou classes de pessoas indeterminadas (ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa; e c) instrumentos para a tutela da ordem jurídica, representada pelos instrumentos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas.⁹

É clara a ênfase dada pelo legislador constitucional e infraconstitucional à solução coletiva de conflitos. Trata-se da evolução da sociedade para relações jurídicas menos pessoalizadas e de dimensões coletivas. O subsistema de processo coletivo tem por objetivo tanto a tutela de direitos coletivos quanto a tutela coletiva de direitos individuais que são alcançados por instrumentos próprios (as ações civis públicas, ações civis coletivas e pelo controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades).

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 7ª ed. 2017, p. 19.

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 7ª ed. 2017, p. 26.

Verificado que tanto a norma constitucional quando diversas normas infraconstitucionais do sistema jurídico acolheram a defesa coletiva de direitos, é preciso adentrar no conceito de tutela coletiva de direitos.

1.1 A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS

Os métodos tradicionais para solução de conflitos não mais satisfazem os anseios sociais por eficiência jurisdicional. Assim, a defesa coletiva de direitos veio fazer frente aos novos conflitos e suas novas configurações exatamente porque os direitos e interesses ameaçados extrapolam a esfera individual, passando a ter interação transindividual. O processo deixou de ser uma controvérsia entre duas ou mais partes visando a solução de interesses próprios, passando a ser a busca de direitos pertencentes ao grupo, ao público em geral ou a um determinado segmento social. Nesse sentido, houve a modificação do sistema para permitir a ampliação da legitimidade de parte e modernizar as normas de atuação judicial visando a melhor instrumentalização da defesa dos direitos coletivos, difusos e direitos individuais homogêneos.

A legitimação ativa a determinados indivíduos ou grupos permite sua atuação em representação dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Também a nova conceituação de coisa julgada^{10 11}, que passa a vincular os membros do grupo, ainda que nem todos tenham participado individualmente do processo, tem especial relevância no sistema.

A defesa de direitos transindividuais está fortemente marcada na Constituição Federal, como direito ao meio ambiente sadio (art. 225), manutenção do patrimônio cultural (art. 216), preservação da probidade administrativa (art. 37 parágrafo quarto), e a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). Na mesma linha legislativa, a Constituição alargou o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXXIII) para a defesa de diversos direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural), além de permitir ao Ministério

130

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das Ações Coletivas*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014, p. 488-489.

¹¹ ALVIN, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Processo coletivo. São Paulo: RT. 2014, p. 108-109.

Público promover o inquérito civil e ação civil pública¹² destinados a tutelar direitos interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

A fórmula adotada foi a técnica da substituição processual. Passa-se a outorgar legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo direitos de outrem. São exemplos dessa substituição processual aquelas previstas no art. 5º, XXI da CF (entidades associativas) e art. 8º, III da CF (entidades sindicais), às quais foi conferida legitimação ativa para defender em juízo os direitos dos seus associados e filiados. O mesmo aconteceu com os partidos políticos, as organizações sindicais, entidades de classe e associações, as quais receberam legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, b da CF).

Paralelamente à criação de mecanismos para tutelar direitos transindividuais, foram também criados meios para a tutela coletiva de direitos individuais¹³, em conceito que supera a simples hipótese de litisconsórcio facultativo ativo. Foi o CDC que disciplinou, no âmbito das relações de consumo, o procedimento denominado de ação civil coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, (art. 91) pela aplicação do instituto da substituição processual.

Importa distinguir *direitos coletivos* da *defesa coletiva de direitos individuais*, pois os direitos subjetivos individuais, ainda que tutelados coletivamente, não recebem o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual (direitos coletivos). Direito Coletivo é a designação genérica para duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e coletivo *stricto sensu*. É direito que não pertence nem a administração pública nem a indivíduos em particular mas, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou a própria sociedade em sentido amplo.

¹² Nesse sentido ação coletiva do MP para barrar a cobrança de preços abusivos de combustíveis: “Ementa: Ação civil pública proposta pelo Ministério Público com o fim de impedir comercialização de combustível a preços supostamente abusivos. R. despacho saneador que indeferiu a pleiteada denúncia da lide à Distribuidora, bem como a expedição de ofício ao CADE. Não vislumbradas as hipóteses previstas no art. 125, do CPC, tampouco a relevância da relação comercial havida entre o posto de combustíveis revendedor e a Distribuidora Ipiranga para o deslinde da questão. Quanto ao indeferimento de expedição de ofício ao CADE, melhor sorte não assiste à recorrente, uma vez que tal providência poderia ser tomada pela própria parte, independente da intervenção do Poder Judiciário. Nega-se provimento ao agravo instrumental do Posto requerido, tudo nos estreitos limites do recurso”. Agravo de Instrumento n. 2201945-14.2017.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Ribeirão Preto. Relator: Campos Petroni. Data do julgamento: 09/04/2019. Data de publicação: 10/04/2019.

¹³ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método. 2013, p. 561.

Já os direitos individuais homogêneos são simples direitos subjetivos individuais qualificados como homogêneos, sem que isso altere a sua natureza ou os transforme em direitos coletivos ou difusos. Trata-se de um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade e semelhança, de homogeneidade, o que permite sua defesa coletiva. A pluralidade de direitos individuais homogêneos¹⁴ implica na individualidade do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, como titularidade própria, o que não ocorre em se tratando de direitos transindividuais. Os direitos individuais homogêneos são aqueles mesmos que o disposto no artigo 113 do CPC permite a defesa em litisconsórcio ativo, sendo que sua coletivização, em ação própria, possui um sentido instrumental, visando a facilitação de sua defesa em juízo.

Depois da análise do conceito de defesa coletiva de direitos, passamos à ideia de interesses sociais como direito coletivo.

1.2 OS INTERESSES SOCIAIS COMO DIREITOS COLETIVOS

132

A Constituição Federal instituiu uma nova categoria jurídica como suscetível de tutela jurisdicional. São os *interesses sociais* que o disposto no art. 127 da Carta Magna atribui ao Ministério Público em incumbência da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Aqui é preciso identificar a natureza dessa categoria jurídica denominada genericamente de *interesses sociais*, além de conhecer as pessoas legitimadas ativas para sua defesa.

Interesses sociais são uma categoria jurídica própria a qual é suscetível de defesa jurisdicional autônoma, a ser promovida essencialmente pelo Ministério Público, mas também pelos demais legitimados ativos por força de lei.

A definição de *interesses sociais* é de conceito jurídico indeterminado, devendo ser aplicado pelo juiz ao julgar o caso concreto. Costuma-se afirmar que o interesse social se contrapõe ao interesse particular, ou seja, aquele interesse tem âmbito de abrangência maior do que este. É o que se chama de *supremacia do interesse público*. É preciso, entretanto, delimitar esse interesse público a medida em que interesse social, ou público, não se confunde com

¹⁴ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método. 2013, p. 580-581.

interesse de entidades públicas. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos¹⁵, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito.

Os interesses sociais não comportam definições genéricas, pois a atividade de interpretação de atos, fatos e normas jurídicas deverá ser objeto de valoração da realidade por parte do juiz, submetidos aos demais princípios da administração pública, adaptados ao caso concreto. São exemplos de interesses sociais a moralidade administrativa ou o direito ao meio ambiente ou a manutenção da ordem econômica, entre outros. São direitos que pertencem a toda a sociedade e não apenas a uma outra pessoa de direito público.

Muito embora não se confundam interesses sociais com interesses dos entes públicos, é possível que os interesses dos entes públicos sejam defendidos sob o pálio de interesses sociais como, por exemplo, quando é pleiteada a reparação de danos causados ao patrimônio público, mas a restituição dos valores é feita em favor de um ente público específico.

Assim, os *interesses sociais*, exatamente por pertencerem à sociedade como um todo (e não a um ente determinado), estão incluídos na categoria de direitos transindividuais (*coletivos lato senso*). Os interesses sociais diferem, portanto, dos direitos individuais homogêneos.

1.3 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS COMO DIREITOS COLETIVOS

Embora não sejam direitos essencialmente coletivos, os direitos individuais homogêneos podem, algumas vezes, travestir-se de direitos coletivos, por isso sendo chamados de *acidentalmente coletivos* ou como subespécie dos interesses coletivos¹⁶.

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 29ª ed., p. 57.

¹⁶ Sobre o tema analisa Teori Albino Zavaski. “Também a afirmação segundo a qual os direitos individuais homogêneos assumem, às vezes, roupagem de direito coletivo e, como tal, podem ser classificados como acidentalmente coletivos”, ou, ainda, como “subespécie dos interesses coletivos”, deve ser entendida com reservas. Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais.” *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: RT. 2017, p. 52-53.

O fato é que os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados coletivamente, embora não deixem de ser direitos subjetivos individuais¹⁷. Dessa forma, a sua defesa coletiva diz respeito a uma questão de *interesse social* a ela subjacente. Trata-se da preservação de valores relevantes para a sociedade, tratadas sob a forma coletiva, ainda que o meio processual coletivo empregado não altere sua natureza material de direito subjetivo individual.¹⁸

Isto se dá quando certos interesses individuais, considerados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera pessoal, passando a representar aqueles da comunidade como um todo, como o somatório dos interesses individuais em questão. Nesse sentido está a violação do direito ao meio ambiente (art. 225 da CF) e o dever de reparar danos, sejam eles difusamente causados, sejam eles causados a pessoas individualizadas.

Já o direito da concorrência, por ser um bem público¹⁹ de interesse de toda a comunidade, admite sua defesa ao nível de direito individual homogêneo porquanto a lesão de direito poderá atingir importante escala social. Nesse caso, a lesão à concorrência e ao princípio da livre empresa representaria uma hipótese de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos sob a forma coletiva.

É o que ocorre, por exemplo, quando empresas dominantes ou cartelizadas obtenham lucros artificiais decorrentes de sua capacidade de majorar os preços de seus produtos e serviços de forma artificial, assim lesando economicamente outras empresas na cadeia econômica ou mesmo ao consumidor final. Nesse caso, além das penalidades administrativas que os infratores estão sujeitos (lei 12.529/11), vislumbra-se, também, o direito individual homogêneo à indenização dos cidadãos diretamente afetados pela conduta anticoncorrencial do agente econômico, a ser defendido pela via da ação civil coletiva.

Gize-se que a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, conquanto representem instrumentos de tutela dos direitos individuais homogêneos, não são o meio mais adequado para a defesa desses direitos (individuais homogêneos) porque sua natureza está afeta à defesa de direitos transindividuais, os quais se caracterizam por terem sujeitos indeterminados e objeto indivisível. “Como é cediço, na ação coletiva²⁰ para defesa de direitos individuais

¹⁷ Nesse sentido o REsp 1.570.698 julgado pela 3ª T do STJ em 11/09/98, admitiu a possibilidade do ajuizamento da ação coletiva de consumo para a defesa de direitos individuais homogêneos.

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 7ª ed. 2017, p. 53.

¹⁹ Art. 10. parágrafo único da Lei 12.529/11.

²⁰ Nesse sentido o STJ: “Ementa. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL

homogêneos, embora o pedido seja certo, a sentença, em regra, será genérica, de modo a permitir a cada vítima lesada demonstrar e quantificar o dano experimentado (art. 81, parágrafo único, II, e art. 91, CDC).”

1.4 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

Deve-se abordar a vigência do CPC/15, o qual trouxe novas técnicas processuais. A nova lei implantou instrumentos jurídicos que permitem a análise do “Processo Estrutural”, o qual representa uma outra forma na implementação de políticas públicas.

DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA AÇÃO CIVIL COLETIVA N. 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) Os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. 2. Recurso especial não provido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo o julgamento, após afirmação de impedimento pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que cancelou seu pedido de vista nos autos, a Seção retomou o julgamento e, por unanimidade, no caso concreto, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foram definidas as seguintes teses: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva nº 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal. b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na ação civil pública nº 1998.01.1.016798-9 pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e João Otávio de Noronha. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo”. REsp 1391198 / RS - 2013/0199129-0. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). SEGUNDA SEÇÃO - 13/08/2014. DJe 02/09/2014, REVPRO vol. 237 p. 354.

O Processo Estrutural parte da análise das “structural injunctions estado-unidenses”²¹, que propõem uma lógica processual diversa da tradicional, a qual é representada como um modelo a ser construído com base na negociação, na flexibilidade e nos resultados. Sua aplicação é voltada para casos de “litígios estruturais” os quais envolvem interesses de toda (ou parte significativa) da sociedade, analisando eventual decisão sob as diversas perspectivas sociais que podem por eles ser afetados. O processo estrutura prioriza o diálogo.

O Processo Estrutural tem por fundamento o princípio de que a atividade jurisdicional deve partir do diálogo entre as partes, lógica essa que é consentânea com aquela disposta no art. 3º do Novo Código de Processo Civil, que incentiva a que juízes, advogados, promotores e defensores estimulem a composição dos litigantes.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL

O direito da concorrência visa a defesa e manutenção da ordem econômica bem como a busca do bem-estar do consumidor. É pela existência do livre mercado e da concorrência que os agentes econômicos são incentivados a criarem bens e serviços cada vez mais satisfatórios e mais baratos, produzindo o bem-estar social dos consumidores.

A violação à ordem econômica concorrencial acarreta consequências civis, penais e administrativas. *In casu* analisaremos a questão da responsabilidade civil concorrencial.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONCORRENCIAL – PRESSUPOSTO

²¹ Processo Estrutural surgiu nos Estados Unidos nos anos 1950, e que um caso emblemático de decisão estrutural foi a solução dada ao caso Brown Board of Education, por meio de um pacote de medidas de combate à segregação racial. Quando um grupo de pais ajuizou uma ação coletiva contra a política de segregação racial permitida nas escolas da cidade de Topeka, no estado do Kansas, a Suprema Corte, por unanimidade, decidiu pela inconstitucionalidade da cultura do racismo e pôs fim à prática até então autorizada da doutrina dos “separados mais iguais” - que separava negros e brancos nos ônibus e nas escolas. Como muitos estados resistiam a adotar a decisão, um ano depois a Suprema Corte autorizou a criação de um pacote de medidas a serem aplicadas com acompanhamento do Poder Judiciário, visando eliminar a discriminação racial.

Sendo a ordem econômica um valor social coletivo (art. 170²² da Carta Magna e art. 1º parágrafo único da Lei 12.529/11), naturalmente se admitirá sua defesa coletiva, a qual é expressamente admitida pelo disposto no art. 47 da LDC.

A conduta lesiva à ordem econômica concorrencial, objetivamente considerada, se caracteriza pela prática do ato do agente que efetiva ou potencialmente²³ produza violação à concorrência, sendo possível sua verificação em face à prova do dano sofrido pela vítima, em decorrência daquele ato, independentemente da culpa do agente. Trata-se de responsabilidade civil objetiva na qual a configuração do dano e do nexo causal²⁴, ou casualidade, são suficientes para sua caracterização.

Já os efeitos da infração da concorrência devem ser distinguidos em duas ordens: a) efeitos de ordem estritamente pública, cuja penalização é administrativa e cargo do CADE (multas e demais cominações) e, b) efeitos privados que recaem sobre indivíduos e empresas e que os legitima para ingresso em juízo, visando a cessação de práticas anticoncorrenciais e/ou indenização pelas respectivas perdas e danos sofridas.

137

²² Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”.

²³ ELEMENTO SUBJETIVO – PRETENDIDA INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO – REJEIÇÃO – SUFICIÊNCIA DOS EFEITOS DA CONDUTA SOBRE O MERCADO – RECONHECIMENTO. A infração à ordem econômica, iminente, tentada ou consumada, não exige prova da intenção, mas do resultado ou efeito sobre o mercado. Referência: Votos no Ato de Concentração no 54/95, de 11 de fevereiro de 1998, Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – Copesul, OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A. *DOU* 3 mar. 1998, Seção I, p. 5. FRANCESCHINI, *Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2000, p. 480.

²⁴ Causa é o acontecimento fático, capaz de produzir um resultado danoso. Situa-se entre a ação ou a omissão do causador do acidente e o próprio dano. Sem a causa o dano inexistiria. Por sua vez, concausas (que podem ser preexistentes) ou supervenientes, são outras causas que têm a capacidade de influenciar o processo de relação de causalidade já em andamento. Assim, a concausa superveniente poderá interromper o desencadeamento do nexo causal, assumindo, ela própria o resultado. Já a concausa preexistente não tem o poder de substituir a causa do acidente, embora possa interferir no resultado.

8. Teorias. São inúmeras as teorias que se propõem a demonstrar como ocorre a relação de causalidade. ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. São Paulo: Saraiva, [s.d.], p. 373) identifica três teorias, a saber: equivalência das condições, via da qual todas as causas antecedentes ao evento danoso são consideradas como eficientes para produzir o resultado. Causa adequada, que elege apenas a causa efetivamente necessária para produzir o resultado e, finalmente, a teoria do dano direto e imediato. Segundo esse civilista só esta última teria sido acolhida pelo nosso Código Civil, afeiçoada, pois, ao comando do artigo 1.060 do mencionado estatuto. (atual art. 403 do CC/02). Mas, com a devida vênia, afigura-se inaceitável essa posição do ilustre mestre, uma vez que o art. 1060 do CC, quando limita os danos aos prejuízos efetivos e aos lucros cessantes por efeitos diretos e mediatos da inexecução, assim o faz precisamente apoiando-se na teoria da causa adequada. De igual modo pensam Aguiar Dias (loc. Cit. P. 695), Martinho Garcez Neto (Práticas da Responsabilidade Civil, 4, ed. Saraiva, p. 30), Antunes Varella (Obrigações, Forense, p. 251-252), Caio Mário da Silva Pereira (loc. Cit., p. 91-92) e a maioria da jurisprudência dos tribunais brasileiros.” BARROS, Raimundo Gomes de. Relação de causalidade e o dever de indenizar. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, abr./jun. 2000, p. 140-141.

É pressuposto do direito à indenização civil concorrencial, não obstante sua natureza objetiva, a prova dos atos "sob qualquer forma manifestados" que "tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos [...]" anticoncorrenciais, tanto quanto o dano efetivamente sofrido e o respectivo nexo de causalidade. Ainda que a vítima do dano decorrente da infração à ordem econômica não esteja obrigada a evidenciar elementos culposos na conduta do agente (a qual é presumida), deverá provar, isto sim, os elementos fixados no caput do art. 47²⁵ da LDC, a saber: a) os atos de desvio de finalidade concorrencial (abusividade econômica) sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos concorrenciais; b) Dano efetivo ou potencial pelo desvio de finalidade - o ato produziu (ou poderia produzir) um dos efeitos dispostos no art. 36 da LDC, quais sejam: b.1) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b.2) dominar mercado relevante de bens ou serviços; b.3) aumentar arbitrariamente os lucros; b.4) exercer de forma abusiva posição dominante e, c) o nexo causal entre o ato e o efeito danoso.

Sem a prova do dano sofrido pela vítima, o ato ilícito concorrencial permanecerá na esfera exclusiva do interesse da Administração pública, competindo ao CADE, enquanto órgão autárquico e judicante, investigá-lo e aplicar as penalidades administrativas previstas em lei, em defesa da ordem concorrencial pública.²⁶

138

²⁵ Embora se adote a tese de que a LDC só se aplica em face da existência do poder de mercado por parte do agente dominante, sendo que seu abuso gera o dever de indenizar, há decisões do CADE asseverando que a mera tentativa de dominação de mercado poderá causar conduta infrativa. Referência: Votos na Consulta no . 31/99, de 31 de março de 1999. Consulente: Ministério da Saúde. Votos vencidos dos Conselheiros, Relator e João Bosco Leopoldino da Fonseca. In DOU de 11 de maio de 1999, Seção 1, pg. 1. Em sentido diverso: Referência: Voto no Processo Administrativo no. 0800.001586/97-74, de 6 de outubro de 1999, Representante: Empresa de Transportes Marítimos Transturmar Ltda. e Representada: Interocéan Agências Marítimas Ltda., Palangana transportes Marítimos Ltda. Cargonave – Agência Marítima Ltda., Tibalgi – serviços Marítimos Ltda., Sindaparb – Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado do Paraná. DOU 22 out. 1999. Seção a, p. 3. FRANCESCHINI, *Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2000, p. 542 e 545.

²⁶ Nesse sentido decide o TJSP: “Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – Danos que, segundo a inicial, decorrem da prática de cartel atribuída às rés (acarretando sobre preço na venda de cimento no mercado no período de 1987 a 2007) – Inicial indeferida – Da narrativa dos fatos não decorrem logicamente os pedidos – Embora a decisão administrativa do CADE tenha confirmado a formação do cartel, caberia à autora indicar e especificar o dano alegado e a correlação com os fatos – Danos que sequer foram discriminados, embora oportunizada emenda - Precedentes envolvendo casos idênticos - Acolhimento da tese da prescrição, sem concessão de oportunidade à parte de apresentar manifestação a respeito dessa matéria, implicaria em caracterização de julgamento surpresa - Claro o artigo 10 do CPC ao impor a necessidade de concessão de oportunidade à parte de apresentar manifestação a respeito de matéria não discutida no processo – Vedado ao juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício - E mesmo que decisão surpresa não houvesse, a prescrição não teria ocorrido – Tratando-se de reparatória de danos por ato ilícito, o prazo prescricional é de 10 anos, contados a partir da ciência inequívoca do ato ensejador da compensação. Sentença mantida – Recurso improvido”. Apelação Cível, 5ª Câmara de Direito Privado, São Paulo. Relator Moreira Viegas. Data do julgamento: 25/09/2019. Data de publicação: 03/10/2019.

É a partir da prova do ato ilícito e do efetivo prejuízo sofrido pela vítima como consequência da conduta do agente econômico imputado, que o prejudicado poderá requerer judicialmente a cessação das práticas anticoncorrenciais cumulativamente com as perdas e danos, independentemente da existência de processo administrativo no CADE.

Nas ações de indenização fundadas na violação da concorrência, o autor deverá provar que o dano sofrido resulta de ato abusivo e violador da concorrência²⁷ praticado pelo agente econômico dominante no mercado. Esse dano não será necessária ou exclusivamente derivado da conduta do demandado, mas sim por ele causado, ainda que haja outros agentes no mercado ou outras situações que tenham contribuído para o dano. O exemplo típico é a existência de vários agentes econômicos partilhando o mesmo mercado, os quais representam forças múltiplas e complexas que causam o dano ao prejudicado, sem que possam ser convenientemente isolados.

O disposto no artigo 47 da LDC (lei 12.529/11) exige da vítima a demonstração do prejuízo (perdas e danos)^{28 29} para que se legitime seu direito ao pedido indenizatório

139

²⁷ “Partindo da definição legal do exercício abusivo de um direito como ato ilícito (art. 187), teremos o seguintes requisitos como necessários à sua configuração: a) conduta humana; b) existência de um direito subjetivo; c) exercício desse direito de forma emulativa (ou, pelo menos, culposa); d) danos para outrem; e) ofensa aos bons costumes e à boa-fé; ou f) prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo. THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 119.

²⁸ Nesse sentido julgado do TJSP o qual anulou a sentença de improcedência de pedido indenizatório concorrencial prolatada em I grau para determinar fossem realizadas provas sobre os prejuízos sofridos. (danos oriundos do cartel de cimento julgado pelo CADE): “COMARCA DE SÃO PAULO – 39a VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL. APELANTE: MECANORTE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA (autora). APELADAS: HOLCIM BRASIL S/A, VOTORANTIM CIMENTOS S/A, ITABIRA AGRO INDUSTRIAL S/A, INTERCEMENT BRASIL S/A e COMPANHIA DE CIMENTO ITAMBÉ (litisconsortes passivas) SENTENÇA: JUÍZA DE DIREITO DANIELA PAZZETO MENECHINE. Apelação Cível no 1077205-89.2017.8.26.0100 EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Supostos prejuízos relacionados à aquisição de material de construção (cimento), com sobrepreço, na circunstância de prática de cartel. Abordagem reparatória. Juízo de improcedência. Recurso da autora. Parcial provimento. São Paulo, 27 de novembro de 2019. Carlos Russo RELATOR DESIGNADO Assinatura Eletrônica”. TJSP. Apelação Cível n. 1077205-89.2017.8.26.0100. Relator: Carlos Russo. Data do julgamento: 27/11/2019.

²⁹ Nesse sentido o TJSP: “RESPONSABILIDADE CIVIL Ação Civil Pública Obrigação de Fazer e Indenização por danos morais Formação de cartel. Paralelismo dos preços de venda do álcool e gasolina Improcedência do pedido Recurso ex officio Parecer da Procuradoria Geral de Justiça Decisão ultra petita Inocorrência Sentença lançada em consonância à perícia realizada Cartelização dos preços dos combustíveis em ofensa à legislação concorrencial e prejuízo à coletividade de consumidores Não configurado Alinhamento de preços decorrente da acirrada concorrência no mercado de combustíveis Insuficiência de provas Ônus probatório Autor que não demonstrou os fatos constitutivos do seu direito Artigo 333, I, CPC Inversão prevista na norma consumerista Impossibilidade Legitimação extraordinária Ministério Público Ausentes os pressupostos da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor Sentença mantida Recurso desprovido”. Apelação Cível n. 0010500-24.1999.8.26.0047, 2ª Câmara de Direito Privado, Assis. Relator Marcia Tessitore. Data do julgamento: 24/02/2015. Data de publicação: 25/02/2015.

concorrencial, o que nos remete ao necessário exame da vinculação direta entre a conduta anticoncorrencial do agente dominante e o "prejuízo" sofrido pela vítima.³⁰

A própria natureza do direito econômico e a violação ao mercado concorrencial trazem em si a noção de que os danos provocados no mercado afetam todo um segmento econômico ou até mesmo toda a economia. Se, por exemplo, o cartel dos distribuidores de petróleo manipula o preço do produto, afetará não somente os adquirentes institucionais, mas também as diversas categorias de consumidores econômicos, em toda a cadeia econômica, que tenham seus custos de produção aumentados.

Numa menor escala, uma determinada violação ao mercado poderá refletir perniciosamente em muitos aspectos da economia, por vezes causando prejuízos maiores a vítimas indiretas do que a vítimas diretas do ato abusivo. Entretanto, e a despeito da linguagem abrangente da LDC, o direito a indenização concorrencial não se estende a todo e qualquer prejudicado ou aos consumidores³¹ de produtos acabados, mas somente aqueles diretamente prejudicados no mercado concorrencial (agentes econômicos concorrentes).

As limitações impostas à obtenção de indenização privada concorrencial apontam para a necessidade de se estabelecer uma causalção efetiva entre a violação concorrencial e o dano sofrido pela vítima. Sem a satisfação mínima desse requisito, não há possibilidade de se avançar na decisão, sendo claro que danos indiretos são uma barreira para se estabelecer a própria legitimidade ao pedido indenizatório concorrencial privado.

Assim como em qualquer ação indenizatória, a vítima deverá provar que o dano sofrido resulta de atos do acusado em violação a legislação concorrencial. Nas situações em que possa haver concausas pelos danos sofridos, sendo uma ou mais derivadas de ilícito concorrencial, e outras não, caberá ao prejudicado demonstrar a causalidade material e provável de que sofreria o dano suportado como efeito exclusivo da conduta anticoncorrencial do acusado. Se as concausas se revelarem complexas e múltiplas e não puderem ser delimitadas e separadas, a vítima não terá condições de provar que a violação concorrencial é a causa material do dano sofrido. Haverá falta de suporte fático para ensejar o pedido indenizatório concorrencial.

³⁰ No caso *Loeb v Eastman Kodak Co.* a Corte Suprema Norte Americana rejeitou o pedido de uma acionista da corporação que alegou ter sido vítima pessoal da conduta anticoncorrencial. 183 F 704 (3d Cir. 1910).

³¹ Os consumidores finais dispõem de sistema jurídico próprio – CDC – para a defesa de seus direitos e interesses jurídicos.

A infinita casuística e o elevado grau de sofisticação das práticas econômicas e comerciais verificadas nos *usus de trafego* desafiam os aplicadores da lei ao emprego das normas jurídicas concorrenciais, exigindo a busca e integração dos princípios gerais norteadores do sistema constitucional e infraconstitucional.

Frise-se que o objetivo da ação concorrencial indenizatória, seja individual ou coletiva, não será apenas de punir o ofensor e compensar a vítima, mas também impedir a continuidade da violação da ordem econômica.^{32 33}

2.2 LEGITIMAÇÃO INDENIZATÓRIA CONCORRENCIAL E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Primeiramente, é preciso delimitar os sujeitos da relação jurídica concorrencial para daí extrair os legitimados ativos³⁴ à ação indenizatória³⁵. Essa ação poderá ser tanto uma ação individual quanto ação civil coletiva, o que se dará pela substituição processual (legitimidade

141

³² “O objetivo imediato da lei de defesa da concorrência é evitar o abuso do poder econômico cometido pelas empresas cuja conduta, independentemente de sua forma, possa ter por efeito – ainda que esses não sejam alcançados – restringir ou eliminar a concorrência. O abuso de poder econômico desdobra-se por várias formas, havendo o legislador brasileiro enumerado várias delas; essencial, todavia, é que se constate haver a) abuso do poder econômico e que b) a concorrência seja, ou possa ser, restrita ou eliminada.” DUTRA, Pedro. *A livre concorrência*, p. 85.

³³ Para os casos em que o valor das multas previstas na LDC é convertido ao fundo de que trata a Lei 7.347/85 - Ação Civil Pública.

³⁴ Neste artigo somente analisaremos a legitimidade ativa para a ação de responsabilidade civil concorrencial.

³⁵ Acerca do prazo prescricional à propositura da ação de indenização, decide o TJSP: “*Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Ato ilícito – Formação e participação de cartel, para a majoração do preço do cimento – Agravo de instrumento – Insurgência contra decisão que reconheceu a ocorrência da prescrição quanto a parte da pretensão da demandante, determinou a suspensão do processo, até o julgamento das ações anulatórias propostas contra decisão do CADE - na qual se funda a pretensão indenizatória - e consignou que a necessidade de produção de outras provas será examinada após a cessação da suspensão do feito e a conclusão da prova pericial determinada – PRAZO PRESCRICIONAL – Aplicação da regra prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não daquela prevista no art. 205 do mesmo diploma – Precedentes – TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – “Dies a quo” do prazo prescricional que corresponde à data da decisão do CADE, ao ensejo do julgamento de embargos de declaração – Somente se pode falar em violação do direito, no caso concreto, a partir do momento em que se reconheceu, na esfera administrativa, a prática de ato ilícito, por parte das demandadas, ao ensejo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão do CADE, dado que, a rigor, foi somente nessa ocasião que a agravada, titular do direito subjetivo violado, passou a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, de acordo com o princípio da “actio nata” – Precedentes – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – Ação indenizatória proposta antes do término do prazo prescricional de 3 anos, previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil – Inocorrência de prescrição, quer total, quer parcial, da pretensão da agravada – PROVA PERICIAL – Insurgência contra a produção de prova técnica – Requisito de admissibilidade do recurso – Cabimento – Ausência – Decisão recorrida, que, em tal ponto, não versa sobre nenhum das hipóteses previstas na lei processual civil – conhecimento obstado no tópico – Recurso provido, em parte, na parcela conhecida”. Agravo de Instrumento, 32ª Câmara de Direito Privado, São Paulo. Relator Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Data do julgamento: 11/10/2018. Data de publicação: 11/10/2018.*

concorrente) atribuída às pessoas enumeradas no art. 82 do CDC para a defesa de interesses individuais e individuais homogêneos.

A chave da questão está na própria concepção da LDC e na ideia subjacente de dotar o sistema jurídico de um instrumento eficaz, lastreado tanto na atribuição à autoridade administrativa do poder de impor ao agente econômico pesadas multas e penalidades, na criminalização das condutas anticoncorrenciais bem como na atribuição de legitimidade ativa substituta para a defesa dos direitos subjetivos individuais ou coletivos.

A legitimidade ativa para pretender o provimento administrativo ou judicial para a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica não se confunde com a legitimação para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos (art. 47 da LDC), a qual exige danos diretamente suportados pelo prejudicado no mercado.

Embora a lei se refira aos titulares dos direitos protegidos pela LDC como os *prejudicados*, empregando um conceito indeterminado para o vocábulo, é certo que nele não estão abarcados todo e qualquer consumidor final de mercadorias e serviços *lato sensu*, conforme definição do CODECON. Os consumidores, em seu sentido amplo, são um grupo social que está ao abrigo de lei própria que lhes confere ampla garantia à defesa de seus direitos, em esfera peculiar e bem circunscrita pelo sistema jurídico.

Os prejudicados legitimados a ingressar em juízo para o recebimento de indenização por dano concorrencial – por si ou seus substitutos processuais previstos no art. 47 da lei 12.519/11³⁶ – são os *consumidores concorrenciais*, ou seja, os agentes econômicos que operam no mercado concorrencial e que interagem economicamente com o agente causador do dano. Trata-se da figura do consumidor final econômico.

Assim, na hipótese de abuso de preços contra o consumidor final econômico que primeiramente pagou a mercadoria, a transferência do preço para o mercado por meio da cadeia econômica não retira sua legitimidade para defesa de seu direito individual ou individual homogêneo. Os demais integrantes da cadeia econômica que sofrem o dano originalmente cometido por um agente remoto na cadeia econômica também possuem a legitimidade ativa

³⁶ Os substitutos processuais detentores de legitimidade processual são o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, as entidades e órgãos da administração pública de defesa do consumidor e as associações legalmente constituídas para tal fim, a defesa da ordem econômica em nome dos prejudicados, como substitutos processuais ativos. A defesa coletiva dos direitos concorrenciais exige a demonstração da existência de direitos individuais homogêneos, ou seja, aqueles decorrentes de origem comum.

contra aquele, mas não contra os demais intermediários que também foram vítimas da mesma prática infracional da concorrência.

Necessário distinguir o consumidor final de bens e serviços da acepção do termo como *agente econômico intermediário*. Este último, mantendo sua posição de agente econômico, é consumidor de bens e serviços num dos elos da cadeia produtiva, ou seja, os agentes econômicos cuja atividade está, de alguma forma, submetida ao poder do agente dominante e exposto aos efeitos de suas práticas ilícitas.

Assim, a legitimidade para o direito de ação conferido ao particular e respectivos substitutos processuais³⁷ à promoção da defesa dos interesses concorrenciais individuais e individuais homogêneos,³⁸ pressupõe a existência de uma relação jurídica concorrencial entabulada entre agentes econômicos, num determinado mercado concorrencial.

A admissão da substituição processual concorrencial pressupõe que o legislador atribuiu uma relativa incapacidade do particular em observar e reagir ao mercado e às condutas anticoncorrenciais desposadas pelos agentes econômicos dominantes.

De fato, a complexidade da matéria econômica, aliada ao poder econômico das empresas dominantes no mercado, implica em violações aos direitos e interesses individuais que são muitas vezes imperceptíveis pelos cidadãos e mesmo pelos demais agentes econômicos, exigindo-lhes conhecimento específico sobre a matéria, violações essas que são mais facilmente visualizadas pelos substitutos processuais.

Uma segunda justificativa para se atribuir caráter público e coletivo à legitimação ativa para o pedido indenizatório concorrencial decorre da clara dificuldade que se apresenta aos particulares para a efetiva demonstração dos prejuízos concorrenciais sofridos. Mais ainda, há situações em que o dano pessoalmente considerado não será grande o suficiente para justificar ao particular o acionamento da máquina administrativa ou judiciária, ao passo que coletivamente considerado, os danos infligidos à comunidade são de grande significação econômica e social. A legitimação substituta aliada à ação coletiva têm o condão de agregar e

³⁷ Segundo o art. 47 da LDC, são também legitimados ativos para a defesa da concorrência e pedido indenizatório os entes descritos no art. 82 do CDC: I) Ministério Público; II) 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.”

³⁸ Conforme o disposto no art. 81, III do CDC, os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.

dar eficácia a uma multiplicidade de pequenos direitos e interesses jurídicos os quais, isoladamente, não teriam significação econômica suficiente para ensejar uma ação indenizatória mas que, no seu conjunto, podem representar importante meio de combate à violação à ordem econômica.³⁹

CONCLUSÃO

A legislação processual brasileira apresenta um grau de evolução a partir da década de 80, passando a valorizar a efetividade do processo, princípio esse que pressupõe a facilitação do acesso à justiça e à prestação de tutela jurisdicional específica e em tempo razoável. Daí resulta um abandono ao antigo sistema que visava atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em lides individuais, passando a vigor um novo sistema destinado à tutela de direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos individuais. Criou-se um subsistema processual próprio ao processo coletivo.

No campo do processo coletivo vislumbra-se sua divisão entre a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Por direitos coletivos entende-se aqueles subjetivamente transindividuais (sem titularidade determinada) e materialmente indivisíveis (direitos cuja recomposição deverá se dar em sua globalidade); os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, de titularidade determinada, e materialmente divisíveis (sua satisfação poderá se dar individualmente a cada lesado), favorecendo tanto a busca da tutela jurisdicional coletiva quanto individual.

Assim, resta clara a distinção entre direitos coletivos *lato sensu* (transindividuais, ou seja, difusos e coletivos *strictu sensu*) e os direitos individuais homogêneos. Para os primeiros, aplica-se, por regra, a ação civil pública⁴⁰, além da ação popular e a ação de improbidade administrativa; e a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo são instrumentos para a tutela coletiva de direitos individuais.

O grande campo de aplicação do processo coletivo é exatamente o da tutela coletiva de direitos subjetivos individuais homogêneos. São homogêneos os direitos pertencentes a diversos titulares, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica que lhes confere grau de homogeneidade. Essa tutela se dará pela ação civil coletiva conforme prevista em lei (art. 91 a

³⁹ MARQUES, Cláudia. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo. RT., 2ª ed. p. 1053.

⁴⁰ Lei 7.247/85.

100 do CDC). A ação coletiva, *a*) não inibe nem prejudica a propositura da ação individual com o mesmo objeto (o autor individual ficará sujeito ao resultado da própria demanda, ainda que improcedente sua demanda e procedente a coletiva), *b*) a sentença da ação coletiva fará coisa julgada em caso de procedência do pedido, *c*) a sentença genérica de procedência servirá de título para a propositura de ação individual de cumprimento, pelo regime de representação (liquidação e cumprimento da sentença pelas regras do CPC).

Observe-se o entendimento de que o Ministério Público só é legitimado ativo para propositura de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos quando esses direitos individuais forem *indisponíveis*. Isto porque sua atribuição constitucional tem como limite a defesa de direitos individuais *indisponíveis* (o que nem sempre é a hipótese de direitos individuais homogêneos). Todavia, nas hipóteses em que há lesão coletiva de direitos individuais homogêneos em larga escala, cujas consequências afetem bens e valores jurídicos de interesse da própria sociedade e representem interesse social considerando-se a extensão da lesão à toda a comunidade, a tutela dos interesses individuais lesados coletivamente passa a ser de interesse social, legitimando a ação do Ministério Público nessas situações pela incidência da cláusula geral disposta no art. 127 da CF.

Tendo em vista que a ordem econômica opera sobre o conceito de mercado, assim definido como o ambiente social no qual os produtos e serviços são postos em concorrência recíproca, esse conceito passou a ser um bem juridicamente protegido, pelo qual se garante efetividade ao direito do cidadão e à livre iniciativa no campo econômico.⁴¹ Assim, em havendo ato ilícito concorrencial e prejuízo sofrido pela vítima, o lesado (desde que legitimado ativamente pela demonstração do prejuízo sofrido) poderá se valer de ação individual tanto para requerer judicialmente a cessação de práticas anticoncorrencias quanto requerer indenização por perdas e danos, independentemente da existência de processo administrativo no CADE.⁴² Nessas mesmas situações de ilícito concorrencial, o disposto no art. 47 de LDC atribui aos legitimados previstos no art. 82 do CDC o direito de defesa de seus direitos individuais homogêneos, em ação coletiva.⁴³

⁴¹ Art. 170 caput e demais incisos da Constituição Federal.

⁴² Lei 12.529 art. 36, § 1º.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46.

As técnicas do processo coletivo e seus objetivos de facilitação do acesso à justiça e a prestação de tutela jurisdicional específica são amplamente aplicáveis no campo do direito econômico da concorrência.

Assim, a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos concorrenciais se afirma no ordenamento jurídico nacional como instrumento efetivo de prevenção e reparação do abuso do poder econômico e como instrumento de implementação e renovação da ordem econômica constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVIN, Arruda. *Ação Civil Pública*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014.

ALVIN, Arruda. *Processo Coletivo*. Do Surgimento a Atualidade. São Paulo: RT. 2014.

ALVIN, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Processo coletivo. São Paulo: RT. 2014.

AVERITT, Neil W. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, jan./mar. 2003, p. 26-50.

BARROS, Raimundo Gomes de. Relação de causalidade e o dever de indenizar. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, abr./jun. 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. Ação popular e ação civil pública: Aspectos Comuns e Distintivos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. I, n. 4, São Paulo, 1993, p.233-241.

BENJAMIM, Antônio Herman V. *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trd. J. Guimarães Menegale. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUTRA, Pedro. A livre concorrência e sua defesa. *Revista de Direito Econômico*, São Paulo, jan/mar. 1996.

FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000.

GOMES JR., Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública no STJ. In: *STJ – 10 anos. Obra comemorativa, 1989-1000*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante-projeto*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo coletivo*. Ed. RT. SP-SP, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas*. Processo Coletivo. São Paulo: RT. 2014.

LANDE, Robert H. *Consumer choice as the best way to recenter the mission of competition law*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1624885>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª. Ed. São Paulo: ed. RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 3ª. Ed. São Paulo: Damásio de Jesus Ed., 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 17ª. Ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 29ª ed.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: ed. RT, 2002.

MORAES, Voltaire de Lima. Ação civil pública e a tutela do meio ambiente. *Ajuris*, v. 13, n 37, Porto Alegre, 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Édís (coord). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição de 1988. *Revista de Processo*, v. 16, n. 61, São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista e Processo*, v. 10, n.39, São Paulo: Ed. RT, 1985.

NERY JR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor* Comentado pelos Autores do Ante-projeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

OLIVEIRA JR. Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: ed. RT, 1971

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do ministério público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 1987.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Motauri Ciocchitti. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método. 2013.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: ed. RT, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 7ª ed. 2017.

JURISPRUDÊNCIA:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DF - REsp 1.570.698 julgado pela 3ª T do STJ em 11/09/28.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA- DF - REsp 1391198 / RS - RECURSO ESPECIAL - 2013/0199129-0. Relator - Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). S2 - SEGUNDA SEÇÃO - 13/08/2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA ECONOMIA – CADE - Referência: Votos no Ato de Concentração no 54/95, de 11 de fevereiro de 1998, Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – Copesul, OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilíenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A. DOU 3 mar. 1998.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA ECONOMIA – CADE -Processo Administrativo no. 0800.001586/97-74, de 6 de outubro de 1999, Representante: Empresa de Transportes Marítimos Transturmar Ltda. e Representada: Interocean Agências Marítimas Ltda., Palangana transportes Marítimos Ltda. Cargonave – Agência Marítima Ltda., Tibalgi – serviços Marítimos Ltda., Sindaparb – Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado do Paraná. DOU 22 out. 1999. Seção a, p. 3.

149

Submissão: 17/09/2019

Aceito para Publicação: 10/12/2019



REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: ENTRE A PROMESSA E A REALIDADE

TAX REFORM IN BRAZIL: BETWEEN PROMISE AND REALITY

Martha Toribio Leão*

RESUMO: O presente artigo aborda o tema da Reforma Tributária discutida no Brasil, mais especificamente o projeto de emenda à Constituição nº. 45/2019, em trâmite perante o Congresso Nacional. O trabalho analisa de forma crítica a promessa do projeto de simplificar e racionalizar o sistema tributário nacional, a partir da verificação dos dispositivos previstos para o novo texto. Parte-se do texto proposto e dos dois novos impostos a serem criados no país (o Imposto sobre Bens e Serviços e o Imposto Seletivo) para examinar se a realidade é condizente com a promessa política ou se, ao contrário, a reforma constitucional prevista aumenta a complexidade do sistema e a carga tributária.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Tributária. Simplificação. Imposto sobre Bens e Serviços e Imposto Seletivo.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Reforma Tributária prevista pela PEC nº. 45/2019 e a promessa de simplificação. 2. A análise do texto proposto: entre a promessa e a realidade. 2.1 A proposta e o pacto federativo. 2.2 A proposta e a promessa de simplificação. 2.3 A proposta e o novo Imposto Seletivo. Conclusões. Referências.

ABSTRACT: This article deals with the Tax Reform issue discussed in Brazil, specifically the draft amendment to the Constitution n. 45/2019, in the process chaired by the National Congress. The purpose of the paper is to critically examine the promise of the project of simplification and rationalization of the national tax system, from the verification of the provisions provided for the new text. It starts from the proposed text and the two new taxes to be created in the country (Goods and Services Tax and Selective Tax) to examine whether reality is consistent with a political promise or, on the contrary, it will be a constitutional reform that increases the complexity of the system and the tax burden.

KEYWORDS: Tax reform. Simplification. Goods and Services Tax and Selective Tax.

151

A polissemia de significados das palavras pode envolver a sua magnitude, a sua grandeza, a sua riqueza semântica, mas pode envolver também uma armadilha conceitual e a reforma, via de regra, corresponde a uma armadilha conceitual. Estamos sempre esperando muita coisa da reforma e ela tem muito pouco a nos dar.
BORGES, José Souto Maior¹

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um contexto político e econômico propenso a ideias reformistas. Dentre as reformas discutidas hoje no cenário político brasileiro está a reforma tributária. Dentre todas as propostas em debate, algumas apenas teóricas, aquela que se encontra em nível mais avançado neste momento é a Proposta de Emenda à Constituição nº. 45/19, apresentada pelo Deputado Federal Baleia Rossi (MDB/SP) em 12.04.2019. Atualmente, referido projeto

* Professora de Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP. Doutora e Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Mestre em Teoria do Direito e Democracia Constitucional pelo Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto/Università Degli Studi di Genova.

¹ BORGES, José Souto Maior. A Reforma Fiscal do ponto de vista dos não-empresários (especialistas). In: FARIAS, José Eduardo Albuquerque (Coord.) *Fórum Nacional sobre Reforma Fiscal*. Brasília: UNAFISCO Nacional, 1992, p. 162.

encontra-se na Comissão de Cidadania e Justiça da Câmara dos Deputados, e aguarda a realização de audiência pública para a discussão dos impactos da pretensa reforma na Zona Franca de Manaus.²

O presente artigo tem como objeto a análise crítica desta proposta de emenda à Constituição. Trata-se de um projeto extenso, com alteração de mais de uma centena de dispositivos constitucionais (ao todo, cento e quarenta e um dispositivos) e, exatamente por esta razão, envolve uma ampla gama de temas que não pode ser esgotada em um único artigo acadêmico. Tendo isso em vista, o presente artigo irá focar em três questões principais: primeiro, a compatibilidade da referida emenda com o pacto federativo; segundo, a análise dos objetivos da referida reforma (especialmente a simplificação) para verificar se esta promessa do projeto está de acordo com a realidade do projeto na forma como os novos dispositivos constitucionais foram propostos; e, terceiro, a questão atinente à introdução de um segundo novo tributo (além do Imposto sobre Bens e Serviços – IBS) por meio da reforma tributária, isto é, a introdução do Imposto Seletivo, de competência da União, para desestimular o consumo de determinados bens, serviços e direitos.

A proposta permitiria, na visão dos seus defensores políticos e acadêmicos, a substituição de um “modelo federativo ineficiente e fraticida por um eficiente e cooperativo”, pois “com a mudança, que será implementada ao longo de dez anos, corrigem-se todos os problemas do atual modelo brasileiro de tributação do consumo, o que resultará em maior investimento, menor custo burocrático de pagamento de impostos, menor litígio entre os contribuintes e o governo e uma organização mais eficiente da economia”.³ Trata-se, desse modo, de uma promessa de *simplificação* para o Sistema Tributário Nacional. O objeto deste trabalho, por conseguinte, é examinar se a promessa de simplificação da PEC nº. 45/2019 está apta a ser cumprida diante das mudanças propostas para a Constituição. É o que se passa a examinar.

² As informações sobre a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº. 45/09 são atualizadas em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>>. Acesso em 04 set. 2019.

³ APPY, Bernard. A PEC 45 e a Federação: pretende-se substituir um modelo federativo ineficiente e fraticida por um eficiente e cooperativo. *Estadão*, São Paulo, 28 mai. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-pec-45-e-a-federacao,70002845911>>.

1 A REFORMA TRIBUTÁRIA PREVISTA PELA PEC Nº. 45/2019 E A PROMESSA DE SIMPLIFICAÇÃO

A maior vantagem oferecida pela Reforma Tributária em debate por meio da PEC nº. 45/19 seria o ganho em *simplificação*. Este ganho seria uma decorrência direta de dois pressupostos da reforma: de um lado, da vedação à concessão de isenções, benefícios fiscais e regimes privilegiados, na medida em que a competência tributária seria centralizada na União e haveria vedação expressa da concessão destes benefícios por meio da tributação do IBS; de outro lado, este ganho decorreria da existência de uma alíquota uniforme, que garantiria uma carga tributária planificada sobre todos os bens e serviços (*flat tax*).

Com relação aos benefícios fiscais, os defensores da reforma nos termos da PEC nº. 45/19 sustentam que a concessão de benefícios fiscais como instrumento de política pública e desenvolvimento econômico dos entes Federados seria uma prática ultrapassada e comprovadamente ineficiente, cujo único resultado prático seria a corrosão da base tributável do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (no que tange aos Estados e ao Distrito Federal) e do Imposto sobre Serviços (no que tange aos Municípios).⁴ O sistema brasileiro seria ineficiente e litigioso, tendo a base de cálculo destes tributos sido corroída em razão da guerra fiscal.⁵ Desse modo, a PEC nº. 45/19 seria um “avanço enorme para o país”, na medida em que “a reunião dos impostos sobre o consumo – ICMS, IPI, ISS, bem como o PIS e a Cofins – em um único imposto – o IBS – colocaria o país em par de igualdade, em termos de simplicidade e eficiência, com os sistemas tributários mais modernos do mundo”.⁶ O entendimento é de que a função da tributação sobre o consumo nesta Era Moderna não seria a de servir como instrumento de políticas públicas regionais, mas sim de garantir a arrecadação. Nesse sentido, defende-se que o

153

IBS busca unicamente prover arrecadação tributária sólida e estável com o mínimo de distorções para o setor produtivo, pois o custo dessas distorções recairia em última análise sobre os cidadãos consumidores. A função da tributação moderna sobre o

⁴ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz; PAULA JR, Aldo de; SANTIN, Lina; CYPRIANO, Gabriel. PEC 45, IBS e mitos sobre a ofensa ao Pacto Federativo. *JOTA*, São Paulo, 21 mai. 2019, p. 3-4. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-45-ibs-mitos-pacto-federativo-20052019>>.

⁵ MANEIRA, Luís Eduardo; MANEIRA, Eduardo. PEC 45 coloca Brasil no rol de sistemas modernos de tributação. *CONJUR*, São Paulo, 30 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-30/opiniao-pec-45-coloca-pais-rol-sistemas-modernos-tributacao>>.

⁶ Ibidem.

consumo seria arrecadar e ser instrumento de fomentação do desenvolvimento nacional, não de distribuir favores [...].⁷

Com relação à alíquota uniforme do IBS, proposta pela PEC nº. 45/19, esta seria uma alternativa à seletividade da tributação sobre o consumo existente hoje no país. Segundo os defensores da medida, a seletividade a fim de diminuir as desigualdades fazia sentido num padrão de consumo que não existiria mais nos dias de hoje, porque os padrões de consumo atuais não diferenciariam adequadamente pobres e não-pobres, deixando de fazer sentido tributar de maneira diferenciada determinados bens e serviços. Não suficiente, a existência de múltiplas alíquotas não favoreceria o consumidor final, que teria dificuldade de ter conhecimento sobre o valor efetivamente pago a título de tributos indiretos, sendo este um dos fatores que intensificariam a complexidade do sistema, gerando contencioso tributário, desestímulo à produtividade e dificuldade de aplicação da legislação tributária.⁸

Os ganhos decorrentes da adoção de uma alíquota uniforme, portanto, estariam diretamente vinculados à simplificação do sistema e seriam assim elencados: i) favorecimento da arrecadação e fiscalização; ii) superação da classificação entre bens e serviços e das discussões daí decorrentes; iii) aumento da transparência fiscal; iv) promoção da neutralidade tributária, porque o aumento ou diminuição da alíquota não interferiria na livre-concorrência; v) garantia de simplicidade e diminuição do custo de conformidade das empresas; vi) promoção da isonomia, porque as distinções entre os consumidores seriam estabelecidas por políticas públicas diretas direcionadas aos cidadãos e não por meio da tributação do consumo.⁹

Desse modo, a reforma proposta pela PEC nº. 45/19 teria como grande vantagem a simplificação do sistema tributário nacional, a partir da sua modernização. O que se verifica das manifestações doutrinárias e políticas em apoio à referida reforma é exatamente o apelo às vantagens trazidas pela simplificação do sistema, em especial em decorrência da troca de *cinco tributos* (ISS, ICMS, IPI, Contribuição ao PIS e COFINS) por *um* (IBS), substituindo alíquotas e obrigações acessórias diversas por uma única alíquota e uma única entidade tributante (no caso, a União). Estabelecidas estas premissas, passa-se a analisar se o texto proposto condiz com as suas propostas.

⁷ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz; PAULA JR, Aldo de; SANTIN, Lina; CYPRIANO, Gabriel. PEC 45, IBS e mitos sobre a ofensa ao Pacto Federativo. *JOTA*, São Paulo, 21 mai. 2019, p. 4. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-45-ibs-mitos-pacto-federativo-20052019>>.

⁸ Ibidem, p. 5-6.

⁹ Ibidem, p. 6-7.

2 A ANÁLISE DO TEXTO PROPOSTO: ENTRE A PROMESSA E A REALIDADE

2.1 A PROPOSTA E O PACTO FEDERATIVO

A primeira questão a ser analisada neste artigo refere-se à compatibilidade entre o projeto de reforma tributária formalizado na PEC nº. 45/19 e o pacto federativo prescrito pela Constituição de 1988. Com efeito, dentre as cláusulas pétreas da Constituição brasileira está a determinação de que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado” (artigo 60, § 4º, inciso I). A discussão, portanto, diz respeito a saber se a supressão das competências tributárias mais significativas para os Estados (a competência para a instituição do ICMS) e os Municípios (a competência para a instituição do ISS), com a determinação de que o Imposto sobre Bens e Serviços, a ser instituído pela União, tenha as suas receitas distribuídas entre todos os Entes da Federação, violaria ou não o pacto federativo. No entendimento dos defensores do projeto, não haveria violação ao pacto federativo, porque a repartição de competências não seria insuscetível a mudanças, desde que resguardadas respectivas autonomias dos entes federados, na medida em que nosso sistema pressuporia equilíbrio da discriminação de rendas tributárias, conceito que não necessariamente se confundiria com a discriminação de competências.¹⁰ No entendimento de SCHOUERI, por exemplo, a discriminação de competências não seria requisito para um sistema federal, porque referida forma de estado exigiria apenas que às pessoas jurídicas de direito público fosse assegurada autonomia financeira.¹¹

155

Esta posição, no entanto, não é pacífica (e nem majoritária) na doutrina. Para ÁVILA, por exemplo, a proposta viola o federalismo. No entendimento do autor, o princípio federativo é a conjugação de dois ideais: autonomia e uniformidade. Nenhum deles poderia estar presente na sua totalidade: se houvesse autonomia absoluta dos entes federados, não haveria federação, mas estados independentes; se houvesse uniformidade absoluta, também não haveria federação, mas estado único. Federação só haveria quando os dois ideais estivessem presentes, em maior

¹⁰ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz; PAULA JR, Aldo de; SANTIN, Lina; CYPRIANO, Gabriel. PEC 45, IBS e mitos sobre a ofensa ao Pacto Federativo. JOTA, São Paulo, 21 mai. 2019, p. 3. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-45-ibs-mitos-pacto-federativo-20052019>>.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 266.

ou menor medida, mas sem que nenhum deles anulasse o outro.¹² Por essa razão, para o autor, a autonomia federativa significaria o poder de cada ente federado regular-se, notadamente do ponto de vista político e financeiro, sendo a repartição de competências e de receitas tributárias um dos seus elementos essenciais. Nas palavras do autor, “se o ente federado não tiver poder para instituir tributos, conformando-os de acordo com seus planos políticos, nem para poder auferir e gerir as receitas decorrentes da sua arrecadação, ele não terá autonomia”.¹³

É exatamente a supressão das duas competências principais dos Municípios e dos Estados que gera o ponto sensível ao pacto federativo da reforma proposta. Não se está lidando aqui com uma singela alteração de competências, mas sim da exclusão do tributo principal de cada um destes Entes da Federação que, ao invés de terem autonomia política para tomarem as decisões sobre a instituição do tributo que garante a maior parte das suas receitas, serão dependentes da legislação federal e do repasse das receitas pela União. O entendimento no sentido de que o pacto federativo brasileiro abrange a existência de competências tributárias (e não apenas de receitas tributárias) é o sentido conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao federalismo prescrito pela Constituição de 1988. Longe de creditar a forma federativa apenas à autonomia financeira, o Tribunal interpreta referido princípio também pela consagração de autonomia política para a criação e instituição dos seus próprios tributos. Nesse sentido, o Tribunal já afirmou que “a repartição de competências e de receitas tributárias configura um dos pilares da autonomia dos entes políticos”¹⁴, pois “consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito”¹⁵. No mesmo sentido, a manifestação do Ministro Gilmar MENDES:

[...] de nada adianta o zelo na partilha de competências constitucionais, entre os diferentes entes federativos, se essa repartição não é acompanhada da divisão de recursos próprios e suficientes para fazer frente às diversas tarefas que lhes foram conferidas pelo Poder Constituinte. As competências constitucionais esvaziam-se sem as condições materiais para o seu exercício¹⁶.

¹² ÁVILA, Humberto. Federalismo Fiscal Alemão. In: CAMPOS, Cesar Cunha; MENDES, Gilmar Ferreira. (Org). *Federalismo Fiscal Brasil-Alemanha*. São Paulo: FGV Projetos, 2016, p. 179-183 (180).

¹³ ÁVILA, Humberto. “IVA, uma proposta inconstitucional”. *Revista Exame*, São Paulo, 18 out. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/opiniaao/iva-uma-proposta-inconstitucional/>>.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 591.033. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgado em 17 nov. 2010.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4228. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 01 ago. 2018.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 25. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 30 nov. 2016.

Referido entendimento, conferido pelo órgão competente para dar a última palavra sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais, demonstra as razões pelas quais o próprio constituinte tomou a decisão de *imobilizar*, por meio de cláusula pétrea, as alterações que tendam a modificar o núcleo duro do pacto federativo. Sendo assim, suprimir totalmente a competência principal tanto dos Estados como dos Municípios significa violar a característica inerente do pacto federativo prescrito pela Constituição de 1988, pois torna os Entes Federados dependentes da atuação da União, o que leva à grave perda da sua autonomia política. Nesse sentido, DIAS DE SOUZA destaca que “o equilíbrio inaugural da composição orçamentária dos entes, formado por recursos próprios oriundos de competências impositivas exclusivas combinados com receitas divididas entre eles, deve ser mantido, na medida em que é condição para o exercício da autonomia concebida pela Assembleia Constituinte”, ou seja, “o ‘mix’ de receitas próprias e alheias, em sua concepção originária, é parte da ‘forma federativa de Estado’ pretendida pela CF/88” e, por essa razão, a proposta implicaria violação direta ao pacto federativo.¹⁷

157

Logo, a primeira conclusão a ser destacada com relação à PEC nº. 45/19 é que a supressão das competências tributárias principais dos Estados (com a extinção do ICMS) e dos Municípios (com a extinção do ISS) implica em violação ao pacto federativo determinado pelo constituinte de 1988, o que significa dizer que referida proposta sequer poderia ser objeto de deliberação por encontrar limite na cláusula pétrea prescrita pelo artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição.

2.2 A PROPOSTA E A PROMESSA DE SIMPLIFICAÇÃO

A segunda questão a ser analisada neste artigo refere-se à verificação entre o discurso de simplificação prometido pela reforma tributária e o texto, tal qual apresentado no projeto de emenda à Constituição. Conforme analisado, o que se espera com a reforma do ponto de vista político é que por meio dela “corrigem-se todos os problemas do atual modelo brasileiro de

¹⁷ DIAS DE SOUZA, Hamilton. Reforma Tributária: a PEC 45/19 afronta o pacto federativo. *JOTA*, São Paulo, 03 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-tributaria-a-pec-45-19-afronta-o-pacto-federativo-03072019#sdfootnote25sym>>.

tributação do consumo”.¹⁸ Referido objetivo seria concretizado exatamente em virtude da simplificação, racionalidade e eficiência que seriam introduzidas no Brasil por intermédio da reforma. Não existe qualquer dúvida com relação à força persuasiva destas palavras: há, evidentemente, um apelo retórico no uso destas expressões, que se conectam a sentimentos positivos, trazendo consigo um apelo emocional ao ouvinte ou destinatário do texto.¹⁹ Este tipo de expressão não apresenta apenas uma descrição, mas expressam uma valoração positiva, suscitando no ouvinte um estímulo para compartilhar desse valor.²⁰ Há uma função apelativa e retórica em seu uso, em decorrência da sua dimensão emocional,²¹ e o termo acaba funcionando como um “conceito incontestável”, como “uma bandeira linguística, que solicita aderência e coesão”.²²

Não se trata de um cenário inédito na discussão sobre reformas tributárias no Brasil. Este é um ciclo que se repete há décadas e cujos desejos e efeitos também são cíclicos. Conforme destacado por BORGES, a história de todas as reformas tributárias no Brasil é uma história das mais “generosas expectativas, mas é também a história da frustração dessas expectativas”, na medida em que se identifica “sempre, em seu ponto terminal, a frustração de legítimas expectativas nacionais quanto aos seus benefícios. Ela é ingenuamente visualizada como o modo de instauração do paraíso fiscal na terra, remédio infalível para todos os males que enfermam o sistema tributário nacional”.²³ Em sentido semelhante, BARRETO destaca que o Estado fica cada dia mais inchado, na medida em que se ampliam os gastos estatais, e, como os dispêndios não param de crescer; então se anuncia, já hoje com frequência, uma nova e salvadora reforma tributária, de há muito alçada à condição de panaceia para todos os males.²⁴

158

¹⁸ APPY, Bernard. A PEC 45 e a Federação: pretende-se substituir um modelo federativo ineficiente e fratricida por um eficiente e cooperativo. *Estadão*, São Paulo, 28 mai. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-pec-45-e-a-federacao,70002845911>>.

¹⁹ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 137.

²⁰ ALEX, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 194.

²¹ BAYERTZ, Kurt. Four uses of ‘Solidarity’. In: BAYERTZ, Kurt (Ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 3-28 (4).

²² A constatação é feita por MUNOZ-DARÉ com relação à fraternidade: “The word therefore functions as an uncontested concept, as a linguistic flag prompting adhesion and cohesion [...]”. MUNOZ-DARÉ, Véronique. Fraternity and Justice. In: BAYERTZ, Kurt. (Ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 81-97 (83).

²³ BORGES, José Souto Maior. A Reforma Fiscal do ponto de vista dos não-empresários (especialistas). In: FARIAS, José Eduardo Albuquerque (Coord.) *Fórum Nacional sobre Reforma Fiscal*. Brasília: UNAFISCO Nacional, 1992, p. 160-166 (162); BORGES, José Souto Maior. A Reforma Tributária: seus modelos e sua crítica. In: DE SANTI, Marcos Eurico (Coord). *Tributação e desenvolvimento – Homenagem ao Professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 383-388 (383).

²⁴ BARRETO, Aires F. Tributação e conjuntura nacional. In: DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord). *Segurança jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 1-12 (2).

É preciso, portanto, examinar se este novo texto apresentado condiz, ou não, com este objetivo de simplificação, racionalidade e eficiência, tal qual prometido. E a resposta é negativa. Uma análise ainda preliminar da PEC nº. 45/19 ilustra esta conclusão. A proposta prevê a modificação, exclusão ou inclusão de 31 (trinta e um) artigos da Constituição, alguns deles com modificações de determinados incisos ou parágrafos, outros com a sua supressão integral, e, ainda outros, que seriam incluídos neste novo texto constitucional reformado. Dentre os novos artigos a serem incluídos pela Reforma estariam os artigos 152-A, 159-A, 159-B, 159-C, 159-D, 159-E, 159-F e 159-G. A título exemplificativo, destaca-se o texto proposto para o artigo 152-A, que seria incluído na Constituição:

Art. 152-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços, que será uniforme em todo o território nacional, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exercer sua competência exclusivamente por meio da alteração de suas alíquotas.

§1º. O imposto sobre bens e serviços:

I – incidirá também sobre:

- a) os intangíveis;
- b) a cessão e o licenciamento de direitos;
- c) a locação de bens;
- d) as importações de bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos;

II – será regulado exclusivamente pela lei complementar referida no caput deste artigo;

III – será não-cumulativo, compensando-se o imposto devido em cada operação com aquele incidente nas etapas anteriores;

IV – não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação das alíquotas nominais;

V – não incidirá sobre as exportações, assegurada a manutenção dos créditos;

VI – terá alíquota uniforme para todos os bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos, podendo variar entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º A alíquota do imposto aplicável a cada operação será formada pela soma das alíquotas fixadas pela União, pelos Estados ou Distrito Federal e pelos Municípios, observado o seguinte:

I – a competência para alteração da alíquota pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios será exercida por lei do respectivo ente;

II – na ausência de disposição específica na lei federal, estadual, distrital ou municipal, a alíquota do imposto será a alíquota de referência, fixada nos termos do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 3º Nas operações interestaduais e intermunicipais:

I – incidirá a alíquota do Estado ou Distrito Federal e do Município de destino;

II – o imposto pertencerá ao Estado ou Distrito Federal e ao Município de destino.

§ 4º Os débitos e créditos serão escriturados por estabelecimento e o imposto será apurado e pago de forma centralizada.

§ 5º A receita do imposto sobre bens e serviços será distribuída entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios proporcionalmente ao saldo líquido entre débitos e créditos do imposto atribuível a cada ente, nos termos da lei complementar referida no caput.

§ 6º A lei complementar referida no caput criará o comitê gestor nacional do imposto sobre bens e serviços, integrado por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, a quem caberá:

I – editar o regulamento do imposto, o qual será uniforme em todo o território nacional;

II – gerir a arrecadação centralizada do imposto;

III – estabelecer os critérios para a atuação coordenada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na fiscalização do imposto;

IV – operacionalizar a distribuição da receita do imposto, nos termos estabelecidos no parágrafo 5º deste artigo;

V – representar, judicial e extrajudicialmente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas matérias relativas ao imposto sobre bens e serviços.

§ 7º A representação judicial e extrajudicial do comitê gestor será exercida de forma coordenada pelos procuradores da Fazenda Nacional, dos Estados e dos Municípios.

§ 8º Cabe à lei complementar disciplinar o processo administrativo do imposto sobre bens e serviços, que será uniforme em todo o território nacional.

§ 9º Excetua-se do disposto no inciso IV do § 1º a devolução parcial, através de mecanismos de transferência de renda, do imposto recolhido pelos contribuintes de baixa renda, nos termos da lei complementar referida no caput.

160

Apenas este artigo, considerado de forma isolada de todas as outras numerosas alterações propostas pela reforma tributária aqui analisada já seria suficiente para indicar a falta de simplicidade desta proposta. Estabelece-se, a partir dele, nova regra de competência (para a instituição do *Imposto sobre Bens e Serviços* pela União), para instituição de tributo sobre materialidade nova (*bens e serviços*), cujas bases de cálculo dependerão de um processo interpretativo ainda inexistente. Não suficiente a problemática decorrente da inserção de um novo tributo, sobre materialidades novas, com competência privativa e compartilhada ao mesmo tempo, sem que se encontrem referências ou critérios para a operacionalização disso, a falta de simplicidade da reforma sobressai-se, mais fortemente, na análise da alíquota deste novo tributo prevista pelos artigos 117 a 120, que seriam incluídos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e cuja redação ora se destaca:

Art. 117. No primeiro e no segundo anos subsequentes ao ano de referência:

I – o imposto sobre bens e serviços será cobrado exclusivamente pela União, à alíquota de 1% (um por cento);

[...]

Art. 118. **Do terceiro ao nono ano subsequentes ao ano de referência**, as alíquotas dos impostos a que se referem o art. 153, IV, o art. 155, II, o art. 156, III, das contribuições a que se referem o art. 195, I, “b” e IV e da contribuição para o Programa de Integração Social, a que se refere o art. 239, todos da Constituição, serão progressivamente reduzidas, sendo fixadas nas seguintes proporções das alíquotas previstas nas respectivas legislações:

- I – 7/8 (sete oitavos) no terceiro ano;
- II – 6/8 (seis oitavos) no quarto ano;
- III – 5/8 (cinco oitavos) no quinto ano;
- IV – 4/8 (quatro oitavos) no sexto ano;
- V – 3/8 (três oitavos) no sétimo ano;
- VI – 2/8 (dois oitavos) no oitavo ano;
- VII – 1/8 (um oitavo) no nono ano.

Parágrafo único. No fim do nono ano subsequente ao ano de referência, os tributos referidos no caput deste artigo serão extintos.

Art. 119. **Do terceiro ao décimo ano subsequentes** ao ano de referência, as alíquotas de referência do imposto sobre bens e serviços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão fixadas de modo a compensar:

- I – no caso da União, a redução da receita do imposto a que se refere o art. 153, IV, das contribuições a que se referem o art. 195, I, “b” e IV e da contribuição para o Programa de Integração Social, a que se refere o art. 239 da Constituição, deduzindo-se deste valor o aumento da receita dos impostos a que se refere o art. 154, III da Constituição;
- II – no caso dos Estados, a redução da receita do imposto a que se refere os art. 155, II da Constituição;
- III – no caso dos Municípios, a redução da receita do imposto a que se refere o art. 156, III da Constituição;
- IV – no caso do Distrito Federal, a redução da receita dos impostos a que se referem os artigos 155, II e 156, III da Constituição.

§ 1º As alíquotas singulares de referência correspondentes às destinações previstas nos incisos I a IX do art. 159-A da Constituição serão fixadas de modo a compensar, respectivamente:

- I – a redução da receita das contribuições a que se referem o art. 195, I, “b” e IV da Constituição, aplicando-se o disposto no art. 76 deste Ato;
- II – 60% (sessenta por cento) da redução da receita da contribuição para o Programa de Integração Social, a que se refere o art. 239 da Constituição, aplicando-se o disposto no art. 76 deste Ato;
- III – 40% (quarenta por cento) da redução da receita da contribuição para o Programa de Integração Social, a que se refere o art. 239 da Constituição, aplicando-se o disposto no art. 76 deste Ato;
- IV – 21,5% (vinte e um inteiros e cinco décimos por cento) da redução da receita do imposto a que se refere o art. 153, IV da Constituição;
- V – 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) da redução da receita do imposto a que se refere o art. 153, IV da Constituição;
- VI – 3% (três por cento) da redução da receita do imposto a que se refere o art. 153, IV da Constituição;
- [...]

Art. 120. **Do terceiro ao quinquagésimo primeiro ano subsequentes** ao ano de referência, o montante da receita do imposto sobre bens e serviços transferido a cada Estado, Distrito Federal e Município corresponderá à soma das seguintes parcelas:

- I – o valor equivalente à redução da receita própria com os impostos a que se referem os artigos 155, II e 156, III da Constituição decorrente da redução das alíquotas na

forma prevista no art. 118 deste Ato, atualizado monetariamente, observado o disposto no parágrafo 2º;

II – o acréscimo ou a redução da receita própria do imposto sobre bens e serviços decorrente da elevação ou redução da alíquota do imposto relativamente à respectiva alíquota de referência, apurados com base nos critérios estabelecidos no § 5º do art. 152-A da Constituição.

[...] (Grifos meus)

Estes artigos, que estão aqui citados em versão resumida, já corroboram os indícios anteriores de falta de simplificação na determinação do IBS – cujo racional, reitera-se, era a simplificação, racionalização e eficiência do sistema. Dois destaques devem ser feitos sobre estes dispositivos: de um lado, a ausência de qualquer segurança jurídica com relação à alíquota única e uniforme que será utilizada para o IBS (de forma a compensar as receitas decorrentes dos tributos excluídos do sistema); e, de outro, a existência de um sistema de transição de 50 (*cinquenta*) anos entre o dito sistema tributário ultrapassado e ineficiente por este novo sistema moderno, simplificado, racional e eficiente.

Com relação à questão da determinação da alíquota do novo tributo, os dispositivos constitucionais que seriam adicionados à Constituição preveem uma nova forma de determinação das alíquotas de impostos. Para o Imposto sobre Bens e Serviços, a determinação do valor a ser pago não obedecerá aos critérios hoje definidos pela Constituição para a determinação da alíquota dos impostos, a saber, a capacidade contributiva dos contribuintes (artigo 145, § 1º, da Constituição), mas sim um novo critério de acordo com a *manutenção da arrecadação*. Isso significa dizer que não é possível determinar hoje qual seria a alíquota aplicável nos próximos 2 (dois), 5 (cinco), ou 10 (dez) anos do IBS. Referida alíquota será dependente de cálculos, ainda não divulgados pelos Entes da Federação, como forma de assegurar não mais que os impostos serão graduados de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes, como prescrito pela Constituição até hoje, mas sim pelo princípio (novo) da manutenção das receitas tributárias.

Com relação ao prazo de transição do sistema, a reforma prevê dois prazos distintos: de um lado, o prazo de dez anos para a convivência sobreposta do IBS e todos os outros tributos a serem excluídos do sistema (ISS, ICMS, IPI, Contribuição ao PIS e COFINS); e, de outro lado, o prazo de cinquenta anos para a transição da parcela de destinação pela União aos demais Entes Federados da receita arrecadada com o IBS. É preciso examinar este ponto com o rigor necessário: nossa Constituição tem 31 (trinta e um anos). Até hoje, nenhuma Constituição brasileira teve uma vigência tão longa. E, nesse cenário, se considera viável – e, mais do que

viável, *simplificado, racional e eficiente* – criar uma reforma tributária cujo período de transição alcança cinquenta anos. A irracionalidade desta argumentação fala por si só. Conviveremos no Brasil, durante cinquenta longos anos, com um sistema tributário transitório, determinado por dispositivos dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias e este sistema, tal qual posto, será a solução de todos os problemas da tributação sobre o consumo no Brasil. Não por acaso, a reforma foi cunhada por MACIEL como um “elefante em loja de louças”, considerando que “dispõe sobre mais de 150 dispositivos na Constituição e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com prazo final de implantação de 50 anos e prazos de transição de 2 e 10 anos.” Ao final, o autor questiona: Alguém, em sã consciência, pode afirmar que daqui a 50 anos existirão impostos tal como hoje conhecemos?”²⁵

Estes exemplos, aos quais outros ainda poderiam ser somados, servem ao propósito de demonstrar que este novo sistema tributário previsto pela PEC nº. 45/19 não coincide com seus objetivos de simplificação. Em verdade, provoca-se uma mudança drástica nas regras de competência da Constituição, excluindo competências de determinados Entes Federados e criando-se competências novas para a União, por meio de regras extensas, confusas e cujo período de transição alcança (pasmese) cinquenta anos. Não há simplicidade na ruptura constitucional, muito menos desta forma.

163

2.3 A PROPOSTA E O NOVO IMPOSTO SELETIVO

Mas, não suficientes as considerações anteriores, ainda é preciso destacar um terceiro ponto desta reforma, que, na maior parte dos casos, não tem recebido a devida atenção nas discussões sobre o tema: a abertura prevista pelo Projeto para a criação de um tributo extrafiscal pela União, para fins de desestimular o consumo de determinados bens e serviços. A PEC nº. 45/19 prevê a inserção de uma segunda nova competência para a União, a saber, a competência para a instituição de *impostos seletivos*, com finalidade extrafiscal, destinados a desestimular o consumo de determinados bens, serviços ou direitos. Nesse sentido, a redação proposta para o artigo 154, inciso III:

Art. 154. A União poderá instituir:

[...] III – impostos seletivos, com finalidade extrafiscal, destinados a desestimular o consumo de determinados bens, serviços ou direitos.

²⁵ MACIEL, Everardo. Um elefante em loja de louças. *Estadão*, São Paulo, 06 jun. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,um-elefante-em-loja-de-loucas,70002858449>>.

De início, portanto, é preciso esclarecer que não é verdadeira a afirmação de que a reforma tributária prescrita pela PEC nº. 45/19 seria caracterizada pela troca de *cinco tributos* (ISS, ICMS, IPI, Contribuição ao PIS e COFINS) por *um tributo* (IBS). Na verdade, o projeto de emenda à Constituição prevê a troca de *cinco tributos* (ISS, ICMS, IPI, Contribuição ao PIS e COFINS) por *dois tributos* (IBS e Imposto Seletivo). Em que pese esta segunda competência não venha sendo enfrentada nos debates sobre a reforma tributária, referida autorização merece uma análise pormenorizada.

A utilização do tributo para finalidades extrafiscais não é uma novidade da reforma tributária aqui discutida. Sempre se discutiu a utilização do tributo para outras finalidades, além da arrecadação tributária. A utilização instrumental da tributação como mecanismo de alteração econômica e social através da promoção de finalidades públicas, e não somente como instrumento para a arrecadação das receitas necessárias à manutenção da máquina pública, portanto, não é algo inédito.²⁶ A novidade, porém, encontra-se na retirada da possibilidade de utilização extrafiscal dos tributos sobre o consumo em geral, na medida em que esta era uma característica dos tributos sobre o consumo previstos pela Constituição de 1988, com destaque para o próprio IPI, cujas alíquotas inclusive podiam ser alteradas por decreto exatamente para permitir a rápida interferência na economia. A PEC nº. 45/19 prevê uma mudança radical nesse sentido: o IBS não teria qualquer finalidade extrafiscal (como propagada pelos próprios defensores da reforma nestes moldes, a sua finalidade seria meramente arrecadatória) e haveria um segundo imposto novo, cuja finalidade seria exatamente *extrafiscal* relativamente ao desestímulo do consumo de determinados bens e serviços.

Este por si só já é um ponto a ser destacado: os tributos extrafiscais não servem, pelo menos até hoje no Brasil, apenas para desestimular condutas. As normas tributárias extrafiscais referem-se ao campo da recomendação. Elas atuam como estímulos ou desestímulos na tentativa de interferir no comportamento dos contribuintes, acenando com uma vantagem econômica em favor da pessoa sujeita à imposição.²⁷ A ideia é de utilizar-se do instrumental financeiro para provocação deliberada de certos resultados econômicos e políticos, de acordo com as finalidades buscadas naquele momento. Reconhece-se, como destaca SCHOUERI, a

²⁶ LEÃO, Martha. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2015, p. 199.

²⁷ CORREA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo, 1964, p. 48-49.

possibilidade de que os contribuintes se vejam motivados a se enquadrar, ou não, no modelo concebido pelo legislador, assumindo-se, dessa forma, que o tributo é um fator que influenciará o comportamento dos agentes econômicos.²⁸ No caso deste novo imposto proposto pela reforma tributária, contudo, existe apenas a possibilidade de “desestimular o consumo de determinados bens, serviços ou direitos”, nos termos previstos no novo dispositivo constitucional. Toda uma gama de possibilidades de utilização do tributo como instrumento de incentivo e mudança de comportamento dos contribuintes-cidadãos encontra-se excluído da competência tributária a partir desta nova proposta.

As desigualdades regionais, reconhecidas e combatidas pelo texto constitucional originário, são consideradas questões ultrapassadas ou, ainda que vigentes, são consideradas questões que não devem ser enfrentadas por meio do instrumento tributário. Nesse ponto, é preciso fazer um esclarecimento: é evidente que a concessão de benefícios fiscais no Brasil rompeu os limites da autorização constitucional, sendo notório nesse sentido a questão da concessão destes benefícios sem a autorização dos Convênios. O fato de haver um problema na concessão dos benefícios na forma como isso é feito hoje no Brasil, contudo, não altera a conclusão de que a existência de estímulos tributários para a promoção e desenvolvimento de determinadas regiões é uma necessidade intrínseca da existência de um país de tamanho continental com diferenças gritantes entre as suas regiões. A resolução da problemática da concessão de benefícios fiscais em desrespeito às regras constitucionais e legais por meio simplesmente da sua proibição, com a adoção de alíquota única para o imposto sobre o consumo e a impossibilidade do uso extrafiscal do tributo para o desenvolvimento destas regiões mais afastadas do centro consumidor do país, ataca meramente uma consequência do problema, mas não a sua causa. O Brasil precisa de benefícios fiscais porque possui uma notória desigualdade entre as suas regiões. Este problema não é tratado pela existência de um imposto único (somado a outro com finalidade apenas de desestímulo de consumo de determinados bens). Parafraseando MENCKEN, “para todo problema complexo existe sempre uma solução simples, elegante e completamente errada”.²⁹ O fato de ser necessário fazer ajustes e coibir abusos na

²⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2 – Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 139-164 (143).

²⁹ No original: “Explanations exist; they have existed for all time; there is always a well-known solution to every human problem — neat, plausible, and wrong”. MENCKEN, Henry Louis. *Prejudices: Second Series*. Alfred A. Knopf, 1920, p. 158.

forma de concessão de benefícios fiscais em nada altera o fato, também notório, de que a necessidade destes benefícios serem concedidos segue atual em nossa realidade – sendo a presente reforma tributária absolutamente inócua na solução deste problema. A solução indicada pelos defensores da reforma tal qual proposta passa pela existência de subvenções diretas aos Estados. Não há, contudo, qualquer previsão expressa de como, quem e quando isso seria feito, o que indica uma solução idealizada (e pouco prática) para o problema. Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, a completa incompatibilidade do modelo previsto para o IBS com a Zona Franca de Manaus, cujas vantagens tributárias foram prescritas pela própria Constituição, o que revela verdadeira imunidade.

Não suficiente, é preciso ainda chamar a atenção para o fato de que o poder de utilizar o tributo com finalidade extrafiscal no caso da tributação sobre o consumo passa a ser restrito à União. Ou seja, o exercício de políticas tributárias passa a ser uma competência tributária restrita a apenas um ente da federação, que poderá decidir, sem que a Constituição tenha estabelecido qualquer critério nesse sentido, quais tipos de bens, serviços e direitos deverão ser objeto de desestímulo no seu consumo e quais os limites e critérios a serem impostos nas alíquotas desse novo imposto. Haverá bitributação com relação ao IBS? Haverá um limite da alíquota a ser utilizada? Haverá um prazo para o desestímulo? Que tipo de *direito* poderia ser objeto de desestímulo pela União? Quais materialidades econômicas poderão ser alcançadas? Quais finalidades poderão ser almejadas? E as receitas desse novo imposto, serão todas da União ou serão objeto de repartição entre Estados e Municípios? Se a resposta a esta última pergunta for a de que os recursos são da União, sem a repartição prevista no IBS, na medida em que a reforma tributária não estabelece dessa forma, então há a possibilidade real de um incentivo à União para que os bens e serviços sejam alocados no Imposto Seletivo, em detrimento do IBS.

Todas estas são perguntas não respondidas pelas dezenas de novos dispositivos estabelecidos na PEC nº. 45/19. Enquanto o IBS foi esmiuçado no projeto de reforma com diversos longos dispositivos, cuja interpretação certamente será objeto de longos anos de discussão caso seja aprovado, o Imposto Seletivo prevê verdadeiro cheque em branco para a União decidir, da forma como lhe parecer mais conveniente, quais bens, serviços e direitos não estarão sujeitos a uma alíquota única, mas sim a uma alíquota seletiva (progressiva ou não, não se sabe). De acordo com a justificativa apresentada junto à PEC nº. 45/19, o referido Imposto

Seletivo serviria apenas para a incidência sobre bens e serviços geradores de “externalidades negativas”. Assim a justificativa apresentada:

O modelo é complementado pela criação de um imposto seletivo federal, que incidirá sobre bens e serviços geradores de externalidades negativas, cujo consumo se deseja desestimular, como cigarros e bebidas alcoólicas. (pág. 28, da PEC nº. 45/19)

Referida justificativa, contudo, não afasta os problemas anteriormente destacados da criação desta autorização constitucional. De um lado, porque esta limitação (a aplicação do Imposto Seletivo apenas para bens e serviços com “externalidades negativas”) não se encontra prevista no texto constitucional, que se limita a autorizar “impostos seletivos, com finalidade extrafiscal, destinados a desestimular o consumo de determinados bens, serviços ou direitos”. Desse modo, ainda que esta intenção do constituinte derivado esteja expressa na justificativa do projeto, referida intenção não vincula o intérprete, na medida em que a vontade do legislador não foi objetivada no próprio texto. E, de outro lado, porque ainda que esta questão fosse superada e o termo fosse utilizado para a interpretação do novo dispositivo constitucional, mesmo assim ainda se verificaria uma cláusula aberta, que constituiria um verdadeiro *cheque em branco* para a União esvaziar o IBS por meio do Imposto Seletivo. Isso porque a existência de “externalidades negativas” é um termo bastante amplo, que serviria, já nos tempos atuais, para uma série de bens e serviços que não se limitam aos cigarros e às bebidas alcoólicas. A depender do ponto de vista, uma série de outros bens e serviços poderiam ser classificados como geradores de “externalidades negativas”, como os combustíveis, a energia elétrica (dependendo da sua fonte), a produção industrial de veículos automotores, e assim por diante. A reforma tributária, na forma como proposta, não estabelece qualquer limitação à decisão da União de impor o Imposto Seletivo a estas situações, aos quais outras certamente poderiam ser somadas.

Logo, as considerações anteriores demonstram que também este ponto é problemático na reforma tributária em discussão. A abertura concedida pelo texto constitucional proposto para um tributo seletivo, de competência da União, para desestimular o consumo de bens, serviços e direitos, é genérica, sem qualquer tipo de critério ou limitação ao exercício deste poder de tributar fora dos parâmetros propostos pela própria reforma tributária, para quem a tributação sobre o consumo seria, a partir dessa proposta, *simplificada, racional e eficiente*.

CONCLUSÕES

As considerações anteriores não têm, de nenhum modo, a pretensão de serem análises definitivas sobre as questões objeto de debate com a PEC nº. 45/19. O que se pretendeu ao longo deste trabalho foi contribuir, de forma crítica, com o debate acerca da reforma tributária no Sistema Tributário Nacional. Embora não sejam definitivas sobre a matéria aqui em debate, estas considerações permitem concluir que a reforma, tal qual proposta, encontra limites no próprio texto constitucional vigente, sendo necessária a busca por outros mecanismos, menos disruptivos e abruptos, que permitiriam um aprimoramento do nosso sistema tributário. Nesse sentido, a título exemplificativo, destaca-se que a reforma da Lei de Execuções Fiscais e a reforma do Processo Administrativo seriam exemplos de mudanças ainda no plano infraconstitucional e que trariam benefícios diretos à diminuição do contencioso tributário. Estes dois exemplos, aos quais outros poderiam ser somados, servem aqui apenas ao propósito de ilustrar que haveria outros meios, menos radicais, de promover o aprimoramento do Sistema Tributário Nacional sem uma mudança tão disruptiva, quanto esta ora em análise.

Não suficiente, parece ainda necessário examinar com maior detalhamento e profundidade se as finalidades almejadas por esta reforma tributária (simplificação, racionalidade, eficiência) são de fato alcançadas pelo texto tal qual proposto. Não se duvida em nenhum momento que a intenção de todos os estudiosos (e especialmente de todos os contribuintes brasileiros) seja evidentemente o aprimoramento do sistema – mas para este problema complexo, não existe de fato uma resposta simplória correta. Daí a importância do debate crítico, aberto e argumentativo sobre este texto e sobre as suas consequências, para que o resultado não seja, como destacado por BORGES, uma expectativa frustrada de quem espera muita coisa da reforma, quando ela tem muito pouco a nos dar.³⁰

REFERÊNCIAS

APPY, Bernard. A PEC 45 e a Federação: pretende-se substituir um modelo federativo ineficiente e fraticida por um eficiente e cooperativo. *Estadão*, São Paulo, 28 mai. 2019.

³⁰ BORGES, José Souto. A Reforma Fiscal do ponto de vista dos não-empresários (especialistas). In: FARIAS, José Eduardo Albuquerque (Coord.) *Fórum Nacional sobre Reforma Fiscal*. Brasília: UNAFISCO Nacional, 1992, p. 160-166 (162).

Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-pec-45-e-a-federacao,70002845911>>.

ÁVILA, Humberto. Federalismo Fiscal Alemão. In: CAMPOS, Cesar Cunha; MENDES, Gilmar Ferreira. (Org). *Federalismo Fiscal Brasil-Alemanha*. São Paulo: FGV Projetos, 2016, p. 179-183 (180).

ÁVILA, Humberto. IVA, uma proposta inconstitucional. *Revista Exame*, São Paulo, 18 out. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/opiniao/iva-uma-proposta-inconstitucional/>>.

BARRETO, Aires F. Tributação e conjuntura nacional. In: DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord). *Segurança jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 1-12.

BAYERTZ, Kurt. Four uses of 'Solidarity'. In: BAYERTZ, Kurt. (Ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 3-28.

BECHO, Renato Lopes. *Execução fiscal – análise crítica*. São Paulo: Noeses, 2018.

BORGES, José Souto Maior. A Reforma Fiscal do ponto de vista dos não-empresários (especialistas). In: FARIAS, José Eduardo Albuquerque (Coord.) *Fórum Nacional sobre Reforma Fiscal*. Brasília: UNAFISCO Nacional, 1992, p. 160-166.

BORGES, José Souto Maior. A Reforma Tributária: seus modelos e sua crítica. In: DE SANTI, Eurico Marcos. (Coord). *Tributação e desenvolvimento – Homenagem ao Professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 383-388.

CORREA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo, 1964.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz; PAULA JR, Aldo de; SANTIN, Lina; CYPRIANO, Gabriel. PEC 45, IBS e mitos sobre a ofensa ao Pacto Federativo. *JOTA*, São Paulo, 21 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-45-ibs-mitos-pacto-federativo-20052019>>.

DIAS DE SOUZA, Hamilton. Reforma Tributária: a PEC 45/19 afronta o pacto federativo. *JOTA*, São Paulo, 03 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-tributaria-a-pec-45-19-afronta-o-pacto-federativo-03072019#sdfootnote25sym>>.

LEÃO, Martha. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2015.

MACIEL, Everardo. Um elefante em loja de louças. *ESTADÃO*, São Paulo, 06 jun. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,um-elefante-em-loja-de-loucas,70002858449>>.



MANEIRA, Luís Eduardo; MANEIRA, Eduardo. PEC 45 coloca Brasil no rol de sistemas modernos de tributação. *CONJUR*, São Paulo, 30 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-30/opinioao-pec-45-coloca-pais-rol-sistemas-modernos-tributacao>>.

MENCKEN, Henry Louis. *Prejudices: Second Series*. Alfred A. Knopf, 1920.

MUNOZ-DARE, Véronique. Fraternity and Justice. In: BAYERTZ, Kurt. (Ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 81-97.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2 – Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 139-164.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

170

Submissão: 24/09/2019

Aceito para Publicação: 24/12/2019



DIREITO DE RESISTÊNCIA À OPRESSÃO E DESOBEDIÊNCIA CIVIL: FUNDAMENTOS, CONFORNOS E LIMITES

RIGHT TO RESISTANCE TO OPPRESSION AND CIVIL DISOBEDIENCE: FUNDAMENTALS, CONTOURS AND LIMITS

José Antonio Remedio*

Carlos Alexandre Hees**

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar os fundamentos, contornos e limites do direito de resistência à opressão e da desobediência civil no âmbito do Estado de Direito Brasileiro. O tema é polêmico e atual. Inúmeras notícias foram veiculadas pela imprensa nos últimos anos, informando que alguns líderes políticos e sindicais estavam defendendo a utilização da desobediência civil para que não se concretizasse o cumprimento da pena criminal imposta judicialmente ao ex-presidente Lula, sob a alegação de que referida medida era ilegal e injusta. O método utilizado é o hipotético-objetivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que a desobediência civil, espécie de direito de resistência à opressão, constitui instrumento admissível nos casos de ausência de sintonia entre o direito e a lei formal, especialmente quando objetivar coibir o descumprimento de direitos fundamentais pelo Poder Público, desde que respeitados os limites legais previstos na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Desobediência Civil. Direito de Resistência. Limites à Desobediência Civil. Limites ao Direito de Resistência. Resistência e Desobediência.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Fundamento filosófico da revolução, da resistência à opressão e da desobediência civil. 2 Direito de resistência à opressão. 3 Desobediência civil: fundamento, contornos e limites. 4 Conclusão. Referências.

ABSTRACT: The research aims to analyze the fundamentals, contours and limits of the right of resistance to oppression and civil disobedience in the context of the Brazilian state of law. The theme is controversial and current. Countless news has been published by the press in recent years, stating that some political and trade union leaders were advocating the use of civil disobedience to not materially enforce the criminal penalty imposed by the judicial Former President Lula, under the claim that this measure was illegal and unfair. The method used is the hypothetical-objective, based on legislation, doctrine and jurisprudence. It concludes that civil disobedience, a kind of right of resistance to oppression, constitutes an admissible instrument in cases of lack of harmony between the rights and formal law, especially when objecting to the breach of fundamental rights by the Government, provided that the legal limits laid down in the Federal Constitution are respected.

KEYWORDS: Civil Disobedience. Right of Resistance. Limits to Civil Disobedience. Limits to the Right of Resistance. Resistance and Disobedience.

172

INTRODUÇÃO

Os temas relativos ao direito de resistência à opressão e ao direito à desobediência civil ou ao descumprimento de norma considerada injusta ou imoral ressurgiram nos noticiários brasileiros nos últimos anos, principalmente depois que políticos, sindicalistas e líderes de

* Pós-Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado. E-mail: jaremedio@yahoo.com.br

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) e em Engenharia Agrônoma pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Curso de Direito do UNASP-EC. Advogado. E-mail: carlos.hees@unasp.edu.br

movimentos sociais passaram a sustentar sua aplicabilidade concreta em discursos e declarações.

Assim, conforme divulgado pelo jornal Folha de São Paulo em 28-1-2018 (NUNES, 2018), inconformados com a condenação do ex-presidente Lula à pena de doze anos e um mês de prisão pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, líderes do Partido dos Trabalhadores, em reunião ocorrida na Praça da República, no Centro de São Paulo, passaram a apregoar que só havia um caminho para solucionar o problema, ou seja, apostar nas ruas, no enfrentamento social, na rebelião cidadã e na desobediência civil. Para o senador petista Lindbergh Farias, a desobediência civil se justificaria no caso de Lula, uma vez que o Poder Judiciário estaria rompendo com o ciclo democrático e rasgando a Constituição do país. Ainda segundo a matéria jornalística, cerca de um mês antes da condenação de Lula, o art. 12 da Resolução de 16-12-2017, do Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores, intitulada “Defender Lula é defender a justiça e a democracia”, alertava que as arbitrariedades do sistema judicial e as mentiras do oligopólio da mídia poderiam conduzir à desobediência civil.

173

Mesmo que o conceito de desobediência civil possa estar sendo utilizado junto à mídia de forma amplíssima, inclusive em situações cuja legalidade e justiça dependeriam de provas e de interpretação jurídica próprias, o estudo sobre a matéria mostra-se bastante atual e relevante, principalmente quando focado como instrumento de defesa dos direitos fundamentais.

A questão noticiada pela imprensa reabre a polêmica sobre a legalidade da desobediência civil, tornando-se imperioso, nesse contexto, proceder à análise de seus possíveis fundamentos, contornos e limites.

De uma maneira geral, no âmbito constitucional e político, a desobediência civil insere-se entre as diversas modalidades do direito de resistência à opressão que, por sua vez, integra o gênero revolução.

A história da Humanidade é marcada por revoltas e revoluções, muitas vezes fundadas no direito de autodeterminação do homem e dos povos. Essas lutas, armadas ou não, organizadas ou não, foram em boa medida um dos pilares das inúmeras mudanças sociais ocorridas no decorrer da história.

O surgimento do Estado de Direito no século XVIII não só garantiu o controle sobre os atos do governante, por uma estrutura capaz de fixar e fazer cumprir os princípios e procedimentos direcionadores do Estado, como também possibilitou o fornecimento de

instrumentos que passaram a permitir política e juridicamente a implementação de diversas reformas sociais.

É bem verdade que os registros históricos demonstram a utilização do direito de resistência e da desobediência civil desde os primórdios da formação da sociedade, ainda que a realidade jurídica em que tais institutos foram utilizados fosse bastante diferente da realidade atual.

No decorrer de séculos, muitas das mudanças ocorridas na ordem econômica, jurídica, social, política e cultural resultaram da resistência de uma camada da população ou de classes sociais, por se sentirem prejudicadas pela atuação do Poder Público, em especial em face da violação a seus direitos e garantias fundamentais.

A pesquisa tem como objeto analisar os fundamentos, contornos e limites do direito de resistência e da desobediência civil no âmbito do Estado de Direito Brasileiro, sem prejuízo da existência de outros instrumentos no ordenamento jurídico à disposição do indivíduo e da sociedade para combater as normas tidas como ilegítimas ou injustas.

No tocante à estrutura, a pesquisa inicia-se com a análise do fundamento filosófico da revolução, do direito de resistência e da desobediência civil, com ênfase às correntes filosóficas do Jusnaturalismo e do Positivismo. Aborda em seguida o direito de resistência à opressão. Por fim, analisa a questão afeta à desobediência civil, em especial seus fundamentos, contornos e limites.

A metodologia da pesquisa está centrada no método hipotético-dedutivo, com características comuns aos métodos indutivo e dedutivo, tomando-se como base a pesquisa descritiva e usando como procedimentos instrumentais a análise doutrinária, que dá ensejo a uma pesquisa de diagnóstico, e as análises legislativa e jurisprudencial, que permitem a pesquisa no campo empírico.

Tem-se, como hipótese, que o direito de resistência à opressão e a desobediência civil configuram institutos admissíveis no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em especial nos casos de ausência de sintonia entre o Direito e a Lei, particularmente quando fundamentados no descumprimento dos direitos fundamentais pelo Poder Público, desde que respeitados os limites decorrentes da natureza, estrutura e preservação do Estado de Direito.

1 FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA REVOLUÇÃO, DA RESISTÊNCIA À OPRESSÃO E DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Os institutos da revolução, direito de resistência à opressão e desobediência civil inserem-se entre os temas inerentes à Filosofia do Direito.

A Filosofia do Direito é dominada desde seus primórdios pelo debate entre o Jusnaturalismo e o Juspositivismo, posição inaugurada por Sócrates na Grécia Antiga, dando início a um longo caminho, marcado por choques entre as teorias jusnaturalistas e positivistas do Direito (GOYARD-FABRE, 2001, p. 1).

O Direito Natural, para Javier Hervada (2006, p. 65), é “todo direito cujo título não é a vontade do homem, mas sim a natureza humana, e cuja medida é a natureza do homem ou a natureza das coisas”.

No Direito Positivo, por sua vez, “imperava o dever de obediência à lei como obrigação jurídica e moral, fundada no ordenamento e na própria convicção de que a obediência é intrinsecamente boa” (GUERRA, 2015, p. 318).

Embora sustentáveis social e juridicamente os dois sistemas, os radicalismos das correntes de pensamento do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico são na realidade impraticáveis.

Nesse sentido, conforme Paulo Nader (2009, p. 3812), “ora, se o jusnaturalismo puro compromete a ordem, promovendo a insegurança jurídica, o juspositivismo radical induz o jurista à alienação da causa final dos procedimentos jurídicos, que é a solução de justiça substancial”.

Na atualidade, todavia, a dicotomia existente entre o Direito Positivo e o Direito Natural está bastante enfraquecida, seja em face da constitucionalização dos direitos fundamentais, com a positivação do Direito Natural, seja diante da proliferação dos direitos fundamentais, implicando em sua trivialização progressiva (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 139-140).

Por sua vez, a relação existente entre as ideias de justiça e de lei pode ser observada em muitas fontes clássicas, como na Antígona, escrita por Sófocles (2005) na Idade Antiga, famosa tragédia grega de conteúdo jurídico, na qual se sustentou que a obediência à lei humana é contraposta à lei natural e, nessa hipótese, não deveria ser considerada a lei humana, mas sim a lei natural.

Segundo referência de Ângela Jank Calixto e Luciani Coimbra de Carvalho (2017, p. 65), o ato de oferecer resistência “a uma política governamental e à ordem legal instituída não é um ato recente, sendo possível evidenciar desde a Antiguidade a existência de atos de resistência a leis injustas e ao poder opressor”, postura essa reconhecida e adotada por inúmeros pensadores, entre os quais Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

A ideia de justiça possui um grau expressivo de subjetividade, pois a identificação entre direito e justiça apresenta uma dificuldade intrínseca de encontrar na natureza a verificação do que seja justiça. Esta subjetividade não é do interesse da sociedade atual e já representava uma dificuldade no passado.

Um dos grandes problemas da formulação do Jusnaturalismo moderno está no estabelecimento de limites à autoridade do monarca ou detentor do poder, uma vez que a lei passa a ser usada como instrumento de regulação, evitando a injustiça exercida pelo detentor do poder contra o indivíduo e o povo, criando, assim, um vínculo entre Direito e Justiça.

De acordo com Celso Lafer (1988, p. 69), “verdade é que a identificação entre Direito e Estado, no mundo moderno, coloca para a articulação do paradigma da Filosofia do Direito o tema da justiça como legalidade, ou seja, como Direito Positivo não dissociável da vontade e do poder do soberano”.

Entre outros aspectos, a dificuldade na operacionalização jurídica da justiça distributiva acaba sendo sanada com a identificação da justiça com a legalidade. O processo judicial, sob esse ângulo, serve como instrumento de estabilidade e atende ao propósito da pacificação social baseada em um ordenamento posto e conhecido.

Dessa forma, qualquer oscilação entre o Estado e a sociedade civil acarreta uma crise de legitimidade da legalidade, colocando à prova o sentimento coletivo do dever de obediência, revelando a real dificuldade de exercer o controle e de limitar o poder do Estado, bem como a ineficiência estatal em garantir a isonomia de tratamento pela administração da justiça (CAPELLETTI; GARTH, 1988).

Em síntese, embora sem uniformidade na doutrina, é possível afirmar que tanto no Direito Natural como no Direito Positivo existem elementos que sustentam a assertiva de defesa da legalidade e legitimidade do exercício do direito de revolução, resistência à opressão e desobediência civil.

2 DIREITO DE RESISTÊNCIA À OPRESSÃO

A história do direito de revolução, resistência à opressão e desobediência civil acompanha a própria história da humanidade, principalmente a partir do momento em que o homem passou a integrar as sociedades políticas, entre as quais o Estado.

Inserir-se no âmbito do Direito Constitucional e Político o instituto do direito à revolução, que tem como uma de suas espécies o direito à resistência, que por sua vez possui como subespécie o direito à desobediência civil.

O direito de revolução, como se verifica com o direito de resistência, “é o derradeiro recurso da liberdade, que só ela o pode justificar como emprego da força contra a lei positiva”. É “a última *ratio* de que só se deve usar em casos extremos, mormente nos Estados modernos de índole pluralista” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 26).

A resistência e a revolução decorrem de não se coadunarem com a ordem posta e a vontade do indivíduo ou do coletivo, sendo uma forma de defesa contra a imposição indevida da autoridade ou ordem injusta. Agir ilegitimamente ou abusar do poder justifica a resistência, que corresponde à insurgência não contra a lei ou a autoridade, mas contra a própria injustiça, para fazer valer o que é direito (BUZANELLO, 2002, p. 19).

Em relação ao exercício do poder por parte dos governantes, focado sob o ângulo da resistência e da revolução, Norberto Bobbio (2004, p. 148) afirma que os institutos podem ser diferenciados, com base nos dois modos tradicionais mediante os quais se supunha que ocorresse a degeneração do poder, ou seja, o abuso no exercício do poder (o *tyrannus quoad exercitium*) e o déficit de legitimação (o *tyrannus absque titulo*).

O direito de resistência à opressão está previsto no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao lado do direito à liberdade, à propriedade e à segurança, direitos esses tidos como naturais e imprescritíveis do homem.

Na Idade Moderna, o direito de resistência possui fundamento nas teorias contratualistas, por meio das quais os cidadãos assumiram o compromisso moral de cumprirem as normas editadas pelo Estado. Corresponde ao direito do indivíduo de resistir ao Estado em casos de arbitrariedades, opressões e violação de direitos (REBOUÇAS, 2017, p. 197).

Entre outras características, os direitos humanos implicam na possibilidade de sua proteção inclusive em relação às ações ou omissões do poder constituído, lastreadas em

injustiças, dominação, abusos ou opressão não formalmente afastadas pelo sistema legal em vigor.

Em regra, os limites éticos têm sido exercidos na história dos direitos. A conduta humana deve obedecer às normas jurídicas que sejam justas e razoáveis, sendo este o principal argumento da ética. A razoabilidade de sua concretude está situada nos “princípios gerais de direito”, tendo esse princípio um fim social, como a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a justiça. Dentro desses princípios éticos está a resistência. E, na teoria dos direitos humanos há uma formulação da manifestação dessa ética (PERELMAN, 2005, p. 402).

O direito de resistência deve ser compreendido sob o ponto de vista da função social das prescrições legais, cujo propósito de existência e caminhos interpretativos devem atender à sociedade para a qual se destinam, e não simplesmente subordiná-las. A norma posta não pode ser instrumento contra o próprio sistema jurídico, utilizada para abuso de poder. Assim, o instituto está fundamentado na busca do estabelecimento de uma ordem jurídica justa, sendo legítimo quando objetiva afastar a opressão aos demais direitos naturais e imprescritíveis do homem, desde que inexistam instrumentos próprios para sua proteção no âmbito do próprio ordenamento jurídico.

José Carlos Buzanello (2002, p. 101), ao se referir à legitimidade política do direito de resistência, afirma que “o que demonstra a legitimidade do governo é o consentimento dos governados e o reconhecimento de que o governo não se afasta dos objetivos gerais que lhe cumpre efetivar”, de forma que, quando a atitude dos governantes implicar em desprezo sistemático pela ideia de direito, é possível considerar legítima a resistência.

Busca o direito de resistência opor-se à ação injusta do tirano ou detentor do Poder estatal, limitando a ação do Estado contra o indivíduo, justificada na obrigatória vinculação da ação do governante à lei e ao Direito Natural, possibilitando que a sociedade ou o povo venha a se rebelar quando essa vinculação não se verificar.

O direito de resistência cumpre “importante papel no processo de efetivação dos direitos fundamentais e de concretização da democracia, evitando também que medidas autoritárias ou abusivas possam vir a ameaçar direitos conquistados, servindo como um excelente instrumento de participação e de cidadania ativa” (REBOUÇAS, 2017, p. 205).

De acordo com José Carlos Buzanello (2002, p. 98-99), o direito de resistência, no Estado Constitucional: pode ser compreendido como um instituto jurídico-político, sendo que sua principal justificativa histórica está atrelada à renúncia parcial dos direitos do indivíduo em

favor do Estado; tem como espécies, entre outras, a greve política, a objeção de consciência e a desobediência civil; três questões básicas envolvem seus fundamentos, ou seja, a legitimidade do poder político, o fundamento jus-positivista e a forma como deve ser exercido; está sujeito a limites; sua natureza pode ser jurídica ou política; sua legitimidade geralmente se concentra em aspectos éticos, jurídicos e políticos; a combinação das propriedades jurídicas e os instrumentos de ação política do direito de resistência são os critérios mais adequados para compreender o fenômeno do ato de resistir.

É por meio do direito de resistência, normalmente fundamentado na ética, que se busca uma modificação radical dos modelos opressores, mesmo que para isso, às vezes, seja necessário violar a norma existente e desrespeitar as autoridades de um Estado constituído legalmente (VOLANTE; BRAGA, 2015, p. 6).

José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 663) inclui o direito de resistência entre os meios de defesa não jurisdicionais relacionados à proteção dos direitos fundamentais, tendo-o como “a ultima *ratio* do cidadão ofendido em seus direitos, liberdades e garantias, por actos do poder público ou por acções de entidades privadas”.

Há dois tipos legítimos de resistência destacados na doutrina (BUZANELLO, 2002, p. 100-101): a carência de título legitimador (usurpação ou tirano *ex defectu tituli*); e a perda no exercício (tirano *ex parte exercitii*). A tirania, quando prejudicial ao Estado, apresenta duas características políticas: uma diz respeito ao exercício do poder político, o ato de governar em si; a outra, quando o governante se apropria do governo sem autorização da sociedade ou sem legitimidade política.

Para João Bosco da Encarnação (2001, p. 278), o direito de resistência, ao contrário de ser revolucionário, é cada vez mais aceito pelo próprio sistema jurídico em vigor, e “tem sido introduzido no direito positivo como mecanismo de abertura que, ao modo de uma válvula, evita a desintegração revolucionária do ordenamento vigente”.

Todavia, a resistência deve estar circunscrita a limites, como aqueles impostos pela ética dos valores, pois o direito de resistência está ligado aos princípios fundamentais do cidadão, inerentes ao Estado de Direito.

Segundo Cláudia Resende Machado de Araújo (2002, p. 78), embora a doutrina reconheça sua existência, a maioria dos ordenamentos jurídicos atuais não dá tratamento constitucional explícito ao direito de resistência. Para a autora, o direito de resistência está

fundamentado implicitamente na Constituição Federal Brasileira de 1988, arrolando para tanto os seguintes argumentos:

- a) o § 2º do art. 5º da Lei Maior estatui que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”;
- b) o direito de resistência estaria inserido entre as liberdades residuais, uninominadas, implícitas ou decorrentes dos princípios constitucionais e da interpretação do rol de direitos constantes do art. 5º da Constituição;
- c) o direito de resistência está incluído entre os direitos e garantias fundamentais implícitos, como um direito decorrente do regime democrático, da valorização da dignidade da pessoa humana, enfim, da cidadania, tendo um papel fundamental na sociedade, para a realização e efetivação de outros direitos da mesma natureza.

Cláudio Pacheco (1958, p. 118), ao tratar da legalização do direito de resistência à opressão, assevera que as novas Constituições, apesar de não afirmarem expressamente o denominado direito de resistência, procuram aceitá-lo num clima tácito de legalidade.

No Brasil, segundo Walber de Moura Agra (2006), apesar de não inserido de forma explícita, o direito de resistência é encontrado de forma implícita na Constituição Federal, seja por meio de alguns princípios que asseguram sua definição, como os do Estado Democrático de Direito, da legalidade e da dignidade da pessoa humana, seja através do Jusnaturalismo, na crença de existência de direitos inatos ao homem, assegurados independentemente da validade das normas jurídicas.

Na jurisprudência brasileira, o Ministro Adhemar Maciel, em voto proferido quando do julgamento do *Habeas Corpus* 4.399-SP pelo Superior Tribunal de Justiça, relativo a pedido de liberdade provisória apresentado em favor de líder do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), embora entendendo que o direito de resistência não está expressamente previsto Constituição Federal, como ocorre em alguns estatutos políticos estrangeiros, refere-se ao instituto como o direito dos súditos de se rebelarem contra o soberano que não está agindo em favor do povo (BRASIL, 1996).

Uma das poucas exceções à ausência de previsão expressa do instituto verifica-se no ordenamento jurídico português. Nesse sentido, a Constituição da República Portuguesa de 1976 prevê o direito de resistência no art. 21, ao dispor que “todos têm o direito de resistir a

qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública” (PORTUGAL, 2005).

A Alemanha, da mesma forma, na Lei Fundamental de Bonn de 1949, tratou do direito de resistência no art. 30, ao estatuir que, caso não haja outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter a ordem que vincula o poder legislativo à ordem constitucional e os poderes executivo e judiciário à lei e ao direito.

Em síntese, embora sem uniformidade na doutrina, pode-se afirmar que o direito de resistência à opressão encontra sustentabilidade nos ordenamentos jurídicos modernos, ainda que de forma implícita, desde que respeitados determinados limites.

3 DESOBEDIÊNCIA CIVIL: FUNDAMENTO, CONTORNOS E LIMITES

181

O estudo do direito à resistência e à desobediência civil está envolto em diversas questões polêmicas, entre as quais, a proximidade de sentido entre as duas expressões, a identificação dos fundamentos jurídicos e políticos dos institutos, e a licitude ou ilicitude de sua aplicação.

A princípio, não se nega que todas as pessoas têm o dever moral de obedecer às leis editadas regularmente pelo Estado, ainda que não concordem parcial ou totalmente com as mesmas, uma vez que o respeito ao ordenamento jurídico decorre da própria existência do Estado de Direito.

Todavia, mesmo que sem uniformidade de pensamento doutrinário, tem-se admitido a possibilidade de reação pelo indivíduo e pela própria sociedade em relação às leis editadas pelo Poder Público e consideradas ilegítimas ou injustas.

Henry David Thoreau (1999) foi o pioneiro a tratar do assunto relacionado à desobediência civil, ao questionar o pagamento de impostos nos Estados Unidos da América em 1948, os quais eram vistos como financiadores de guerras e de trabalho escravo, embora o autor não tenha usado explicitamente a expressão “desobediência civil” em seus estudos, uma vez que o tema estava relacionado ao direito à revolução ou resistência pacífica a determinados atos do governo.

Mahatma Gandhi e Martin Luther King foram dois autores que se destacaram no século XX aplicando e escrevendo sobre a desobediência civil. Nesse sentido, conforme referência de Rosa Elena Krause Berger e Adriano San’Ana Pedra (2018, p. 21-22), enquanto Mahatma Gandhi observou a necessidade da não-violência em seu conceito, liderando um amplo movimento, com práticas desobedientes, que possibilitaram a independência da Índia, Martin Luther King introduziu a noção da ação direta e a necessidade de se proceder à constante mobilização da sociedade, coordenando e comandando o movimento negro norte-americano de resistência pacífica.

A desobediência civil e o direito de resistência, como formas de cidadania ativa, permeiam a necessidade de se colocar em dúvida a constitucionalidade de uma lei, não como mecanismo de ruptura, mas com a finalidade de dar legitimidade a leis mais justas, que seriam formuladas ou reformuladas pela ação conjunta das massas populares (WERMUTH; SANTOS, 2018, p. 318).

A desobediência civil é uma espécie de direito de resistência e ocorre quando os meios normais para mudanças do ato impugnado não mais têm poder de ser e as queixas não são mais ouvidas pelos detentores do poder. Com isso, o conteúdo simbólico deste ato tenta deslegitimar uma autoridade pública ou lei, com o uso de variadas formas de desobediência. A estratégia mais utilizada para tanto é o uso da força e, caso o governo também use a força contra a sociedade, aumentam as chances de sua deslegitimação (BUZANELLO, 2002, p. 146-147).

Para Celso Lafer (1988, p. 187), “o tema da resistência à opressão através da desobediência à lei injusta é um tema clássico, que pode ser analisado com base na distinção entre a perspectiva *ex parte principii* e a perspectiva *ex parte populi*”. Enquanto pelo ângulo dos governantes “a obrigação política traduz-se num dever dos súditos de obediência às leis emanadas pelo soberano”, pela ótica dos governados acentua-se “não o dever de obediência, mas sim o direito de resistência à opressão”.

José Carlos Buzanello (2002, p. 150), fazendo um paralelo ao pensamento de Maria Garcia, assevera que, na perspectiva constitucional brasileira, a desobediência civil decorre da cláusula constitucional aberta, que admite outros direitos e garantias e também os princípios do regime adotado (CF, art. 5º, § 2º), estando ligada especialmente aos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, que permitem protestos contra atos que violem os princípios da ordem política.

O direito de resistência e a desobediência civil, segundo Maria Garcia (2004, p. 235-236), devem ser compreendidos como um dos direitos fundamentais decorrentes do princípio da cidadania, amparado pelo art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que pode ser expresso, como ocorre em relação ao direito de petição perante o poder público. Afirmar a autora que a desobediência civil é uma contraposição ou resistência, ativa ou não, “à lei ou ato de autoridade, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, pela sua revogação ou anulação” (GARCIA, 2004, p. 293).

Para Maria Helena Diniz (1997, p. 97), a desobediência civil é uma forma particular de resistência, porque “é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, a ilegitimidade e a invalidade da lei e com o fim mediato de induzir o poder a mudá-la”.

A desobediência civil pode ser vista como uma espécie de resistência à opressão, com caráter não violento, ou seja, não admite o uso de qualquer forma de violência, seja ela física, moral, coações, ameaças ou intimidações (SEÑA, 1990).

Na lição de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Luana Marina Santos (2018, p. 316-317), a desobediência civil, construída no decorrer da Idade Contemporânea, nada mais é do que o exercício do direito de resistência em sua forma pacífica.

Conforme John Rawls (2000, p. 404), a existência de leis que violam a justiça justifica a desobediência civil, que pode ser definida como “um ato público, não violento, consciente e, não obstante, um ato político contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e políticas do governo”.

Celso Lafer (1988, p. 200-201) sustenta que a desobediência civil é, além de direito, dever ético do cidadão, e pode se dar em face de uma ação ilícita, um fazer ilícito ou uma omissão ilícita.

A desobediência civil “é um ato político não apenas no sentido de que se dirige à maioria que detém o poder político, mas também porque é um ato que se orienta e justifica por princípios políticos, isto é, pelos princípios de justiça que regulam a constituição e as instituições em geral” (RAWLS, 2000, p. 404).

Tida como um ato político, público e não violento, a desobediência civil “configura-se como uma forma de resistência e um mecanismo de reação do cidadão a leis ou políticas consideradas injustas ou incertas”, contribuindo o ato “para a constante readequação do ordenamento jurídico aos valores defendidos pela sociedade e para o consequente controle da

validade e constitucionalidade das leis vigentes em determinado ordenamento jurídico”. Ao contrário do direito de resistência, a desobediência civil tem como objetivo verificar a obrigatoriedade e a legitimidade de determinadas normas jurídicas e políticas governamentais, enquanto o direito de resistência visa fazer frente à totalidade do ordenamento jurídico, com o fim principal de instaurar uma nova ordem político-jurídica (CALIXTO; CARDOSO, 2017, p. 63).

Os adeptos do direito à desobediência civil justificam seu entendimento na busca em adquirir ou manter um direito de cidadania, tendo como fundamento o princípio da justiça. Os direitos individuais do cidadão legitimam a atitude desobediente, possuindo como limite a obrigação de obedecer ao Estado. Em uma visão mais limitada, a desobediência civil deve procurar reformar alguma lei, ou seja, “a desobediência civil é um fato; é uma doença clássica do corpo político” (COSTA, 2000, p. 62-63).

Consoante Maria Garcia (2004, p. 294), o ato de desobedecer está diretamente ligado ao cidadão, porque é ele que pode se voltar contra a lei que o prejudica e contra os poderes constituídos. Todavia, a pessoa não pode resistir ou desobedecer ao que é proibido na norma, a não ser que justifique que essa lei ou ato governamental está em conflito com os direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos. Para a autora (2004, p. 295), a questão de a Constituição ser um sistema aberto às mudanças e às novas realidades sociais, faz com que fique “aberta ao tempo” a situações incompletas, justamente para caminhar com a sociedade. Entretanto, esta Constituição dita o que não deve ficar aberto, sendo o que forma a unidade política, as normas fixadoras da função do Estado e o conjunto do próprio ordenamento, que é o estabilizador do ordenamento jurídico e da ordem social. A desobediência civil está relacionada a essa ordem constitucional - sistema aberto e incompleto, de amplitude e terminação – que assimila e aceita a desordem consubstanciada na vida social. O sistema constitucional permite e submete a alternatividade dos objetivos e a atuação das diferentes forças no processo de concretização da Constituição.

As seguintes características são inerentes à desobediência civil (GUERRA, 2015, p. 321): trata-se de ato organizado, decorrente da convicção de um grupo de cidadãos, ainda que minoritário; é ato pacífico, ou seja, não violento; é ato público, em contraposição à violação clandestina da lei; tem como objetivo a alteração da norma ou a restauração do ordenamento jurídico, e não a destruição do Estado.

O exercício da greve política pode ser citado como exemplo de desobediência civil. O exercício da greve tem duas naturezas, uma política e outra reivindicatória, sendo que esta última tem interesses trabalhistas, econômicos, visando melhores condições de trabalho e ganhos materiais. A greve política cuida de questões políticas do Estado.

A greve política tem como fim conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requer (SILVA, 2015, p. 308). Está relacionada às tensões que não tem regulação, por não serem dotadas de normas e são manifestações de anomalia social. Ocorre em defesa do trabalhador como instrumento coletivo na busca de melhores condições de trabalho e salário. Exemplificando, o direito seria legítimo quando não fossem cumpridos os direitos dos trabalhadores previstos nos diversos incisos do art. 7º da Constituição Federal. Pela busca de efetividade desses direitos, seria legítima a desobediência civil. No âmbito internacional, configura exemplo de greve política a derrubada do ditador chileno Ibañez na década de 1930.

Na atualidade brasileira, além do direito de greve, são exemplos de aplicação da desobediência civil os movimentos sociais feministas em prol da igualdade de gênero, os protestos populares contra a corrupção pública, o movimento dos sem-terra invadindo propriedades privadas e públicas e reivindicando reforma agrária, o movimento social de 1984 conhecido como Diretas-Já, os movimentos ambientalistas buscando a cessação da degradação ambiental e o movimento dos caminhoneiros de fechamento das estradas visando à redução do preço dos combustíveis.

No âmbito internacional, constitui exemplo de desobediência civil a campanha pública de natureza ativa, coletiva e pacífica, contra a discriminação racial nos Estados Unidos e na África do Sul, incentivada por Martin Luther King (GARCIA, 2004, p. 295).

Quanto à legitimidade, a desobediência civil tem o condão de “positivar leis mais legítimas que as já vigentes, uma vez que as leis que derivam das reivindicações dos desobedientes terão nascido, verdadeiramente, da vontade popular exercida por meio do ato de desobediência” (ERMUTH; SANTOS, 2018, p. 339).

Como anteriormente afirmado, os temas relativos ao direito de resistência à opressão e ao direito à desobediência civil ou ao descumprimento de norma considerada injusta ou imoral ressurgiram nos noticiários brasileiros nos últimos anos, principalmente depois que políticos, sindicalistas e líderes de movimentos sociais passaram a sustentar sua aplicabilidade concreta em discursos e declarações em favor do ex-presidente Lula, que teve a prisão decretada antes do trânsito em julgado da respectiva sentença condenatória.

O caso concreto mencionado na introdução da presente pesquisa, ou seja, a atuação de alguns líderes do Partido dos Trabalhadores, que, inconformados com a condenação do ex-presidente Lula à pena de doze anos e um mês de prisão pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, passaram a apregoar que só havia um caminho para solucionar o problema, ou seja, apostar no enfrentamento social, na rebelião cidadã e na desobediência civil, sob a alegação de que o Poder Judiciário estaria agindo de forma arbitrária, rompendo com o ciclo democrático e maculando a justiça com base em mentiras do oligopólio da mídia nacional, sob nossa ótica, justificaria a admissibilidade do direito de resistência à opressão e à desobediência civil, desde que respeitados os contornos e limites antes expendidos.

Como é notório, o ex-presidente Lula, depois de condenado em Segunda Instância pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e antes do trânsito em julgado da respectiva decisão, passou a cumprir pena privativa de liberdade.

Todavia, em 07.11.2019 o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43, 44 e 54, alterou o entendimento anteriormente aplicado, passando a entender que é necessário o trânsito em julgado da decisão penal condenatória para o início do cumprimento da pena, assentando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403/2011 (BRASIL, 2019).

Embora as Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43, 44 e 54 não tivessem relação direta com o caso do ex-presidente, o Juiz da 12ª Vara Federal de Curitiba, responsável pela Execução Penal Provisória n. 5014411-33.2018.04.04.7000/PR, com base na mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que decretou o fim da prisão em segunda instância, em 08.11.2019 expediu o Alvará de Soltura n. 700007758894 em favor do ex-presidente Lula.

Nesse contexto, têm-se como legítimos e admissíveis o direito de resistência à opressão e a desobediência civil, inclusive em relação ao caso do ex-presidente Lula, enquanto atos pacíficos, públicos, contrários à violação da lei e dos direitos fundamentais, às arbitrariedades, às opressões e aos excessos ilegais e ilegítimos das autoridades públicas constituídas, desde que voltados para a restauração da justiça e do direito ameaçado ou lesado, e para a preservação do próprio ordenamento jurídico estatal.

Em síntese, a desobediência civil, espécie do direito de resistência, insere-se entre os instrumentos lícitos à disposição do cidadão, de reação e reivindicação contra os desmandos praticados por autoridades públicas, especialmente nos casos de ameaça ou lesão a direitos

fundamentais decorrentes de ilicitudes ou injustiças advindas da legislação ou do exercício da função ou atividade pública, limitada, porém, aos contornos normativos fixados pela Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

Os temas do direito à resistência à opressão e da desobediência civil são objeto de recentes publicações nos noticiários brasileiros, principalmente depois que políticos, sindicalistas e líderes de movimentos sociais passaram a sustentar e propor sua aplicabilidade em discursos e declarações públicas relacionadas à condenação à prisão do ex-presidente Lula pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a doze anos e um mês de reclusão.

A pessoa, no Estado de Direito, goza de inúmeros direitos e garantias fundamentais, mas também deve respeito a uma série de deveres e obrigações, principalmente visando à preservação dos direitos individuais das demais pessoas e dos direitos da coletividade.

O problema é que essas obrigações, que são determinadas pelo Estado, podem em algumas circunstâncias ultrapassar os contornos que conformam o próprio Estado de Direito, mesmo quando formalmente previstas na legislação, afastando-se com isso da justiça, situação que pode ocorrer por atos do governo ou por obrigações impostas pelo Estado, ferindo dessa forma os direitos fundamentais.

A pesquisa analisou os fundamentos, contornos e limites do direito de resistência e da desobediência civil no âmbito do Estado de Direito Brasileiro, sem prejuízo de reconhecer que há no sistema normativo a previsão de outros instrumentos jurídicos impeditivos de excessos e arbitrariedades decorrentes da ação estatal.

A existência de procedimentos de proteção e equilíbrio do indivíduo dentro da estrutura jurídica e o estabelecimento de instrumentos legais a serem seguidos pela pessoa e pela sociedade, possibilitam uma aproximação histórica entre a ideia de justiça a ser aplicada e as leis que disciplinam a conduta dos homens.

O direito de resistência, no qual se insere a desobediência civil, insere-se entre os instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para combater os excessos praticados pelos detentores do poder estatal, em especial quando relacionados às injustiças.

A realidade contemporânea, baseada na experiência de cada sujeito, principalmente nos países ocidentais, evidencia que a mera existência de lei formal não significa necessariamente respeito e distribuição de justiça.

O direito de resistência e a desobediência civil estão inseridos entre os direitos fundamentais residuais baseados no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, e decorrem do regime democrático, da valorização da dignidade da pessoa humana e do princípio da cidadania.

A greve política, com o objetivo de conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requer, constitui exemplo de expressão do direito de resistência e de desobediência civil.

Quando se admite a abertura da ciência jurídica, o fato e os valores que conformam o Direito são possíveis de controle por meio do direito de resistência ou da desobediência civil, em especial quando os detentores do Poder desprezam os direitos fundamentais, estando referidos institutos, porém, adstritos aos limites impostos pelo próprio texto constitucional.

Entre os limites ao exercício do direito de resistência e de desobediência civil estão o respeito à própria Constituição, tanto às regras como aos princípios constitucionais, visando à

Sob nossa ótica, temos como legítimos e admissíveis o direito de resistência à opressão e a desobediência civil, enquanto atos pacíficos e públicos contrários à violação da lei e dos direitos fundamentais, e contrários às arbitrariedades, opressões e excessos ilegais e ilegítimos das autoridades públicas constituídas, desde que tais atos sejam voltados para a restauração da justiça, do direito ameaçado ou lesado, e para a preservação do próprio ordenamento jurídico estatal.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o direito de resistência à opressão e a desobediência civil constituem instrumentos admissíveis nos casos de ausência de sintonia entre o direito e a lei formal, especialmente quando objetivam coibir o descumprimento de direitos fundamentais pelo Poder Público, desde que não haja outros instrumentos jurídicos eficazes para sua proteção, respeitando os institutos, porém, os limites legais e principiológicos previstos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado de. *O direito constitucional de resistência*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

BERGER, Rosa Elena Krause; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O dever fundamental de desobedecer diante de um governo corrupto e opressivo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 116, p. 11-62, jan./jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 4.399-SP. Relator Ministro William Patterson. Brasília: DJ, 8 abr. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600088454&dt_publicacao=08-04-1996&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória 43-DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CALIXTO, Ângela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O direito social à desobediência civil: uma análise a partir da teoria de Ronald Dworkin. *Revista Jurídica Direito & Paz*, Lorena, ano IX, n. 36, p. 62-82, 1º sem. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Que é isto, o Direito?* Introdução à filosofia hermenêutica do direito. 3. ed. São José dos Campos: Stiliano, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA, Lais Batista. Desobediência civil: fundamentos e aplicação no Brasil. In: MORAES FILHO, José Filomeno de; CASTRO, Matheus Felipe (Coords.). *Teorias da democracia e direitos políticos*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2g6i4xpi/vJG53JiA1O390C02.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

HERVADA, Javier. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. Trad. Sandra Martha Dolinski. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUNES, Wálter. PT fala em desobediência civil desde o ano passado. *Folha de São Paulo*, São Paulo – 28 jan. 2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1953851-pt-fala-em-desobediencia-civil-desde-o-ano-passado.shtml>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. São Paulo: Freitas Bastos, 1958, v. I.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REBOUÇAS, Ana Giselle Parente. O direito de resistência como instrumento de participação popular e de cidadania. In: CARDOSO, Henrique Ribeiro; CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). *Constituição e democracia I*. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/014l905o/F3L42MP08caNP013.pdf>>. Acesso em 21 fev. 2018.

SEÑA, Jorge Francisco Malem. *Concepto e justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1990.



SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SÓFOCLES. *Antígona*. 2005. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Trad. Sergio Karam. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1999.

VOLANTE, Carlos Eduardo; BRAGA, Julio Trevisam. O direito à resistência e à desobediência civil como instrumento de transformação política do Estado. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Coords.). *Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI*. São Paulo: FEPODI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z307l234/v7jjwf4y/5U4v6AZ49OwpOz53.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; SANTOS, Luana Marina. A desobediência civil e o direito de resistência como instrumentos de enfrentamento a contextos não democráticos: limites e possibilidades à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFALIBE)*, Bebedouro, v. 6, n. 1, p. 308-345, 2018.

191

Submissão: 09/09/2019

Aceito para Publicação: 24/12/2019



AS RUAS, A OPINIÃO PÚBLICA E O PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO CALAS

THE STREETS, THE PUBLIC OPINION AND THE CRIMINAL PROCEDURE: AN ANALYSIS FROM THE CALAS CASE

Edimar Brígido*

RESUMO: Jean Calas, formalmente acusado pelo crime de parricídio, foi julgado e condenado sem provas. A ausência da materialidade do suposto ato delituoso foi suprida pela convicção dos magistrados, aliada ao clamor popular das massas que ocupavam as ruas, reivindicando por justiça. Partindo da análise desse julgamento histórico, situado nos tribunais franceses do século XVIII, o artigo pretende chamar a atenção para os riscos decorrentes da influência da opinião pública sobre o curso do processo penal. Utilizando-se de fontes bibliográficas, será demonstrado que a intolerância foi o fio condutor que direcionou o rito processual, acarretando na condenação de um homem inocente. Em tempos de ativismo judicial, podemos aprender com a história, mas não é certo que o faremos.

PALAVRAS-CHAVE: Opinião Pública. Processo Penal. Jean Calas. Intolerância.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Antecedentes históricos: o Editto de Nantes. 2 Toulouse e a intolerância religiosa. 3 Na noite do crime. 4 O inquérito. Considerações finais. Referências.

RÉSUMÉ: Jean Calas, formally charged with the crime of parricide, was tried and convicted without evidence. The absence of the materiality of the alleged criminal act was supplied by the magistrates' conviction, coupled with the popular clamor of the masses that occupied the streets, claiming for justice. Based on the analysis of this historical judgment, located in the French courts of the 18th century, the article aims to draw attention to the risks arising from the influence of public opinion on the course of criminal proceedings. Using bibliographic sources, we will demonstrate that intolerance was the guiding thread that guided the procedural rite, leading to the condemnation of an innocent man. In times of judicial activism, we can learn from history, but it is not certain that we will.

KEYWORDS: Public opinion. Criminal proceedings. Jean Calas. Intolerance.

193

INTRODUÇÃO

Voltaire denunciou um caso de injustiça que dizimou uma família e marcou a sociedade francesa, nas últimas décadas do século XVIII. Um caso seminal de julgamento e condenação de um inocente, sob o manto do cumprimento da justiça, motivado pelo fanatismo religioso e pelo clamor das massas que ocupavam as ruas pedindo por “justiça”. Nesse solo de contradições, onde muitas vezes prevalecem o obscurantismo e a superstição, em prejuízo da razão e do bom senso, o “Príncipe das Luzes”¹ lança um forte manifesto em defesa da verdade, da tolerância universal, da liberdade individual e da justiça.

Nas páginas que seguem, faremos a reconstituição do crime, percorreremos seus labirintos e ampliaremos a ótica da reflexão filosófica a respeito da justiça e da tolerância, do sistema judiciário, dos efeitos das leis e da responsabilidade dos juízes, de sorte que, ao término

* Doutor em Filosofia. Professor no curso de Direito do Unicuritiba.

¹ Com o tempo, Voltaire passou a ser chamado de “Príncipe das Luzes”, ou, simplesmente, “Filósofo das Luzes”, uma referência ao Iluminismo.

deste trajeto, o Caso Calas resplandecerá como sinal de alerta para todos os operadores do Direito e promotores da Justiça.

A reivindicação de Voltaire é para que a justiça não seja muda, como é cega; mas que fale a verdade, que julgue e condene com seriedade e imparcialidade. Que a justiça abandone as velhas togas da tradição, formatadas por opiniões distorcidas da realidade, e se revista de coragem para superar toda forma de superstição. Que o operador do Direito não seja um deus, mas um homem que reconhece a alteridade e que compreende que a injustiça praticada contra um só homem é, na verdade, praticada contra toda a humanidade. “Cumpre apenas, portanto, usar nossa razão para discernir os matizes da honestidade e da desonestidade. Bem e mal tantas vezes estão próximos; nossas paixões os confundem: quem nos esclarecerá? Nós mesmos, quando estamos tranquilos.”²

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: O EDITO DE NANTES

A França, especialmente entre os séculos XVI e XVIII, foi marcada por uma assustadora sequência de conflitos armados, em geral, tendo como principal válvula a questão religiosa. Em abril de 1598, o rei Henrique IV, que para ser aceito como rei da França abandonou a fé protestante e converteu-se subitamente ao catolicismo, assina o aguardado Edito de Nantes, pondo fim aos anos de perseguição e aos atos de violência contra os protestantes franceses, principalmente calvinistas³. Contrariando os anseios do alto clero e também de boa parte da nobreza, doravante ficava estabelecido que a confissão católica permanecia como religião oficial do Estado e da monarquia, mas a tolerância de credo estava garantida aos cristãos cismáticos, descendentes da recém religião reformada.

Em um terreno dominado por concepções católicas, tal decreto fora aceito com reservas pelos seguidores da religião predominante, mas, ainda assim, significou um grande avanço no processo de pacificação e fim da guerra civil entre católicos e protestantes, garantindo a todos a liberdade de opinião e de culto.

Um dos episódios mais trágicos deste conflito – entre cristãos católicos e calvinistas – ficou conhecido como Massacre da noite de São Bartolomeu, ocorrido entre os dias 23 e 24 de agosto de 1572, na cidade de Paris. Portanto, vinte e seis anos antes da promulgação do Edito

² VOLTAIRE. *O preço da justiça*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

³ Comumente chamados de Huguenotes.

de Nantes. No dia em que se comemorava a festa do apóstolo Bartolomeu, uma série de ataques comandados pela família real massacraram milhares de calvinistas franceses, primeiro na capital, depois em Lyon, Bordéus, Toulouse e outras importantes cidades do reino. Para se ter uma ideia da dimensão do massacre, registros apontam que “em Orleans foram mortos mil homens, mulheres e crianças; em Rouen, seis mil.”⁴ Não seria imprudente assegurar que essa ocorrência representou o maior e mais cruel atentado religioso do século XVI⁵.

O clima de intolerância religiosa revestiu a atmosfera de Paris, levando muitos huguenotes a acreditar que o catolicismo romano era a religião mais sanguinária e traiçoeira da Europa⁶. Infelizmente, esse não seria o primeiro nem o último ataque massivo aos protestantes da França. Tensões políticas contribuíam para agravar ainda mais os conflitos. Havia rumores de que os huguenotes estavam prestes a dar um golpe de Estado, o que serviu, ao menos inicialmente, de justificativa para legitimar a chacina.

O Editto de Nantes representa a primeira institucionalização política da tolerância religiosa, o que pôs fim aos episódios de barbárie, ainda que a paz não fosse uma conquista que duraria por muito tempo. Menos de um século depois, durante o reinado de Luís XIV, o Editto de Nantes foi revogado e um novo decreto foi promulgado em substituição ao anterior. O Editto de Fontainebleau, assinado pelo monarca, em 1685, reestabelece o fim da tolerância religiosa e determinava medidas restritivas que, na prática, impossibilitavam a permanência de cristãos protestantes no reino da França. Templos públicos foram saqueados e proibidos; outros foram destruídos, escolas calvinistas foram obrigadas a fechar as portas e muitos comércios sofreram boicote. “Os protestantes foram expulsos de seus cargos, profissões e privilégios, e viram-se, assim, privados de ganhar o pão cotidiano. A decisão foi brutalmente levada à risca, de modo que até as parteiras ficaram proibidas de trabalhar.”⁷

O papa Inocêncio XI não aprovou a medida adotada pela coroa, e censurou severamente o rei pela violência desmedida, mas já era tarde demais, o sangue já havia jorrado⁸. As tensões voltaram a se disseminar e os efeitos foram nefastos, inclusive para a monarquia e boa parte da

⁴ FOX, John. *O livro dos mártires*. Tradução de Marta Doreto e Degmar Ribas Júnior. Rio de Janeiro: CPAD, 2001.

⁵ KOENIGSBERGER, H. G; MOSSE, G. L.; BOWLER, G. Q. *Europe in the Sixteenth Century*. Second Edition. New York: The Silver Library, 1989.

⁶ CHADWICK, H; EVANS, G. R. *Atlas of the Christian Church*. London: Cultural Atlas Of, 1987, p. 113.

⁷ FOX, John. *O livro dos mártires*. Tradução de Marta Doreto e Degmar Ribas Júnior. Rio de Janeiro: CPAD, 2001, p. 45-46.

⁸ REARDON, W. J. *The Deaths of the Popes: Comprehensive Accounts, Including Funerals, Burial Places and Epitaphs*. McFarland & Company: North Carolina, 2010.

nobreza. De imediato, milhares de famílias huguenotes decidiram deixar o país, procurando refúgio em lugares mais tolerantes, como a Inglaterra, Holanda, Dinamarca e em outras regiões onde a liberdade de consciência e de culto estavam asseguradas. O êxodo protestante impactou, de forma negativa, a economia da França, como o próprio Voltaire demonstrará mais tarde, em seu *Tratado sobre a Tolerância* (1763).

Ao ascender ao trono, Luís XV, bisneto de Luís XIV, levou adiante as políticas religiosas de seu predecessor, fortalecendo com vitalidade a presença do catolicismo como religião do Estado.

O duque de Bourbon, primeiro-ministro, faz o jovem Luís XV declarar que o designio do rei da França continuava sendo o de extirpar a heresia (1724). As antigas leis voltam a vigor: pena capital para os pastores surpreendidos em seus ministérios; quanto aos protestantes presos em flagrante delito de praticar o culto, galés⁹ perpétuas aos homens, prisão perpétua para as mulheres.¹⁰

Extirpar a heresia, nesses termos, equivale a eliminar o menor vestígio protestante dos círculos de poder, principalmente dos círculos políticos. Edificar uma *France toute catholique*¹¹ era o projeto. Para obter sucesso e evitar quaisquer formas de resistência por parte da comunidade dos huguenotes, foi lhes negado o estado civil, sendo que os nascimentos, casamentos e óbitos celebrados fora da Igreja Católica não eram reconhecidos legalmente pela coroa. Também estavam impedidos de ascender às profissões de maior relevância e prestígio social e, além disso, permanecia proibida a transmissão de herança, uma vez que os filhos de protestantes eram considerados bastardos, portanto, privados do direito sucessório. Não é de se estranhar o fato de que muitos calvinistas que decidiram permanecer na França, passaram a incluir, em seu cotidiano, práticas puramente formais de catolicidade, entre elas, o batismo, o casamento na igreja e o funeral dos entes queridos.¹²

⁹ A pena das galés era a punição na qual os condenados cumpriam pena de trabalhos forçados. Na França, os prisioneiros eram enviados para remar nas grandes embarcações. Eles podiam ser escravos condenados pela Justiça, que trocavam suas penas por trabalhos temporários nas galés, ou voluntários em busca de salário. BRAGA, Paulo Drumond. Os Forçados das Galés: percursos de um grupo marginalizado. In: *Carlos Alberto Ferreira de Almeida In Memoriam*, vol. I. Porto: Universidade do Porto, 1999.

¹⁰ POMEAU, R. Introdução. In: VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. X.

¹¹ França toda católica.

¹² POMEAU, R. Introdução. In: VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. X.

A fórmula que melhor exprime o novo perfil adotado pela França sob a regência de Luís XV é: “*une foi, une loi, un roi*”.¹³ Trata-se da unificação do direito e da religião, ambos dirigidos por um rei forte e soberano e a serviço dos interesses do Estado. Estão lançadas as pilastras que servem de sustento para o tão conturbado absolutismo francês, abalado futuramente pelos ideais da revolução de 1789.

O fato é que todas essas medidas políticas adotadas pela monarquia elevou as tensões entre católicos e protestantes de forma intermitente. Se por um lado, os calvinistas abandonaram suas terras aos milhares, procurando refúgio em países menos despóticos, por outro, líderes católicos – clérigos e até mesmo leigos influentes – contribuíram para aumentar ainda mais a perseguição, pois eram seus interesses que estavam em jogo.

A partir de 1760, uma série de eventos simultâneos reforçam ainda mais o clima de instabilidade e intolerância generalizada em todo o reino. As disputas de poder, a ignorância aliada ao fanatismo religioso, a prevaricação e a falta de cultivo intelectual, foram os ingredientes que somados resultaram na perseguição de centenas de milhares de homens e de mulheres que foram privados de um direito que deveria ser fundamental: a liberdade de consciência.

197

2 TOULOUSE E A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Quase duzentos anos após o Massacre da noite de São Bartolomeu (1572), a história volta-se a repetir, dessa vez direcionada contra uma família que, ao que tudo indica, o único crime tenha sido o de professar a fé protestante em uma região regada pelo fanatismo religioso que fazia muitas vítimas.

Toulouse, cidade francesa que foi palco do suposto parricídio do qual Jean Calas figura como réu, lutou durante muito tempo para conquistar a independência política em relação aos reis que governavam a França. Sendo considerada a mais temível “capital dos cátaros”¹⁴ e núcleo da revolta contra o poder central, a monarquia francesa, aliada aos interesses religiosos e políticos do pontificado de Roma, investiram homens e armas em três longas cruzadas contra

¹³ BACCUET, C. Les sujets hérétiques du Roi-Soleil. *Autres Temps*, v. 6, 1985, pp. 68-77. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/chris_0753-2776_1985_num_6_1_1018>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁴ SCHAUS, Margaret. *Women and Gender in Medieval Europe*: An Encyclopedia. New York: Routledge, 2006.

aquela região, obtendo, no ano de 1229, depois de muitas lutas a ferro e fogo, a rendição dos “criminosos”, indiciados e condenados por heresia.

De acordo com documentos apresentados pelo historiador Jonathan Sumption, na obra *The Albigensian Crusade*¹⁵, o papa Inocêncio III decidiu usar de diplomacia para acabar com o movimento cátaro que se alastrava pelo sul da França e norte da Itália. O Pontífice enviou juristas e pregadores para orientar e converter os infiéis, mas não obteve sucesso, tendo um dos seus delegados assassinado quando retornava para a Cúria Romana. Com o fracasso e consequente extinção da missão diplomática, deu-se início à Cruzada Albigense. Após décadas de combate, destruição sistêmica dos seus textos e morte dos mentores, a seita estava aniquilada. Depois do ano de 1330, praticamente inexitem registros de processos contra cátaros no Tribunal do Santo Ofício¹⁶.

Com a vitória da coalizão católica, o alvo das perseguições muda de direcionamento e, a partir de meados do século XVI, tornam-se os religiosos jansenistas¹⁷, principalmente os huguenotes, protestantes calvinistas que começam a se proliferar com uma rapidez assustadora no sul do reino.

O modelo religioso adotado na França não oferecia muita flexibilidade de interpretação do cristianismo, podendo, no máximo, variar entre uma posição mais ortodoxa, perto daquilo que era incentivado pela Igreja Romana, ou adequar-se a uma proposta mais próxima do molde racionalista, à qual começava a ganhar impulso e adeptos, uma espécie de religião natural. Para Voltaire, diferentemente do que ocorria em Paris, “na província, o fanatismo quase sempre prevalece sobre a razão”¹⁸, e os Calas pagarão um alto preço por essa triste realidade.

3 NA NOITE DO CRIME

Fazia muitos anos que a família Calas residia na casa de número 16 da rua des Filatiers, em Toulouse, na França. Dedicava-se ao trabalho no comércio de tecidos importados da Índia,

¹⁵ SUMPTION, Jonathan. *The Albigensian Crusade*. London: Faber and Faber, 1999.

¹⁶ Mais a respeito em: O'SHEA, Stephen. *The Perfect Heresy: The Revolutionary Life and Death of the Medieval Cathars*. New York: Walker & Company, 2000.

¹⁷ O Jansenismo foi uma doutrina religiosa com caráter dogmático, moral e político, que se desenvolveu entre os séculos XVII e XVIII na França e na Bélgica. MARTINA, Giacomo. *História da Igreja de Lutero a nossos dias II: a Era do Absolutismo*. Tradução Orlando Moreira. Edições Loyola: São Paulo, 2003.

¹⁸ VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

que funcionava no pavimento térreo da casa onde moravam. Era uma das poucas lojas protestantes naquela rua movimentada, estando cercados por mais de uma dezena de ricos comerciantes católicos. Jean Calas, o patriarca de 64 anos, era casado com Anne-Rose Cabibel, nascida na Inglaterra de uma família de protestantes franceses emigrados, com quem teve seis filhos, quatro homens (Marc-Antoine Calas, 28/29 anos; Pierre Calas, 28; Louis Calas, 25; Donato Calas, 22) e duas mulheres (Anne-Rose Calas, 19 anos e Nanette Calas, 18 anos). Com eles, habitava uma velha criada católica, senhora Jeanne Viginère, que há mais de trinta anos atendia à família nos serviços diários¹⁹.

A fim de evitar maiores problemas com as autoridades locais, os Calas, embora calvinistas, com exceção de um filho que havia abjurado a fé reformada e a quem o pai concedia uma pequena pensão mensal²⁰, adequaram sua rotina à dinâmica social e religiosa²¹, conforme era costume na época, levando uma vida marcada pela discrição. O patriarca fez questão de batizar todos os filhos na Igreja Católica, assim como havia sido feito com ele nos tempos de juventude, um rito de catolicidade que poderia ajudar a prevenir incidentes futuros. Além disso, todos os quatro rapazes receberam educação católica tradicional, estudando por muitos anos nos mais prestigiados colégios dos padres jesuítas.

Seguindo o relato do filósofo Voltaire, na noite do ocorrido, em 13 de outubro de 1761, a família recebia para o jantar a visita do jovem estudante de direito, François-Alexandre Gaubert Lavaisse, também calvinista, de apenas 19 anos de idade. Estavam reunidos para a ceia, além do casal de anfitriões, do jovem convidado e da empregada, dois filhos: Marc-Antoine e Pierre Calas. Ao término da refeição, o filho primogênito, Marc-Antoine, decide sair para caminhar sozinho pelas ruas da região – aquele dia não havia sido fácil para ele – enquanto isso, os demais se dirigem para uma conversa descontraída na sala de estar.

Mais tarde, com o relógio passando um pouco das 21 horas, o convidado se despede da família e é acompanhado até a porta pelo amigo Pierre. Ao descerem as escadarias escuras em direção ao portão que dava acesso à rua, são surpreendidos por uma imagem terrível. Encontram

¹⁹ Os protestantes, por declaração real de 11 de janeiro de 1686, só poderiam empregar criados católicos nos serviços domésticos, sob pena de multa para os patrões e para os empregados.

²⁰ Desde a revogação do Editto de Nantes, os filhos de famílias protestantes tinham o direito de abjurar a religião, deixando a casa paterna e recebendo uma pensão dos pais. VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4.

²¹ Jean Calas nasceu no dia 19 de março de 1698, em Lacabrière. Para ser incluído nos registros da igreja, em 23 de março foi batizado pelo pároco católico de seu local de nascimento. POMEAU, R. Introdução. In: VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. X.

o corpo de Marc-Antoine, já sem vida, estendido no chão e com marcas de corda no pescoço. O finado estava vestido com um camisolão, suas roupas se encontravam dobradas sobre uma pequena mesa próxima ao corpo. Os cabelos estavam penteados, não havia outros indícios de violência, a não ser o da corda no pescoço.

Quanto à vítima, ficou provado que se tratava de um “homem dedicado às letras”, culto e amante da boa literatura. Diziam ser um espírito inquieto, sombrio e, não raras vezes, um pouco agressivo. Por ser calvinista e não conseguir obter todos os registros de catolicidade, foi impedido pelas autoridades acadêmicas de seguir os estudos superiores para a magistratura, como desejava. Embora não demonstrasse muita afinidade para o comércio, passava a maior parte dos dias auxiliando o pai na loja de tecidos da família, cuidava do estoque e dos fornecedores. Ao que tudo indica, há algum tempo estava pensando em tirar a própria vida, adquirindo, inclusive, algumas obras técnicas a respeito do tema. No mesmo dia de sua morte, ele havia perdido uma soma significativa de dinheiro no jogo, o que pode ter contribuído para que antecipasse a decisão.

200

A cena de horror provoca o desespero dos pais e da empregada que desde cedo havia ajudado a criar os filhos do casal. Enquanto a mãe procura reanimar de todas as maneiras o corpo desfalecido do filho, Pierre e o amigo correm pelas ruas da vizinhança à procura de auxílio, encontrando um estudante de medicina à disposição para ajudá-los. Ao inspecionar a vítima, o aprendiz constata o óbito inevitável, e também observa a existência de uma marca de corda logo abaixo do queixo, findando atrás das orelhas, diante do que concluiu preliminarmente que Marc-Antoine não havia morrido de causa natural, mas em decorrência de uma lesão provocada por enforcamento ou estrangulamento.

A sorte da família estava lançada, só restava a Pierre Calas procurar pelo assessor dos *capitouls*²², e aguardar pela elucidação do mistério. A essa altura, alertados pelos gritos que emergiam do interior da casa, os vizinhos começavam a afluir ao redor da residência, todos querem tomar conhecimento do que se sucedeu ali. Em meio ao desespero crescente, a criada da família sai na janela aos prantos: “Meu Deus, meu Deus, mataram-no!”. Em pouco tempo uma grande multidão de curiosos acompanhava de perto o trágico desfecho.

Os boatos começam a circular e não demorou muito até que

²² Magistrados Municipais de Toulouse.

algum fanático da população gritou que Jean Calas havia enforcado seu próprio filho Marc-Antoine. Esse grito, repetido, logo tornou-se unânime; outros acrescentaram que o morto pretendia fazer abjuração no dia seguinte; que sua família e o jovem Lavoisier o haviam estrangulado por ódio contra a religião católica. Um momento depois, ninguém duvidava mais; toda a cidade foi persuadida de que é um imperativo religioso entre os protestantes que um pai e uma mãe devem assassinar seu filho tão logo ele queira converter-se.

Uma vez excitados, os espíritos não mais se detêm, imaginou-se que os protestantes de Languedoc haviam se reunido na véspera; que haviam escolhido, em deliberação conjunta, um carrasco da seita; e que a escolha recaía sobre o jovem Lavoisier; que esse jovem, em vinte e quatro horas, recebera a notícia de sua eleição e chegara de Bordéus para ajudar Jean Calas, sua mulher e seu filho Pierre, a estrangularem um amigo, um filho, um irmão.²³

O clima de tensão ganha as ruas e praças da cidade. No imaginário coletivo repousa a certeza de que Jean Calas e sua família eram os verdadeiros culpados pela morte do filho. A massa desprovida de razão clama por justiça e exige uma pena exemplar e à altura do crime cometido. O tribunal popular já está instalado, antes mesmo de a polícia e de as autoridades judiciais chegarem ao local do assassinato.

201

4 O INQUÉRITO

David de Beaudrigue, chefe de polícia e magistrado em Toulouse, encarrega-se do inquérito e inicia imediatamente as primeiras investigações e interrogatórios a fim de solucionar o caso e devolver ao povo a sensação de segurança e justiça. Nessa fase da instrução, que sob a responsabilidade dos *capitouls* era denominada de inquirição, estava vedado o direito de defesa e a audiência pública aos acusados. O processo corre em segredo, à mercê do arbítrio dos magistrados. Nem sequer a presença de um advogado de defesa para acompanhar os trabalhos era garantida pela legislação.

Excitado pelos rumores que circulavam do lado de fora da casa, Beaudrigue ordenou imediatamente a prisão de todos que estavam presentes na residência no momento em que o corpo foi encontrado, inclusive da empregada que era católica devota e, ao que parece, não teria motivos para desejar a morte do jovem rapaz. Movido pela cólera e por testemunhos apaixonados, iniciava-se um processo criminal contrário ao bom senso e às normas jurídicas, cujo desfecho mais provável acarretaria em injustiça.

²³ VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6.

Jean Calas, a esposa, o filho, o amigo e a empregada aguardariam o julgamento em regime fechado, trancados em celas isoladas da Câmara Municipal²⁴. O magistrado considerou suspeita a versão idêntica que foi contada pelos cinco acusados, como se fossem peças de uma narrativa de defesa decorada nos mínimos detalhes e acertada previamente. Sua intuição ganhou o apoio do relatório médico emitido pelos legistas designados pela justiça, Latour, Peyronnet e Lamarque, que realizaram o trabalho de autópsia do corpo. No parecer dos peritos, a análise do estômago do jovem dava prova de que a morte ocorreu poucas horas após o jantar, tendo como causa primária o enforcamento ou o estrangulamento. Em suas palavras: “A la tête, les vaisseaux, engorgés, suite des morts de cette espèce. — La poitrine n’a rien présenté de particulier.— L’estomac n’avait que peu d’aliments; [...]”²⁵.

Também registraram que o corpo estava ileso, o que indica que não houve qualquer reação de defesa por parte da vítima. Por outro lado, o mesmo magistrado que acatou os relatórios médicos, ignorou detalhes substanciais no momento da coleta de provas materiais. Não estranhou o fato de que o corpo da vítima estava isento de qualquer marca de confronto e sem nenhum indício de resistência física; não haviam móveis quebrados ou fora do lugar no local do crime; também não desconfiou do silêncio que pairava sobre a casa dos Calas no momento do martírio. Em se tratando de um assassinato, Marc-Antoine não teria resistido em um combate longo e violento a fim de preservar a sua própria vida? Gritos terríveis não teriam alertado toda a vizinhança ao redor? Como Jean Calas, um homem com idade avançada e com problemas de articulação nas pernas, teria conseguido supliciar um jovem forte de 28 anos? Ao que parece, as investigações foram conduzidas para um fim previsto, e as evidências foram propositalmente ignoradas.

De acordo com os autos, os interrogatórios foram registrados na madrugada do dia 14 de outubro de 1761. No primeiro momento nenhum dos envolvidos falou em suicídio, essa tese certamente foi escondida por receio da legislação vigente que previa ao suicida condenado o escárnio público, tendo seu corpo nu exposto e arrastado numa grade de madeira pelas ruas da

²⁴ “Deve-se conceder ao acusado um conselheiro, um advogado? Atirar um homem numa masmorra, deixá-lo ali sozinho, presa do pavor e do desespero, interrogá-lo só quando sua memória já estiver destruída pelas angústias do medo e da perturbação do corpo, não será isso atirar um viajante numa caverna de ladrões para ser assassinado? Esse é o método da Inquisição. Só essa palavra já causa horror.” VOLTAIRE. *O preço da justiça*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 95, grifo do autor.

²⁵ “Na cabeça os vasos estavam engrossados, comum após a morte desta espécie. — O peito não apresentava nada particular. — O estômago tinha apenas poucos alimentos; [...]” SALVAN, L’Abbé. *Histoire du Procès de Jean Calas*. Toulouse: Librairie de Delboy, 1863, p. 80, tradução própria.

cidade em meio a insultos e pedras lançadas pela população. Quanto à família do suicida era reservada a desonra moral, arcando com as consequências decorrentes do estigma social. Ainda assim, no dia seguinte, temendo os rumos que as coisas estavam tomando, os acusados falaram pela primeira vez em suicídio, sendo censurados de imediato pelo magistrado David.

Ao que tudo indica, Jean Calas temeu a opinião pública e o rigor da legislação, por isso optou por esconder das autoridades o suicídio do filho, manipulando o local do crime para parecer que o jovem havia morrido de forma natural, o que foi rapidamente desmentido pelo estudante de medicina que inspecionou o cadáver. Em meio ao desespero, o pai mudou de versão, sugerindo que o filho teria sido vítima de um criminoso que invadiu sua casa e o estrangulou violentamente até a morte, não deixando rastros de seu paradeiro. Quando percebeu que nenhuma das explicações correspondiam com o disposto na cena do ocorrido, decidiu falar a verdade, relatando o momento em que encontrou o filho com a corda no pescoço, já sem vida, vitimado por suas próprias mãos.

O doutor Carrière, advogado que ajudou na defesa da família Calas, é o primeiro a sugerir aos Calas que digam a verdade sobre o suicídio. Ele redige três cartas, uma para Jean, outra para Pierre e a última para Lavaisse, pedindo que não escondam nada a respeito da veracidade dos fatos, e que apresentem a mesma versão para evitar margem para questionamentos da acusação. Dessas cartas, apenas uma chega até as mãos do destinatário:

Não esqueça, senhor, o que lhe disse ontem para relatar, em que estado encontrou o seu irmão quando acompanhava Gaubert Lavaysse ao entrar na loja, e sobretudo porque o não disse quando do primeiro interrogatório, porque me disse que o seu pai lhe recomendara que dissesse que encontrara o corpo estendido no chão, com receio de ser arrastado pela lama. Foi por este motivo que fez tal declaração no primeiro interrogatório; é preciso exprimir este motivo, quando for interrogado, e acrescentar que recomendou a Gaubert Lavaysse que dissesse a mesma coisa, seguindo o conselho que o senhor seu pai tinha lhe dado. Não se esqueça de dizer que nesse instante saiu da loja para chamar o seu pai, gritando: Ah! Meu pai, meu pai, meu Deus, meu Deus! E que no instante em que o seu pai desceu, ao encontrar o seu irmão naquele estado, o retirou daquela posição, cortou a corda e lançou-a para qualquer sítio, de que já não se lembra. Explicará como a corda estava suspensa na vara e indicará o local em que colocou a vara, que me disse estar atrás da porta da loja, à esquerda [...]. É inútil assinar esta carta porque se lembrará que ontem lhe falei, durante o seu jantar.²⁶

O *capitoul* Beaudrigue interceptou as demais correspondências, o que serviu para aumentar a sua desconfiança contra a família inteira. Além disso, constatou que a versão de suicídio não correspondia com a disposição física do mobiliário da sala comercial. Marc-

²⁶ BERTIN, Claude. *Os grandes julgamentos da história*. São Paulo: Otto Pierre Editores, s.d., p. 216-217.

Antoine era alto demais para se enforcar em uma porta do armazém, as medidas corroboravam isso. Ademais, o magistrado não encontrou nenhuma cadeira que pudesse servir de suporte e facilitar o atentado. Nem mesmo a vara que teria servido para amarrar a corda pôde ser localizada. Descartando a possibilidade de enforcamento, restava a única alternativa plausível: o estrangulamento criminoso, executado por mãos de terceiros, possivelmente pessoas próximas à vítima. A linha de argumentação utilizada pela acusação seguiu essa tese.

Em Toulouse, havia quatro confrarias de penitentes: a azul, a branca, a cinza e a negra²⁷. Os membros que integravam o grupo religioso dos penitentes brancos reforçaram a ideia de que Marc-Antoine Calas teria sido vitimado pela intolerância religiosa que reinava dentro de sua própria família, uma vez que estava prestes a abjurar a heresia calvinista e abraçar a fé católica. De súbito, o jovem foi aclamado mártir, recebendo um velório digno dos grandes heróis da fé, sendo inumado com honras religiosas por parte dos penitentes brancos, e tendo a companhia de uma grande multidão que rezava e pedia justiça:

Todo o mundo o via como um santo; alguns o invocavam, outros iam rezar junto ao seu túmulo, outros pediam-lhe milagres, outros relatavam os que havia feito. Um monge arrancou-lhe alguns dentes para ter-lhe relíquias duráveis. Uma devota, um pouco surda, disse que escutara o som dos sinos. Um padre apoplético foi curado após tomar o vomitório. Prepararam-se relatórios sobre esses prodígios. O autor do presente relato possui um testemunho de que um jovem de Toulouse ficou louco por ter rezado várias noites junto ao túmulo do novo santo e não ter podido obter um milagre que implorava.²⁸

O fanatismo religioso toma parte no processo contra a família Calas. Aliado a isso, a pressão popular esperava por uma condenação à altura do truculento crime cometido. Alguns magistrados que julgariam o processo eram membros oficiais da confraria dos penitentes brancos, mas em momento algum sentiram-se impedidos de julgar o caso. Sem poder contar com o bom senso dos magistrados, o destino de Jean Calas e de sua família já estava selado, uma vez que a ausência de provas fora facilmente suprida pelas vozes do público em geral.

Na segunda fase da instrução, conforme previsto no ordenamento jurídico do antigo regime, foi lançado um apelo público, também denominado de monitoria, lido em todas as paróquias e espaços públicos da região, solicitando testemunhas que pudessem contribuir de

²⁷ As Confrarias remontam à Europa Medieval. São associações religiosas compostas por leigos e ligadas ao catolicismo tradicional. Em geral, se reúnem para realizar missões, obras de caridade e promover o culto a um santo de devoção. BERTIN, Claude. *Os grandes julgamentos da história*. São Paulo: Otto Pierre Ed., p. 196-197.

²⁸ VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 56.

alguma forma com o reestabelecimento da justiça e o devido esclarecimento do caso. As pessoas que tivessem informações a respeito do ocorrido deveriam se apresentar diante dos sacerdotes e oficializar seus depoimentos, sob pena de excomunhão, caso não o fizesse.

No primeiro artigo do texto do edital constava os seguintes termos:

1° Contre tous ceux qui sauront, par ouï dire ou autrement, que le sieur Marc-Antoine Calas aîné avait renoncé à la religion prétendue Réformée dans laquelle il avait reçu l'éducation; qu'il assistait aux cérémonies de l'Eglise catholique et romaine; qu'il se présentait au sacrement de Pénitence, et qu'il devait faire abjuration publique après le 13 du present mois d'octobre; et contre tous ceux auxquels Marc-Antoine Calas avait découvert sa résolution;²⁹

Ainda que sem o consentimento dos bispos, os quais se recusaram a assinar o termo da Monitoria³⁰, o edital foi fixado e lido em todas as celebrações litúrgicas das paróquias da cidade. Sem nenhum critério de seleção, subitamente foram coletos depoimentos de cento e três testemunhas, embora muitas outras estavam dispostas a dar sua contribuição à justiça, caso fosse necessário. Como é possível constatar, o texto do edital não menciona em momento algum a possibilidade do suicídio, mas parece endossar a tese do parricídio motivado pela – possível – abjuração do jovem, a qual, de fato, nunca ocorreu.

Em 18 de novembro de 1761, passados trinta e três dias desde o início das investigações, os magistrados municipais condenaram os Calas a sofrerem tortura ordinária e extraordinária. O jovem Lavaisse e a criada deveriam ser apresentados posteriormente perante o tribunal, mas foram convocados a assistir a tortura. A estratégia adotada pelo capitólio consistia em obter a confissão de culpa dos acusados por meio da tortura. Tão logo a sentença tenha sido proferida, a família Calas recorre da decisão ao Parlamento de Toulouse, instância absoluta da justiça do Estado.

Ao tomar ciência das sutilezas do caso, os conselheiros do Parlamento decidem por anular a sentença da jurisdição inferior, emitida pelos *capitouls*, e revisar atentamente as

²⁹ “1° Contra todos que tenham ouvido dizer, ou o saibam de qualquer outro modo, que Marc-Antoine Calas, filho mais velho, tinha renunciado à religião pretensamente reformada na qual fora educado; que assistia às cerimônias da Igreja Católica e romana; que se apresentava ao sacramento da penitência e que devia fazer abjuração pública depois do dia 13 do presente mês de outubro e contra todos aqueles a quem Marc-Antoine Calas revelara a sua resolução; (...)” SALVAN, L'Abbé. *Histoire du Procès de Jean Calas*. Toulouse: Librairie de Delboy, 1863, p. 93-94, tradução nossa.

³⁰ Os bispos criticavam o uso da Monitoria por parte dos tribunais civis, uma vez que era costume dos tribunais eclesiásticos fazer uso desse recurso.

numerosas páginas processuais. Terminada a instrução, o senhor Cassan-Clairac foi nomeado conselheiro-relator, enquanto que treze juízes se reuniam diariamente para concluir o processo.

Seis juízes persistiram por muito tempo em condenar Jean Calas, seu filho e Lavaisse ao suplício na roda, e a mulher de Jean Calas à fogueira. Sete outros, mais moderados, queriam ao menos que se averiguasse. Os debates foram reiterados e longos. Um dos juízes, convencido da inocência dos acusados, e da impossibilidade do crime, falou vivamente em favor deles; opôs o zelo da humanidade ao zelo da severidade; tornou-se o defensor público dos Calas em todas as casas de Toulouse, onde os clamores contínuos da religião equivocada exigiam o sangue desses infortunados. Um outro juiz, conhecido por sua violência, falava na cidade com tanta exaltação contra os Calas quanto o primeiro se empenhava em defendê-los. Enfim, a grita foi tão grande que ambos foram obrigados a julgar-se incompetentes, retirando-se do caso. Mas, por estranha infelicidade, o juiz favorável aos Calas teve a delicadeza de persistir em seu afastamento, enquanto que o outro voltou para dar seu voto contra aqueles que não devia julgar: esse voto é o que determinou a condenação ao suplício na roda [...].³¹

Enquanto os juízes divergiam em suas opiniões, os advogados de defesa trabalhavam em favor da inocência da família. Como era costume no sistema jurídico da época, os advogados deveriam apresentar a defesa por escrito, pois não tinham acesso à sala de audiências durante o julgamento. Théodore Sudre, um dos defensores dos Calas, em uma argumentação modesta, porém astuta, redige a defesa alegando que não há provas suficientes que comprovem a tese do suicídio, o que poderia inocentar a família Calas, mas, de igual maneira, também afirma que não existem provas de que Marc-Antoine não poderia ter se enforcado. Diante do impasse, Sudre pede ao Tribunal a absolvição dos réus por falta de provas materiais.

Tendo analisado o caso, em fevereiro do ano seguinte, o conselheiro-relator emite parecer favorável à culpabilidade dos Calas. Seguindo esse mesmo entendimento, o procurador geral Riquet de Bonrepos, apresenta o requerimento pedindo a pena de morte para os três Calas, sendo a mulher enforcada e o pai e o filho despedaçados vivos. O processo contra a criada e o amigo da família seria prorrogado por mais algum tempo³². Cinco meses após o ocorrido, em 9 de março de 1762, embora nem todos os parlamentares do tribunal criminal estivessem cegos pelo fanatismo religioso, pela maioria de oito votos de treze, o processo de Jean Calas foi desmembrado dos demais acusados e ele foi considerado culpado de crime de homicídio, sendo

³¹ VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 8.

³² BAYER, Diego; AQUINO, Bel. Família Calas: culpados ou inocentes por intermédio de Voltaire? *Justificando*, São Paulo, 14 jan. de 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/01/14/familia-calas-culpados-ou-inocentes-por-intermedio-de-voltaire/>>. Acesso em: 06 de jan. 2018.

condenado ao suplício da roda. A essa decisão do tribunal não cabe recurso, devendo ser cumprida imediatamente.

Nem mesmo a pequena margem de diferença entre votos contrários e favoráveis à condenação foi suficiente para despertar um sentimento de prudência no íntimo dos juízes. Um exemplo a ser seguido eram os tribunais da antiga Grécia, onde eram necessários cinquenta votos além da metade para ousar pronunciar a pena capital contra um réu. Jean Calas não teve tal sorte. A maioria dos magistrados estavam convictos de que o melhor era resolver o quanto antes a questão, acalmando os ânimos inflados da opinião pública.

Era consenso entre os juízes favoráveis ao suplício de Jean Calas, que o velho homem não suportaria os tormentos da tortura e confessaria o crime em detalhes, o que legitimaria a sentença de morte e tornaria mais fácil a condenação dos demais envolvidos. Desse ponto em diante, conforme costume do antigo regime, o réu condenado deveria ser devolvido para os juízes de primeira instância, para que cumprissem a sentença, encerrando o processo no tribunal de origem.

No amanhecer do dia seguinte, 9 de março de 1762, o comerciante é torturado e executado em plena praça Saint-Georges de Toulouse, e, para surpresa de todos, sustentou com impressionante coragem a sua inocência até o último momento, clamando a Deus como testemunha e negando que tivesse cometido qualquer ilícito contra seu filho, a quem muito amava. Até mesmo um cura católico que acompanhava de perto o sofrimento daquele pobre homem atestou a firmeza de espírito de Jean Calas³³. Ainda com vida, após um tormento de duas horas na roda, tendo seus braços e pernas quebrados por uma barra de ferro, foi estrangulado e seu corpo jogado em uma fogueira ardente.

Diante do silêncio e da constrangedora ausência de confissão, os juízes não ousaram condenar os outros quatro acusados à pena de morte, o que seria esperado, já que, em princípio, todos haviam incorrido no mesmo crime. Pode ser que tenham tomado consciência do infortúnio gerado para uma família inofensiva; ou simplesmente temeram por suas reputações, evitando mal maior.

³³ “Existiam, no antigo processo penal francês, duas torturas. Antes do julgamento, era chamada preparatória ou purgativa. Consideravam-na um simples meio de informação e não uma desonra ou um castigo. Nesse caso, o acusado confessa, é condenado. Não confessa, não se pode condená-lo. No caso de Calas, trata-se da tortura definitiva. Isto é: já está condenado à morte e o juiz espera a sua confissão ou a denúncia dos cúmplices. Para a tortura preparatória, os juízes podem contentar-se com a tortura ordinária. Na tortura definitiva, antes da morte, tal como Calas suportou, a tortura comportava necessariamente a tortura ordinária e a extraordinária [...]” BERTIN, Claude. *Os grandes julgamentos da história*. São Paulo: Otto Pierre Editores, s.d., p. 268-269.

Contra o jovem Pierre Calas foi pronunciada uma inusitada sentença de banimento: “Esse banimento parecia tão inconsequente, tão absurdo quanto o resto, pois Pierre Calas era ou culpado ou inocente do parricídio; se fosse culpado, devia ser submetido ao parricídio como seu pai; se fosse inocente, não tinha cabimento bani-lo.”³⁴

O conflito está posto: por que não o supliciar, se é culpado do crime de parricídio? E, por que exilá-lo, se é inocente? Diante do paradoxo sem solução, apresenta-se o inevitável dilema jurídico: a injusta condenação de um inocente não seria mais prejudicial e menos preferível do que a injusta absolvição de um réu culpado? Banir Pierre foi o mesmo que reconhecer, ainda que implicitamente, o engano cometido pelo judiciário, ainda que nada fosse feito para repará-lo de alguma forma. Quanto aos outros acusados, a mãe, a empregada e o amigo que visitava a família, foram postos para “fora do tribunal”, uma forma de absolvição nada convencional.

Como se não bastassem as injustiças provenientes daquele tribunal, a pedido do procurador-geral do rei, a senhora Anne-Rose Cabibel, viúva de Jean Calas, teve suas duas filhas arrancadas de seu seio e trancafiadas em um remoto convento católico. A pobre mulher que quase foi regada com o sangue de seu marido, “tendo amparado nos braços seu filho primogênito morto, vendo o outro banido, privada de suas filhas, despojada de todos os seus bens, estava só no mundo, sem pão, sem esperança e sucumbindo ao peso de sua infelicidade.”³⁵

Esse foi o trágico fim da família Calas, que padeceu sob a intolerância religiosa e o gládio vicioso do sistema de justiça francês. Esse processo figura entre os casos mais paradigmáticos da história universal, equiparando-se a grandes julgamentos, como o de Sócrates, de Jesus Cristo e tantos outros.

Na análise desenvolvida por Voltaire,

o assassinio de Calas [...] é um dos mais singulares acontecimentos que merecem a atenção de nossa época e da posteridade. Esquece-se facilmente a quantidade de mortos em batalhas sem conta, não somente por tratar-se da fatalidade da guerra, mas porque os que morrem pela sorte das armas podiam também dar a morte a seus inimigos, e não morreram sem se defender. La onde o perigo e a vantagem são iguais, o espanto cessa, e a própria piedade diminui; mas, se um pai de família inocente é entregue às mãos do erro, da paixão, ou do fanatismo; se o acusado só tem como defesa a sua virtude; se os árbitros de sua vida, ao decapitarem-no, apenas correm o risco de se enganar; se podem matar impunemente através de uma sentença, então o

³⁴ VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10.

³⁵ VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11.

clamor público se levanta, cada um teme por si próprio, percebe-se que ninguém está seguro de sua vida diante de um tribunal erigido para zelar pela vida dos cidadãos, e todas as vozes se juntam para pedir vingança.³⁶

Quando o acesso à Justiça é negado, pelos motivos mais variados, a sensação de insegurança se instala rapidamente, colocando em risco a ordem social. Quando o Judiciário promove a injustiça, por interesses escusos ou por pura negligência, o elo de confiança com a sociedade é rompido, acarretando a descrença nas Instituições do Estado. Cria-se um estado de exceção, no qual cada cidadão é por si, sentindo-se desamparado diante das leis; muitas vezes busca justiça com as próprias mãos, gerando um comportamento anômico que, não demora muito, transforma-se em uma patologia social. É a dinâmica do medo em execução, a qual se insurge contra tudo o que é diferente e representa uma ameaça em potencial. Quando a coleta de provas é fraudada por vagas e extraviadas suposições; quando o direito à ampla defesa é negligenciado; quando as testemunhas são acuadas e o segredo se torna a palavra de ordem; quando a sentença é prévia e a opinião pública é decisiva, a única alternativa que resta é apelar ao tribunal da razão, rogar ao bom senso em favor de uma ética humanista, verdadeiramente condescendente, como fez Voltaire, em plena Europa das luzes.

209

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sentença que condenou Jean Calas consta o seguinte:

“O tribunal, decidindo o despacho interlocutório da sua precedente sentença de 5 de dezembro último, declara Jean Calas pai, atingido e acusado de crime de homicídio por ele cometido na pessoa de Marc-Antoine Calas, seu filho mais velho, para reparação do qual o condena a ser entregue nas mãos do executor da Alta Justiça, que o colocará, de cabeça descoberta, descalço, sem camisa, com a corda ao pescoço, sobre a carroça a isso destinada e o conduzirá até a porta principal da igreja de Toulouse, onde o réu de joelhos, segurando nas mãos, aceso, um brandão de cera amarela, com o peso de duas libras, fará uma confissão pública e pedirá perdão a Deus, ao Rei e a Justiça dos seus crimes e maus atos.

Feito isso, voltará a subir à dita carroça para ser conduzido até a Praça Saint-Georges, desta cidade, onde sobre um cadafalso que ali será erguido para esse efeito, o executor lhe quebrará os braços, pernas, coxas e rins. Seguidamente, deitá-lo-á sobre uma roda voltada para o céu, para ali viver na dor e arrependimento de seus crimes e maus atos e servir de exemplo por quanto tempo a Deus aprouver dar-lhe vida, e seu corpo morto será lançado numa fogueira ardente preparada para esse efeito na praça, a fim de ser

³⁶ VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3.

consumido pelas chamas e seguidamente as cinzas lançadas ao vento (...) O dito Calas pai será estrangulado depois de ter ficado duas horas sobre a roda”³⁷.

Dúvidas permanecem e nunca serão devidamente respondidas. Teria o jovem Marc-Antoine cometido suicídio em plena juventude? Seria Jean Calas um pai sem coração e capaz de assassinar seu próprio filho? Foi um crime premeditado e que teve motivação religiosa? Existe algum personagem oculto nessa história toda? Nunca o saberemos, apesar dos indícios levarem a crer que tudo não tenha passado de um lamentável caso de suicídio. O fato, e nisso não podemos nos enganar, é que houve um erro judiciário, uma vez que a decisão do tribunal de justiça de Toulouse foi determinada por elementos externos ao processo, ocultos em meio ao nevoeiro da permissiva intolerância religiosa. O julgamento nunca se deu pela lente jurídica; em momento algum o tribunal se prendeu aos fatos e às regras processuais, mas tão somente aos testemunhos apaixonados de um povo marcadamente supersticioso.

A condenação de Jean Calas foi decretada pelas ruas. Seu veredito foi fixado *a priori*, independente das provas coletadas na cena do crime. A opinião pública conduziu o processo penal e determinou seu desfecho, o tribunal apenas legitimou a vontade popular. Em tempos de ativismo judicial, podemos aprender com a história, mas não é certo que o faremos.

210

REFERÊNCIAS

BACCUET, C. Les sujets hérétiques du Roi-Soleil. *Autres Temps*, v. 6, 1985, pp. 68-77. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/chris_0753-2776_1985_num_6_1_1018>. Acesso em: 10 de jan. de 2018.

BAYER, Diego; AQUINO, Bel. Família Calas: culpados ou inocentes por intermédio de Voltaire? *Justificando/Carta Capital*, São Paulo, 14 jan. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/01/14/familia-calas-culpados-ou-inocentes-por-intermedio-de-voltaire/>>. Acesso em: 06 de jan. 2018.

BERTIN, Claude. *Os grandes julgamentos da história*. São Paulo: Otto Pierre Editores, s.d.

CHADWICK, H; EVANS, G. R. *Atlas of the Christian Church*. London: Cultural Atlas Of, 1987.

FOX, John. *O livro dos mártires*. Tradução de Marta Doreto e Degmar Ribas Júnior. Rio de Janeiro: CPAD, 2001.

³⁷ Sentença de Jean Calas, adaptado de: ALLIER, R. Voltaire et Calas: Une erreur judiciaire au XVIIIe siècle. Paris: P.-V. Stock, 1898.

- KERRIGAN, Michael. *The Instruments of Torture*. Guilford, Connecticut: Lyons Press, 2007.
- KOENIGSBERGER, H. G; MOSSE, G. L; BOWLER, G. Q. *Europe in the Sixteenth Century*. Second Edition. New York: The Silver Library, 1989.
- MARTINA, Giacomo. *História da Igreja de Lutero a nossos dias II: a Era do Absolutismo*. Tradução Orlando Moreira. Edições Loyola: São Paulo, 2003.
- O'SHEA, Stephen. *The Perfect Heresy: The Revolutionary Life and Death of the Medieval Cathars*. New York: Walker & Company, 2000.
- POMEAU, R. Introdução. In: VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SALVAN, L'Abbé. *Histoire du Procès de Jean Calas*. Toulouse, Librairie de Delboy, 1863.
- SCHAUS, Margaret. *Women and Gender in Medieval Europe: An Encyclopedia*. New York: Routledge, 2006.
- SUMPTION, Jonathan. *The Albigensian Crusade*. London: Faber and Faber, 1999.
- VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VOLTAIRE. *O preço da justiça*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



O QUE ACONTECEU COM PONTES DE MIRANDA? IMPLICAÇÕES DA DOCTRINA DO JURISTA E FILÓSOFO BRASILEIRO NA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA DO SÉCULO XX

WHAT HAPPENED TO PONTES DE MIRANDA? IMPLICATIONS OF THE DOCTRINE OF THE BRAZILIAN JURIST AND PHILOSOPHER IN THE BRAZILIAN LEGAL DOGMATIC OF THE TWENTIETH CENTURY

Juliano Heinen*

RESUMO: O presente trabalho procura estudar, de modo analítico e fenomenológico, as implicações da doutrina do jurista e filósofo brasileiro Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. Para tanto, analisar-se-á a importância do autor no contexto da dogmática jurídica brasileira. Destaca-se, neste aspecto, o impacto do método por ele empregado em muitas de suas obras (especialmente aquelas de cunho dogmático), a magnitude e a percepção do autor em termos teórico-dogmáticos quanto a sua produção bibliográfica antes e depois da publicação do Tratado de Direito Privado. Por fim, será exposto analiticamente como a obra de Pontes de Miranda foi encarada no cenário jurídico nacional nos anos setenta em diante do século XX, especialmente a partir de seu falecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Pontes de Miranda. Sistema Jurídico Brasileiro. Biografia.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Considerações iniciais sobre a vida de Pontes de Miranda. 2 A obra de Pontes de Miranda na primeira metade do Século XX – ênfase à perspectiva produção bibliográfica de cunho sociológico e propedêutico – “primeira fase”. 3 O impacto das obras de Pontes de Miranda a partir da segunda metade do século XX – “segunda fase”. 4 Para depois de Pontes de Miranda. 5 Influência e recepção da obra de Pontes de Miranda no direito contemporâneo. Considerações finais. Referências.

ABSTRACT: The present work seeks to study, in an analytical and phenomenological way, the implications of the doctrine of Brazilian jurist and philosopher Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. Therefore, the importance of the author in the Brazilian dogmatic legal context will be analyzed. In this regard, the impact of the method he employs in many of his works (especially those of a dogmatic type), the magnitude and the author's perception in theoretical-dogmatic terms as to his bibliographic production before and after the publication of the *Tratado de Direito Privado*. Finally, it will be exposed analytically, how the work of Pontes de Miranda was seen in the national legal scene in the seventies and in the XX century, especially since his death.

KEYWORDS: Pontes de Miranda. Brazilian Legal System. Biography.

213

INTRODUÇÃO

Analisar todos os aspectos da vida de um autor não é tarefa fácil, especialmente quando se está a tratar de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979). Além de se ter inúmeros aspectos a evidenciar, como contexto social, cultural, fatos históricos marcantes etc., muito corriqueiramente reclama-se tratar das implicações dos feitos da biografia do personagem.

* Doutor em Direito (UFRGS). Professor de graduação e de Pós-Graduação em Direito (Fundação Escola Superior do Ministério Público). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal ESMAFE, da Escola da Magistratura Estadual (AJURIS) e da Escola Superior de Advocacia Pública. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mail: julianoheinen@hotmail.com

Não se pretende, aqui, fazer este tipo de análise – que não deixaria de ser extremamente instigante. Pretende-se focar a exposição em determinados aspectos da produção bibliográfica de Pontes de Miranda, especialmente em dois vieses: método de abordagem e impacto na dogmática jurídica nacional. Para tanto, fez-se dois recortes: um temporal, e outro de conteúdo doutrinário. No primeiro aspecto, dividiu-se a análise da obra do autor até a metade do século XX, por conta do tipo de produção bibliográfica enfatizada por Pontes de Miranda, para, então, implementar uma análise de aspectos essenciais da obra do autor a partir de então, tendo em vista também o tipo de abordagem enfatizada nas suas publicações, notadamente aquelas mais dogmáticas, do que propedêuticas.

Por fim, pretende-se expor, analiticamente, como o cenário jurídico nacional encarou a obra do autor, a partir da década de setenta em diante do século XX, destacando-se que Pontes de Miranda vem a falecer ainda em 1979. Deve-se deixar claro que esta parte da exposição, em certa medida, apoia-se na percepção subjetiva do autor deste trabalho, mas sempre adstrita a fontes históricas confiáveis.

Em verdade, então, o trabalho centra-se em responder aos seguintes questionamentos: pode ser percebida uma ruptura no modelo teórico-dogmático da obra de Pontes de Miranda? E, em caso positivo, em que aspectos isto se deu? E, em momento posterior, pensa-se em expor analiticamente como a obra de Pontes de Miranda foi pautada pela dogmática brasileira após o seu falecimento, que ocorreu em 1979. Para tanto, empregar-se-á o método de abordagem dedutivo, e o método de procedimento expositivo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A VIDA DE PONTES DE MIRANDA

Na história do Brasil, nenhum jurista¹ produziu tanto em termos bibliográficos². Foram publicados em torno de trezentos e dezoito trabalhos no Brasil e no exterior³, em praticamente

¹ Não que o autor não tenha desempenhado outras funções ou atuado em outros campos da ciência. Foi ele também advogado, professor universitário, diplomata, ensaísta, poeta, matemático, sociólogo, filósofo e magistrado.

² Sua carreira de escritor inicia cedo, ainda no primeiro ano de faculdade, quando já tinha escrito um livro intitulado “À Margem do Direito”. Depois de se formar, em 1911, já publica outro livro denominado “Ensaio de Psicologia Jurídica”.

³ V.g. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil*. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Boston: Brill, v. 39, 1932; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Epikure Der Weisheit*. Munch: Verlag, 1977. Sobre a obra de Pontes de Miranda no exterior, consultar: NUNES, Dierle; ARAÚJO, Carlos Eduardo. Pontes de Miranda: a Grandeza de uma Mente Enciclopédica. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P.

seiscentos e setenta e seis publicações, algumas traduzidas para cinco idiomas⁴. Todas elas possuem uma característica marcante: foram escritas com extremo rigor científico, demonstrando ser esta conduta uma “obsessão” do autor⁵. Além disto, destaca-se na produção científica do jurista sua vocação em escrever obras exaurientes de cada assunto, ou melhor, que abordavam com profundidade e com extensão máxima cada tema pesquisado. Não é à toa que publicou pelo menos oito “tratados”⁶, modelo bibliográfico vocacionado a expor os temas pesquisados com completude.

Além disso, é notória sua vocação em tratar de assuntos diversos, que não se resumem ao direito⁷ – muito embora seu volume de publicações se concentre nesta área da ciência. Aliás, no campo jurídico, merece relevo o fato de Pontes de Miranda ter transitado por searas tão diversas, que vão da dogmática⁸ à propedêutica⁹, ou que abordam o direito privado, o direito público¹⁰ e mesmo o direito criminal¹¹.

O pensamento de Pontes de Miranda é nitidamente influenciado pelo positivismo de Augusto Comte – o que era natural, dado que, à época, suas ideias eram correntes na *Escola de Recife*¹². Contudo, o autor brasileiro assimila estas ideias, mas deixa de lado o radicalismo, já que pensa o processo social de modo evolutivo, e não de modo disruptivo ou abrupto¹³.

215

Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 74-75.

⁴ Cf. <http://www.worldcat.org/identities/lccn-n81017752/>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

⁵ Essa afirmação pode ser demonstrada a partir de um dado singelo – e tantos outros poderiam ser aqui vertidos –, cada um de todos os sessenta volumes do *Tratado de Direito Privado* (quicá a obra mais densa e conhecida de Pontes de Miranda) possui em torno de quinhentos autores pesquisados. E isto se mantém a cada tomo. Daí este “rigor” ser uma constante.

⁶ Confira: *Tratado das ações*; *Tratado de ação rescisória*; *Tratado de ação rescisória das sentenças e de outras decisões*; *Tratado de direito cambiário*; *Tratado de direito de família*; *Tratado de direito internacional privado*; *Tratado de direito predial*; *Tratado de direito privado*; *Tratado dos testamentos*.

⁷ V.g. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do direito – Ensaio de psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Bookseller, 2002.

⁸ Por todos, é claro: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 1 a 60, 1955.

⁹ V.g. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, v. 1 a 4, 2000.

¹⁰ Destacam-se, aqui, os inúmeros comentários feitos às constituições brasileiras (v.g. republicana de 1891, de 1937, de 1946 etc.).

¹¹ V.g. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas-corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

¹² Século XIX. Hoje faz parte da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

¹³ SILVA, Adelmo José da. O pensamento jurídico de Pontes de Miranda. *Revista Estudos Filosóficos*. Universidade Federal São João del Rei, nº 14, 2015, p. 61.

De outro lado, o autor alagoano (ou carioca) sempre considerou essencial perceber suas obras a partir de uma *necessidade* – talvez influenciado pelos seus graduados estudos de filosofia grega. A necessidade, então, era, para Pontes de Miranda, a causa das coisas.

2 A OBRA DE PONTES DE MIRANDA NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX – ÊNFASE NA PERSPECTIVA PRODUÇÃO BIBLIOGRÁFICA DE CUNHO SOCIOLÓGICO E PROPEDÊUTICO – “PRIMEIRA FASE”

Pontes de Miranda se recusa a posturas unilaterais e a visão única. Por isto que enfatiza o método. Fica muito claro nas obras publicadas na primeira metade do Século XX que o conceito de direito, para o autor, procurava superar o normativismo dogmático. Ao que parece, estava comprometido com o “direito vivo”. Então, sua postura epistemológica estava coligada com a relatividade do conhecimento. De modo que nenhuma fonte jurídica era considerada absoluta. Sendo assim, a investigação científica das relações sociais residiria no problema do conhecimento, mais especificamente na relação entre o sujeito e o objeto.

216

Para Pontes de Miranda, as normas jurídicas partem da vida e a ela retornam. Assim, nesta, por assim dizer, “primeira fase” da produção bibliográfica do autor, há a defesa da relativização do legalismo, o qual daria cabo de prejudicar a própria realidade social. Então, o direito seria revelado espontaneamente pelas relações sociais¹⁴. E ao cientista caberia perceber este fenômeno jurídico-social por meio da análise dos fatos sociais, mais especificamente, por meio da observação, comparação, experimentação etc.

Nessa “primeira fase”, há uma premissa epistemológica central na obra de Pontes de Miranda, e que “contamina” em muito seu pensamento – o que, ainda que seja uma ótica particular – não se percebe com maior intensidade na “segunda fase” da obra do autor: há uma defesa pela unidade das ciências. Pontes de Miranda “convoca” todas as ciências a dialogar, porque considera o fenômeno jurídico complexo. Aliás, esta ideia é coerente com a premissa (também defendida por Pontes), no sentido de que há a impossibilidade de ter um único ângulo, uma visão unilateral quanto à interpretação.

¹⁴ E esta perspectiva se modifica com bastante intensidade nas obras publicadas na segunda metade do Século XX, até o seu falecimento em 1979. Em outros termos, nesta dita “segunda fase”, o estudo dogmático do fenômeno jurídico tem por objeto central o direito positivo posto, para quiçá passar à análise do fenômeno social. E isso já era notado prematuramente na obra *À Margem do Direito*, lançada em 1912 (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do direito* – Ensaio de psicologia jurídica. Rio de Janeiro: Bookseller, 2002).

Logo, na primeira metade do século XX, as obras de Pontes de Miranda preferem tratar das relações sociais como objeto de estudo ligado ao direito. E isto fica claro na sua obra mais emblemática desta época: o *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, publicado em 1922¹⁵. Estabelece-se, aqui, uma “fase epistemológica intercalar”, que se pauta a partir de ideias do positivismo clássico de Comte, com o pensamento de cientistas como Einstein e Russell¹⁶. Assim, tal estudo não confere foco às normas em si. As regras jurídicas não ocupariam o centro dos estudos do autor, senão como reflexo do processo de adaptação do direito aos câmbios sociais¹⁷.

Nessa época, portanto, o autor dedica-se a contrapor o paradigma racionalista e a segmentação das ciências entre aquelas “da natureza” e “do espírito”¹⁸. Neste aspecto, quando o autor trata da “ciência do direito”, ele *rompe* com o dogmatismo: em que o sujeito cognoscente apreende o objeto cognoscível, e esse se confere ao sujeito, não deixando margem à discussão. No ceticismo, o sujeito não apreende o objeto. Portanto, o problema do conhecimento não está nem no sujeito, nem na sua relação com o objeto, mas sim *no objeto*, que é a relação entre

217

ambos.

As obras da primeira metade do Século XX recebem muita influência do pensamento oriundo da *Escola do Recife*, porque passaram a tratar do direito por meio de uma “[...] pluralidade temática, reforçada por leituras naturalistas, biólogos, cientificistas, históricas e sociológicas.”¹⁹. A obra de Pontes de Miranda desta fase não é de todo distante do evolucionismo de Spencer e do naturalismo de Darwin. Mas o que se torna mais nítido, neste aspecto, é a influência do germanismo, que também é característico dos estudos de Tobias Barreto e Clóvis Beviláqua, expoentes da mesma *Escola*²⁰.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, v. 1 a 4, 2000.

¹⁶ Cf. VILANOVA, Lourival. A Teoria do Direito em Pontes de Miranda. In: *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi / Ibet, v. 1, 2003, p. 400.

¹⁷ E isto é bastante perceptível em duas de suas principais obras: *Tratado de direito privado* e *Tratado das Ações*. Ainda, para corroborar o que dissemos, a análise central da norma jurídica – e não da fenomenologia das relações sociais e do direito – é vista nos *Comentários ao Código de Processo Civil* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I a XVII, 2002).

¹⁸ FERNANDES, André Lucas e PEREIRA, Mateus Costa. Prolegômenos ao Pensamento Jurídico-Filosófico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 35-57.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 102.

²⁰ RAMALHETE, Clovis. Pontes de Miranda, Teórico do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, jan./mar., 1988, p. 261-262.

Para o jurista brasileiro, a eficácia não decorre da norma, mas do *fato jurídico*, o qual apresenta como causas a regra jurídica e o suporte fático. Esta premissa confirma sua posição sociológica e antinormativa, situando o fato jurídico em uma posição intermediária entre suporte fático e a eficácia. Assim, apresenta-se o encadeamento dos conceitos articulados por Pontes de Miranda: regras jurídicas, suporte fático, fato jurídico e eficácia – seguindo rigorosamente o método alemão, de que era caudatário.

Então, a “adaptação” cumpre função sociológica na perspectiva pontesiana, pois se processa entre os homens, entre eles e a sociedade, entre os homens e os vários círculos sociais ou mesmo entre os círculos sociais entre si. Logo, o direito é um *processo de adaptação social*. Pontes de Miranda acreditava que o direito é um fator relevantíssimo de modificação social. Assim, para Pontes, uma vez legislada a regra jurídica, tornada existente, incidente sobre o fato que ela prevê ou regula, não há como recusar o valor, a incidência e a força de aplicação, pois nos encontramos diante de uma norma válida, de uma regra jurídica que teve seu reconhecimento efetivo nos fatos sociais, por isso infunde convicção de aceitação nos seus destinatários.

218

Falando sobre o método científico de expressão do direito, o autor estabelece o *método indutivo* para a criação e formulação das regras jurídicas como meio revelador do direito. Apenas assim as regras jurídicas poderão situar-se rente à vida, o que contribuirá significativamente para reduzir a necessidade do uso da coação. Então, em termos últimos, o autor eleva o direito a um patamar de extrema importância na sociedade, porque, antes de tudo, pretende ser conciliador. Por isso que fica evidente em Pontes de Miranda a ideia de que não se pode confundir *direito com regras jurídicas*, nem *ciência e direito*. Para ele, a ciência do direito tem por objeto as *relações sociais*, ou seja, as relações humanas, as relações jurídicas (e não as normas jurídicas). A ciência jurídica ocupa-se, então, da pesquisa do direito nos fenômenos sociais, a fim de que as regras jurídicas sejam reveladas, afastando-se da pura abstração normativa.

Portanto, não concebe os sistemas jurídicos como pontos de partida apriorísticos, como se fossem um conjunto de regras deduzidas abstratamente de alguns princípios naturais imutáveis. É que as regras jurídicas satisfazem o critério de previsibilidade, enquanto subordinadas aos fatos. Esses é que dão a palavra definitiva – e isto é nodal a se compreender o instituto da “incidência”. As regras jurídicas integrantes dos sistemas de direito não são

derivadas do puro raciocínio lógico, mas de uma base de natureza sociológica, onde se mesclam os mais diversificados componentes sociais, todos eles concorrendo para a indicação daquelas.

Essa perspectiva, ao que parece, será revista ou relativizada intensamente nas obras publicadas na dita “segunda fase” do autor, a ocorrer a partir da década de cinquenta do século XX, uma vez que a dogmática jurídica passa a deter um papel protagonista na produção científica. E este panorama será analisado no tópico que segue.

3 O IMPACTO DAS OBRAS DE PONTES DE MIRANDA A PARTIR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX – “SEGUNDA FASE”

O desafio ao estudar a obra de Pontes de Miranda (1892-1979), especialmente aquela publicada a partir da metade do Século XX, consiste em perceber (1) a metodologia adotada, (2) e o impacto que ela causou na dogmática nacional, praticada naquele momento da história. Para tanto, se o autor é verdadeiro “produto” da *Escola de Recife*²¹, assim como Tobias Barreto (1839-1889), sua obra toma por base algumas premissas metodológicas: (a) a valorização e a assimilação da cultura germânica; (b) o ecletismo; (c) a metodologia cientificista²².

Nesse aspecto, releva notar a influência do direito germânico na sua obra, pelo fato de ele se expressar fluentemente na língua alemã, o que lhe permitiu não só tomar contato com tal doutrina, como se corresponder durante toda vida com outros juristas tedescos²³. Contudo, na sua obra, não há uma proeminência necessária do direito germânico, uma vez que é marcante o “ecletismo” com que Pontes de Miranda escreve. Em outros termos, o autor consegue sintetizar várias correntes de pensamento (que não só a luso-brasileira ou alemã), até mesmo muitas vezes incompatíveis. Enfim, consegue reduzir várias perspectivas sobre determinado instituto em uma unidade. Aliás, as palavras do próprio autor, em obra que analisa a evolução do direito brasileiro, são elucidativas neste sentido: afirma que não se pode estudar desde suas sementes, na medida em que:

²¹ Parte-se do pressuposto que esta afirmação é verdadeira.

²² SALDANHA, Nélson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. In: CARCATERRA, Gaetano; LELLI, Marcello; SCHIPANI, Sandro (org.), *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*. Padova: CEDAM, 1989, p. 41-51.

²³ COHEN-KOPLIN, Klaus. O método jurídico e as categorias fundamentais do direito processual civil na visão de Pontes de Miranda: síntese entre o pensamento europeu e a tradição jurídica luso-brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 2, n. 2, 2013, p. 1361.

[...] nasceu do galho de planta que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente²⁴.

Em outros termos, Pontes de Miranda procura, ao analisar cada instituto, uma espécie de “unidade das ciências”: convoca todas elas a dialogar, pois o fenômeno jurídico é complexo, e reclama a necessidade da confirmação recíproca do esforço humano nos vários domínios do saber. Até porque o fenômeno social ligado ao direito é complexo e, não raras vezes, de difícil interpretação, o que gera a impossibilidade de visualizá-lo a partir de um único ângulo, ou seja, de uma visão unilateral.

Também, merece destaque o fato de que o autor se afasta, de certo modo, da filosofia positivista, porque rechaça apriorismos abstratos, contrários a uma “metafísica” das coisas. Pretendia demonstrar um direito objetivo e “realista” – no sentido de que viria a dialogar com a realidade. E, de quebra, emprega um “método agregador”, ou seja, os métodos de pesquisa são intercambiáveis entre as distintas áreas do conhecimento²⁵. É muito clara a fé de Pontes de Miranda no sentido de que todas as ciências poderiam ser reunidas e intercambiáveis, já que as relações entre fenômenos comungavam fatos, sendo esta uma premissa epistêmica básica na obra do autor²⁶.

A mencionada *Escola de Recife* não impõe uma maior influência nas obras dogmáticas publicadas especialmente na segunda metade do Século XX, especialmente se falarmos no *Tratado de Direito Privado*, com algumas exceções presentes nos capítulos introdutórios, por inserir, ali, um maior “saber enciclopédico”. De resto, especialmente no *Tratado de Direito Privado* e no *Tratado das Ações*, Pontes e Miranda faz uma análise mais dogmática do Direito, “[...] que inclusive se afasta, em certo sentido, das suas próprias recomendações presentes, por exemplo, na sua jovem e magnífica obra *Sistema de Ciência Positiva do Direito*.”²⁷.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

²⁵ Basta ver sua concepção matemática das cargas de eficácia da sentença. Em apertada síntese, pode-se dizer que o autor atribuiu, a cada tipo de sentença (v.g. declaratória de paternidade, condenatória de uma dívida, desconstitutiva de uma sociedade empresária etc.), cargas maiores ou menores, a gerar, no total, uma “constante quinze”, ou seja, na soma, as cargas declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu* deveriam somar quinze.

²⁶ Logo, o autor rechaça a oposição entre “ciências exatas” e “ciências da natureza”.

²⁷ ALDROVANDI, Andréa; ENGELMANN, Wilson; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>. Data de acesso: 22 ago. 2018, p. 6.

Vale dizer que as ideias do jurista se relacionam à análise dos fatos sociais, por meio da objetividade, o que o faz mediante observação, comparação, experimentação das relações sociais. E, claro, assim também exige objetividade das mencionadas regras jurídicas.

No que se refere às fontes luso-brasileiras, Pontes de Miranda era profundo conhecedor. O maior destaque neste aspecto, por ser de nodal presença na obra construída ao longo de décadas, é a influência marcante de Teixeira de Freitas (1816-1883). Tanto em termos de método, como em termos de conteúdo, Pontes de Miranda se inspira em muito na produção intelectual do autor citado, como se fosse verdadeiro “continuador” da *Consolidação das Leis Civis*, de Freitas²⁸. Entre tantos pontos em comum, destaca-se um: ambos os juristas não encontraram um ambiente profícuo para debater suas ideias, passando a discutir a dogmática posta²⁹.

Em resumo, pode-se dizer que Pontes de Miranda toma por base essencialmente o método alemão. Contudo, sua base material de estudo é focada nos autores luso-brasileiros³⁰. E a constatação desta afirmação se mostra de fácil comprovação: basta notar a bibliografia empregada pelo autor (quase que toda ela germânica). De outro lado, em termos de direito processual por exemplo, Pontes de Miranda parte de premissas dogmáticas muito claras: para explicar sua teoria das ações, deve conceber a diferença e a certeza do que seriam institutos como “direito subjetivo”, “pretensão”, “ação de direito material” e “ação de direito processual”³¹.

Por exemplo, a noção de “pretensão” é chave nas obras de direito processual do autor, assim como o “suporte fático” e a “incidência” são nodais nas obras de direito material privado. Estas categorias, é certo, consagram premissas metodológicas tipicamente germânicas. Por exemplo, a pretensão possui base em Bernhard Windscheid, quando o autor visa a explicar o que seria “*Anspruch*”. Aliás, esse instituto claramente foi incorporado, tempos depois da obra do jurista alemão, no § 194 do Código Civil alemão (BGB). Aqui, Pontes de Miranda mais uma vez demonstra o seu ecletismo, ao combinar uma série de matrizes dogmáticas a formatar sua noção das coisas.

²⁸ COHEN-KOPLIN, Klaus. *Op. Cit.*, p. 1.364-1.365.

²⁹ Teixeira de Freitas passa a comentar obras dos jurisconsultos portugueses. E Pontes de Miranda passou a publicar obras ligadas à dogmática, como o *Tratado de direito privado* e o *Tratado das Ações*.

³⁰ COHEN-KOPLIN, Klaus. *Op. Cit.*, p. 1.364-1.368.

³¹ E, para tanto, é influenciado por James Goldschmidt (autor por cujas ideias o jurista brasileiro demonstrava nutrir grande apreço), Leo Rosenberg, Adolf Schönke, Peter Arens entre outros.

O certo é que o autor brasileiro trilhou um caminho diverso dos seus antecessores (excepcionando-se, quiçá, Teixeira de Freitas, como se disse), porque submeteu sua obra a uma ampla revisão dos doutrinadores europeus, colocando em xeque, por exemplo, a alegação de que o direito luso-brasileiro era inferior aos demais. Em suma, o Pontes de Miranda tentou buscar uma “unidade” ou produzir uma obra que resumisse sistematicamente várias correntes de pensamento.

Sua produção bibliográfica especialmente produzida a partir dos anos cinquenta do século XX traz como núcleo da sua definição a *adaptação*, encarando o direito como um fenômeno de paz, optando pelo objetivismo das relações sociais. Veja o que ele afirma acerca do *direito objetivo* e do *direito subjetivo*: “Direito objetivo é a regra jurídica, antes, pois, de todo direito subjetivo e não-subjetivado. Só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos.”³². Para Pontes de Miranda, diferentemente do entendimento de Kelsen³³, é incorreto dizer que direito objetivo e subjetivo são duas faces de um mesmo direito, posto se tratar de fenômenos pertencentes a dois mundos diferentes.

222

Especificamente nesta etapa da sua produção bibliográfica, deve ser destacado sua obra mais monumental: o *Tratado de Direito Privado*. Tal conjunto de livros pode ser considerado uma síntese do rigor científico de Pontes de Miranda, bem como de seu “modo de fazer ciência”. Profundamente influenciado pela doutrina alemã, especialmente em termos de metodologia, começa a explorar e a tratar de temas ainda sequer cogitados no direito brasileiro. Vale dizer, portanto, que o autor introduz uma série de institutos que até hoje influenciam o sistema jurídico nacional³⁴.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, v. 1, 2000, p. 132.

³³ É curioso que a “fase dogmática” de Pontes de Miranda, que tem cume o *Tratado de Direito Privado*, é influenciado pelo positivismo lógico do Círculo de Viena, mas também, do positivismo normativista de Kelsen (ALDROVANDI, Andréa; ENGELMANN, Wilson; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>. Data de acesso: 22 ago. 2018, p. 7). Aliás, os pontos em comum da obra de Pontes de Miranda e de Kelsen são confirmados por Djacir Menezes (Kelsen e Pontes de Miranda. In: *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão Integral da obra de Hans Kelsen*. PRADO, Luiz Regis, KARAM, Munir (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 45).

³⁴ No ponto, podemos citar as categorias relativas aos *Três Planos do Fato Jurídico* (*Existência, Validade e Eficácia*); a noção de “apresentação” da pessoa jurídica; a perspectiva do autor em relação à pretensão, ligando ao termo alemão “*anspruch*”; a explicação coerente quanto ao instituto da venda *a non domino*; etc. Para o autor, pretensão é a posição subjetiva de exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa.

Despertou imenso impacto no cenário jurídico brasileiro a publicação dos primeiros volumes (ou tomos) do *Tratado*, ainda em 1954, por inúmeros motivos: a obra possuía uma profundidade teórica muito candente em relação à parte geral do direito privado. De mais a mais, presenteava os leitores com uma construção teórica lastreada em uma série de institutos originais para a época. Assim, o fenômeno jurídico, agora analisado no plano dogmático das leis de direito civil e comercial, passou a contar com um novo método de abordagem e com a inserção de novos conceitos.

A publicação dos demais volumes do *Tratado de direito privado*, o que ocorreu, originalmente, até 1969, expõe o tema em extensão e profundidade nunca antes visto, e sequer repetido até os dias de hoje. Destaca-se, neste aspecto, a variedade de doutrinadores estrangeiros e nacionais pesquisados, o que faz com que a obra, constantemente, dialogue dialeticamente com uma série de teorias. Acerca delas, deve ser destacada a *Teoria da relação jurídica*³⁵ que possui influência categórica da *Pandectística Alemã*. E a partir dela o autor retoma suas concepções acerca do fenômeno jurídico, porque é nas relações sociais juridicizadas que o direito atua. Assim que o instituto em questão despertou muita atenção de Pontes de Miranda, entre outros fatores, por retomar suas digressões acerca do que denominou de “positivismo sociológico”. De outro lado, a *relação jurídica* desperta seu interesse por permitir a compreensão integral de determinados fenômenos do direito privado. E esta foi uma preocupação constante durante toda obra de Pontes de Miranda.

Toda a cultura jurídica publicada e pesquisada no campo da propedêutico pode ser compatibilizada com suas ideias de “mundo fático”, “mundo jurídico”, “suporte fático” e “incidência da regra jurídica”. A ideia de que os fatos sociais estão apartados do mundo jurídico não destoa das ideias do sistema jurídico-positivo expostas na obra *Sistema de ciência positiva do direito*³⁶. Tanto é verdade, que a incidência, para ocorrer, exige a previsão legal. E o direito somente “releva”³⁷ (dá relevância) àquilo que se mostra “interessante”.

De qualquer sorte, nota-se claramente uma “quebra” de método e de conteúdo nas publicações de Pontes de Miranda da primeira, em relação à segunda metade do Século XX,

³⁵ Tal teoria já era tratada com bastante detalhes ainda em 1944 por: ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, t. 1, 1997; ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, t. 2, 1998.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, v. 1 a 4, 2000.

³⁷ Típico termo “ponteano”.

porque as ideias do autor sofreram alguma variação. Podemos tomar por base dois marcos importantes: a publicação do *Sistema de ciência positiva do direito* (1922) em comparação ao *Tratado de direito privado* (1954-1969)³⁸. Especificamente, existe um “hiato” entre estas duas obras, ou seja, “uma descontinuidade temática e uma quebra de unidade lógica (metodológica)”, que se verifica no “positivismo filosófico” da primeira, se comparado à “dogmática jurídica” desta última³⁹. Até mesmo a mudança da sua linguagem é perceptível, porque o autor, nas suas obras mais prematuras, aproxima-se das ideias de Comte, da sociologia, da filosofia (especialmente neokantiana) etc. Já a fase, por assim dizer, “dogmática” aproxima-se das teses dos autores de Viena à época, e, de certo modo, do próprio positivismo normativo de Kelsen – criticado no *Sistema de Ciência positiva do direito*.

De outro lado, Pontes de Miranda tornou-se um dos autores brasileiros – se não o maior deles – a propagar o direito alemão no Brasil, e, de quebra, pode-se dizer que é o maior “embaixador” do direito brasileiro na Alemanha. E isto se deu pela expressividade de sua produção bibliográfica, muitas delas antes citadas, as quais se tornaram uma referência nos dois países⁴⁰.

224

4 PARA DEPOIS DE PONTES DE MIRANDA

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, como já dito, faleceu em 1979, deixando um legado doutrinário colossal e jamais igualado. Assim, faz-se, neste tópico, a pergunta: como se processou a dogmática jurídica dos anos oitenta e noventa do Século XX, bem como do período inicial do segundo milênio em relação à obra do autor?

Uma pergunta desta envergadura é por deveras complexa e, em assim sendo, não pode demandar uma resposta simplista. Vale dizer que se deve dividir a exposição aqui vertida em tópicos. Primeiro, quanto às obras produzidas na primeira metade do Século XX – primeira fase do autor – continuam a ser uma importante referência no campo teórico-dogmático do direito nacional. É certo que muito deste conhecimento recebeu novas concepções e novas percepções

³⁸ SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do Direito de Pontes de Miranda. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan-mar, 1988, p. 280.

³⁹ VILANOVA, Lourival. *Op. Cit.*, p. 405-406.

⁴⁰ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. Texto inédito e sem revisão, gentilmente cedido pelo autor. p. 1; 3.

– o que é natural em termos de desenvolvimento científico. E, para a prova disto, ofertam-se alguns exemplos de que a noção do sistema jurídico-positivo nacional, em termos propedêuticos, não se vincula, em vários cenários da produção científica brasileira, ao “positivismo sociológico” pontiano.

Vejamos a matriz teórica desenvolvida no País a partir das ideias da *teoria sistêmica*, que possui base na obra de Niklas Luhmann⁴¹. Aqui, vemos que as noções teóricas de sistema jurídico se afastam ou não estão coligadas com o que percebeu Pontes de Miranda⁴². Quer-se dizer, com isto, que as obras do autor em questão não pautaram necessariamente o desenvolvimento do pensamento jurídico, apesar de, como dito, ainda deterem o seu grau de importância. De outro lado, vertentes outras sequer tomaram conta das ideias de Pontes de Miranda na construção teórica do direito na atualidade, como a visão do direito como um produto da linguagem⁴³. E tantos outros exemplos poderiam provar que as ideias de sistema jurídico-positivo do autor, em certa medida, foram abandonadas.

Em termos de dogmática jurídica, ou seja, no que se refere às obras publicadas especialmente depois da segunda metade do Século XX, deve-se analisá-las a partir do tema em que elas se inserem. Para tanto, tomar-se-á por base apenas três conjuntos de livros: o *Tratado de direito privado*, o *Tratado das ações* e os *Comentários às Constituições do Brasil*.

Como foi dito logo antes, o *Tratado de direito privado* é a maior obra escrita por um jurista em relação a um específico tema. Impressiona o grau de especificidade, minúcia e abrangência com que Pontes de Miranda analisou tal ramo do direito. Assim, mesmo após o seu falecimento, tamanha produção bibliográfica não poderia deixar de deter forte influência

⁴¹ Por todas: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980. Em apertada síntese, a sociedade é concebida por Luhmann como um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas, onde o homem passa a fazer parte do seu mundo circundante, de forma que a conexão de sentido que liga as ações do sistema social não é coincidente com a conexão de sentido das ações do ser humano concreto. Cada um é para o outro um mundo circundante, complexo e contingente. No entanto, o homem concreto necessita da sociedade para viver mesmo que não faça parte dela. É por isso, que as juridicidades das inter-relações humanas não são concluídas pela natureza humana, segundo ele.

⁴² Um dos maiores estudiosos do tema da *teoria sistêmica* e *autopoiesis* no Brasil é Leonel Severo da Rocha. O autor traça um paralelo entre estas vertentes científicas e a obra de Pontes de Miranda em: ROCHA, Leonel Severo. *Sistema do direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à autopoiese*. In: Leonel Severo Rocha; Lênio Luis Streck. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.2, 2005. E assim poder-se-iam citar inúmeros outros trabalhos que desenvolvem, no País, a *teoria sistêmica*. Por todos: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. No caso, demonstra com muita propriedade as diferenças de cada pensamento.

⁴³ Podemos exemplificar esta vertente teórica a partir da exposição feita por Lênio Streck em sua obra: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva: 2017, a qual toma por base, em muito, as ideias desenvolvidas por Hans-Georg Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. São Paulo: Vozes, 2011).

no direito civil. Por exemplo: é significativa a influência de Pontes de Miranda no que se refere às categorias jurídicas ligadas à *teoria do fato jurídico*. Assim, o autor até hoje é referenciado quando se aborda a parte geral do direito privado⁴⁴.

De qualquer sorte, a partir dos anos oitenta do século XX, as ideias de Pontes de Miranda, no âmbito do direito civil, passaram a concorrer com a “fama” que obteve Karl Larenz no Brasil. As obras *Allgemeiner teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*⁴⁵ e *Obligationrechts* são inspiradoras neste aspecto, especialmente a partir da sua proposta de recolher em conceitos o conteúdo essencial dos institutos jurídicos e as características especiais dos fatos sociais típicos, tornando factível a solução do caso e a aplicação da justa norma⁴⁶. E esta e outras concepções foram cada vez mais referenciadas nas últimas três décadas, sendo que as ideias de Larenz passar a pautar, por exemplo, as reformas que se fizeram na legislação civil⁴⁷. Diante deste contexto, percebe-se que a obra de Pontes de Miranda, apesar de ser uma referência em vários aspectos do direito privado, perdeu o seu protagonismo e passou a concorrer com outras vertentes do pensamento doutrinário.

226

Quanto aos escritos de Pontes de Miranda em relação ao processo civil, podem ser destacadas, dentre tantas, duas contribuições: a noção “quinária” das cargas de eficácia das ações processuais (v.g. declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*), em oposição ao entendimento de que tais eficácias se resumiriam em três (declaratória, constitutiva e condenatória). E, de outro lado, é inovadora a “teoria da constante quinze”, pela qual Pontes de Miranda atribuía a cada ação pesos em cada carga de eficácia, a um total de quinze. De modo que, por exemplo, uma ação que visa a reconhecer a paternidade teria um maior peso (número) na carga de eficácia declaratória, e assim por diante. Ainda nos anos setenta do Século XX, ou seja, quando Pontes de Miranda ainda era vivo, a edição do Código de Processo Civil de 1973 não tomou conta, ou seja, não incorporou esta teoria, conferindo, de

⁴⁴ E isto muito se deve à fama que ganhou a obra *Teoria do fato jurídico* de Marcos Bernardes de Mello. Em 1995, a obra possuía apenas um volume. Tempos depois, foi subdividida em três, cada qual analisando um plano da teoria: existência, validade e eficácia. Em todo o caso, sempre a análise do tema partiu das ideias de Pontes de Miranda (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1995).

⁴⁵ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Madrid. Revista de Derecho Privado, 1978.

⁴⁶ Cf. LÓPEZ RODRIGUEZ, Carlos Eduardo. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 68-69.

⁴⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do Século XX. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 938, dez. 2013, p. 95. Aliás, Larenz desponta como o autor mais citado nas revistas jurídicas brasileiras nas últimas décadas (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Op. Cit.*, p. 97).

maneira nítida, preferência às ideias de Enrico Tullio Liebman, porque não tratou das cargas de eficácia executiva *lato sensu* e mandamental. Neste aspecto, perde igualmente prestígio, a reboque, a “teoria da constante quinze”.

Não menos impressionantes são os escritos de Pontes de Miranda em relação às várias Constituições promulgadas ao longo do Século XX⁴⁸, sempre abordando o tema a partir de comentários dos dispositivos de cada qual. Em outros termos, o autor empregava o seguinte método: tecer uma exposição de cada artigo do texto constitucional. Logo, Pontes de Miranda, aqui, confere ênfase ao direito positivo.

Como se pode perceber, este modelo dogmático tende a ficar “datado”, porque espelha o pensamento jurídico de uma constituição da época. Logo, tal bibliografia tem relevância mais em termos de constitucionalismo, ou seja, para o estudo do texto constitucional de cada época, e para se visualizar o desenvolvimento do direito constitucional brasileiro. Contudo, contemporaneamente, os estudos de direito constitucional partem, por óbvio, do texto promulgado em 5 de outubro de 1988, bem como se prestam a analisar e serem influenciados pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. Neste último aspecto, releva notar o protagonismo de tal corte na construção do direito como um todo. De mais a mais, o “constitucionalismo contemporâneo”, em termos teórico-dogmáticos alarga sua fonte de pesquisa para além do direito positivo, sendo este mais um fator a transformar os comentários de Pontes de Miranda às constituições brasileiras como uma bibliografia de valor mais histórico, do que atual – sem que se desmereça, por óbvio, o seu valor científico.

227

5 INFLUÊNCIA E RECEPÇÃO DA OBRA DE PONTES DE MIRANDA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A obra de Pontes de Miranda é “sentida” ainda nos dias atuais, o que não pode ser considerado um fato surpreendente, dada a magnitude e profundidade de seu pensamento. Pelo breve espaço que se dispõe, pontuar-se-ão algumas destas percepções atuais em que se percebe muito “viva” a obra do autor.

⁴⁸ Lembrando que, neste período, foram editadas as Constituições Federais de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e de 1969. Quando se promulga a Constituição Federal 1988, Pontes de Miranda já havia falecido.

Como se demonstrou, Pontes de Miranda procurou superar a noção positivista kelseniana, porque pensou o direito não em um aspecto restritamente normativo. Compreendeu o direito a partir de um viés sociológico. Mas o autor foi sempre rigoroso nas definições e conceitos em uma tentativa de teorização do direito por uma abordagem descritiva da realidade⁴⁹. E isso é percebido muito claramente em uma série de legislações que procuram, antes de tudo, definir conceitos já nos seus dispositivos iniciais⁵⁰, evitando a dispersão de interpretações, e compreendendo a necessidade de se fixar um rigor jurídico aos conceitos.

A *face política jurídica* continua latente para inspirar o justo e significar o direito ainda hoje. A legitimação do direito não pode estar restrita ao normativismo dogmático, porque é necessário *justificar o direito em bases legítimas*, comprometendo-o com mudanças sociais. E aqui Pontes de Miranda se torna essencial. Como ressaltou Osvaldo Ferreira De Melo, citando o jurista espanhol José Luiz Estevez: “A elaboração de uma política do Direito é, neste século, a tarefa primordial que têm os juristas”⁵¹. O direito deve ser aplicado com rigor e cientificismo.

Outro instituto caro à Pontes de Miranda é ainda muito prestigiado: sua noção de *fato jurídico*, de *juridicidade* e de *incidência*. É impressionante pensar que suas percepções teórico-dogmáticas sobre o tema fazem um enorme sentido no direito, especialmente o civil. Por exemplo: tanto o fato jurídico *lato sensu*, como o fato administrativo *lato sensu*, nos quais estão contidos o ato jurídico e o ato administrativo⁵², são acontecimentos da vida, relacionados às relações sociais, uma característica significativa da obra ponteana. O fenômeno descrito é conhecido pela doutrina⁵³ como *incidência*, que nada mais é do que a “operação” de transformar o suporte fático da norma em fato jurídico. Tal instituto, portanto, confere eficácia jurídica ao suporte fático. Ela opera-se alheia à vontade das pessoas⁵⁴. Em termos sintéticos, fato jurídico é todo aquele acontecimento da realidade que sofre a incidência de uma ou de uma série de regras, constituindo uma determinada qualificação a este dado. Esta operação pode acontecer

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavacanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, v. 1, 2000, p. 282-283.

⁵⁰ Citam-se algumas legislações apenas: Lei nº 12.651/12, art. 3º; Lei nº 13.303/16, art. 3º e art. 4º.

⁵¹ RAMALHETE, Clóvis. Pontes de Miranda, teórico do direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 25, n. 97, jan.-mar. 1988, p. 268.

⁵² Muito embora o ato administrativo espécie de ato jurídico.

⁵³ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54-58.

⁵⁴ Até porque, ligada a esta premissa, está a situação de quem ninguém pode se escusar ao cumprimento de uma regra por desconhecer-la – *princípio da inegabilidade da ignorância da lei*: “art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. – *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Redação dada pela Lei nº 12.376/2010).

com qualquer fato, manifestação de vontade, ato impensado, enfim, uma ocorrência que ao direito cause relevância.

Por fim, o cenário jurídico brasileiro contemporâneo não tem prestigiado o método de pesquisa e de análise empregado por Pontes de Miranda, especialmente quanto à sua vocação em escrever longas obras, em uma série de volumes, analisando cada tema de modo exauriente. Em verdade, ao que parece, o caminho tomado pela dogmática jurídica em geral foi o da simplificação e da objetividade, na medida em que se proliferam “manuais” que esquematizam o direito, em detrimento das obras com cunho tratadista⁵⁵. E eis o desafio contemporâneo: demonstrar se a “opção metodológica” atual mostra-se útil e profícua à construção do conhecimento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pontes de Miranda não é um autor simples. Sua complexidade é imensa, reflexo, quicá, da complexidade das fontes por ele pesquisadas, do método empregado, da análise crítica dos seus textos, da amplitude e profundidade de sua obra, da variação da sua abordagem etc. O estilo, o discurso e o conteúdo da ciência, da dogmática e da teoria presente no seu pensamento impedem uma categorização simples e unívoca. Optou-se, para tanto, em diversificar a análise em dois recortes temporais: aquela focada nas obras publicadas na primeira metade do século XX (o que se denominou de “primeira fase”), e nas obras publicadas na segunda metade do mesmo século (chamada de “segunda fase”). E, somente depois deste diagnóstico é que se discorreu acerca do pensamento dogmático brasileiro para depois do falecimento do autor.

Percebeu-se, neste aspecto, que as obras de Pontes de Miranda publicadas na primeira metade do século XX refletiam um jurista preocupado em analisar, criticamente, o pensamento jurídico, de modo interdisciplinar. É notável sua vocação para estabelecer novas categorias jurídicas propedêuticas, como, por exemplo, o que chamou de “positivismo sociológico”. E, aqui, percebe-se a apreensão de categorias oriundas do positivismo normativista de Hans

⁵⁵ Camila de Souza Alves e outros (O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 16 n. 110, p. 671-702, out. 2014-jan. 2015) entendem que esta realidade foi fomentada pela ascensão das seleções e concursos públicos, que, segundo os autores, alimentou um mercado editorial altamente lucrativo, mas pautado por uma espécie de “ideologia concurseira”. Esta última formata uma dogmática focada nas matérias relacionadas às referidas provas e seleções, a qual não necessariamente se preocupa com uma análise mais crítica e profunda do direito.

Kelsen, que Pontes de Miranda passa a criticar em vários aspectos. Deve ser destacado, neste contexto, que ele estabelece, por assim dizer, “um caminho próprio”, afastando-se do positivismo comtiano clássico.

Na segunda metade do Século XX, é marcante a publicação de sua obra *Tratado de Direito Privado*, que possui sessenta volumes (ou tomos). E aqui se percebe que o autor passa a explorar com ênfase a dogmática jurídica, modificando o seu método de procedimento e de abordagem. Há profundas mudanças na sua concepção de ciência jurídica, variando a própria concepção de positivismo jurídico dogmático e teórico. E, neste aspecto, percebeu-se que a influência da *Escola de Recife* – que tinha com ela toda uma cultura e um pensamento jurídico próprio – foi mais enfática nas obras da “primeira fase”, do que na “segunda”.

Contemporaneamente, contudo, especialmente após o falecimento de Pontes de Miranda, em 1979, percebe-se que a obra do autor não necessariamente ganha o devido espaço de destaque. Em muitos casos, concorre com outras percepções teórico-dogmáticas, ou sequer influencia a produção do conhecimento científico, o que, em larga medida, é lastimável.

230

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; ENGELMANN, Wilson; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilistica.com*, a. 4, n. 2, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>. Data de acesso: 22 ago. 2018.

ALVES, Camila de Souza; FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros; VERONESE, Alexandre. O concurso público brasileiro e a ideologia concursista. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 16 n. 110, p. 671-702, out. 2014-jan. 2015.

ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, t. 1, 1997.

ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, t. 2, 1998.

ARAÚJO, Carlos Eduardo; NUNES, Dierle. Pontes de Miranda: a Grandeza de uma Mente Enciclopédica. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos;

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, p. 57-78, 2013.

COHEN-KOPLIN, Klaus. O método jurídico e as categorias fundamentais do direito processual civil na visão de Pontes de Miranda: síntese entre o pensamento europeu e a tradição jurídica luso-brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 2, n. 2, 2013.

FERNANDES, André Lucas e PEREIRA, Mateus Costa. Prolegômenos ao Pensamento Jurídico-Filosófico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 35-57.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. São Paulo: Vozes, 2011.

LÓPEZ RODRIGUEZ, Carlos Eduardo. *Introdução ao pensamento e á obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Madrid. *Revista de Derecho Privado*, 1978.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

MENEZES, Djacir. Kelsen e Pontes de Miranda. In: *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão Integral da obra de Hans Kelsen*. PRADO, Luiz Regis, KARAM, Munir (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do direito – Ensaio de psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Bookseller, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I a XVII, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Epikure Der Weisheit*. Munch: Verlag, 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas-corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Là conception du droit international privé d'après la doctrine et là pratique au Brésil. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Boston: Brill, v. 39, 1932.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, v. 1 a 4, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 1 a 60, 1955.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1995.

RAMALHETE, Clovis. Pontes de Miranda, Teórico do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 259-270, jan./mar., 1988.

ROCHA, Leonel Severo. Sistema do direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à autopoiese. In: Leonel Severo Rocha; Lênio Luis Streck. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.2, 2005.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do Século XX. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do Direito de Pontes de Miranda. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan-mar, 1988.

SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do Direito de Pontes de Miranda. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, p. 271-282 jan-mar, 1988.

SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. In: CARCATERRA, Gaetano; LELLI, Marcello; SCHIPANI, Sandro (org.), *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*. Padova: CEDAM, 1989, p. 41-51.

SILVA, Adelmo José da. O pensamento jurídico de Pontes de Miranda. *Revista Estudos Filosóficos*. Universidade Federal São João del Rei, nº 14, p. 65-78, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva: 2017.

VILANOVA, Lourival. A Teoria do direito em Pontes de Miranda. In: *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi / Ibet, 2003

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



JESSÉ SOUZA, BRASIL E MODERNIDADE

JESSÉ SOUZA, BRAZIL AND MODERNITY

David F. L. Gomes*

RESUMO: Neste artigo, abordo a teoria da modernidade de Jessé Souza, que, por sua vez, compõe-se internamente de uma teoria da modernidade em geral, uma teoria da modernidade especificamente periférica e uma teoria da relação entre Brasil e modernidade. Para tanto, inicialmente apresento a evolução da base teórica fundamental de Jessé Souza. Em seguida, ofereço uma imagem conceitualmente detalhada daquela teoria da modernidade, destacando a conclusão sobre a relação entre Brasil e modernidade. Por fim, coloco alguns comentários críticos que podem contribuir para o debate e para desenvolvimentos teóricos ulteriores.

PALAVRAS-CHAVE: Jessé Souza. Brasil. Modernidade. Charles Taylor. Pierre Bourdieu.

ABSTRACT: In this paper, I approach the modernity's theory of Jesse Souza, that contains in itself a theory about the modernity in general, a theory about the specificity of the peripheral modernity and a theory about the relationship between Brazil and modernity. To do so, I first present the evolution of the fundamental theoretical basis of Jesse Souza. Next, I offer a detailed conceptual picture of that modernity's theory, emphasizing the conclusion about the relationship between Brazil and modernity. Finally, I put some critical remarks that may contribute to the debate and to future theoretical developments.

KEYWORDS: Jesse Souza. Brazil. Modernity. Charles Taylor. Pierre Bourdieu.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A tétade inicial. 2. A redução da tétade a dois pilares fundamentais. 2.1 Charles Taylor e a topografia moral do Ocidente moderno. 2.2 Pierre Bourdieu e uma teoria da distinção social. 2.3 Entre C. Taylor e P. Bourdieu. 3 Brasil e Modernidade. Considerações finais. Referências.

234

INTRODUÇÃO

Jessé Souza é hoje, indubitavelmente, um dos intelectuais mais conhecidos do Brasil. Independentemente da adesão ou não às suas teses, do compartilhamento ou não de suas premissas, seus argumentos e suas conclusões, e ainda da concordância ou não com seu estilo de escrita, ninguém poderia alegar neste momento, no interior da discussão brasileira em teoria social, um mero desconhecimento de sua obra. O alcance de seus textos, porém, não se limita ao âmbito acadêmico: Jessé Souza conseguiu nos últimos anos chegar razoavelmente à esfera pública, sendo um nome frequente em jornais, revistas, blogs e similares.

Embora possua uma trajetória acadêmica já bastante longa e um conjunto bastante amplo de textos publicados – divididos entre livros, capítulos de livros e artigos em periódicos –, sua projeção hodierna parece estar ligada diretamente ao arcabouço teórico que vem desenvolvendo desde o início da década de 2000. Mais especificamente, desde o ano de 2000,

* Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de graduação em Direito e Ciências do Estado da UFMG e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

com a publicação do livro "A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro" (SOUZA, 2000)¹. Logo no prefácio, Jessé Souza afirma: "De certo modo fui levado a um 'acerto de contas com minha consciência anterior', na medida em que compartilhava pressupostos fundamentais com a teoria e a interpretação sobre o Brasil que critico neste trabalho" (SOUZA, 2000, p. 9). Assim, esse livro revela-se como um ponto de inflexão na produção acadêmica de Jessé Souza, um divisor de águas, assumido como tal por ele mesmo, entre sua obra anterior e aquilo que viria a pesquisar e publicar nos anos seguintes. Complementar a esse trabalho, possuindo com ele um "vínculo orgânico" (SOUZA, 2012a, p. 15), seria publicado em 2003 o livro "A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica" (SOUZA, 2012a)². Se com esses dois livros estão esboçados os alicerces principais do projeto teórico de Jessé Souza pós-2000, a continuação desse projeto aconteceria por meio do "desenvolvimento de uma metodologia de estudos empíricos reconstruída e refletida criticamente" (SOUZA, 2012a, p. 21), cujos primeiros resultados estariam consubstanciados nos livros "A ralé brasileira: quem é e como vive", de 2009 (SOUZA, 2011)³, e "Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?", de 2010 (SOUZA, 2012b)⁴. A esses quatro livros viriam somar-se outros três: "A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite" (SOUZA, 2015)⁵, "A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado" (SOUZA, 2016)⁶ e "A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato" (SOUZA, 2017)⁷, nos quais ora são retomados e reafirmados pontos já discutidos nos trabalhos anteriores, ora são tratados temas políticos e sociais contemporâneos à luz desses pontos anteriormente alinhavados, ora – embora com menor frequência – são acrescentados

¹ A partir daqui, referido apenas como "A modernização seletiva".

² A partir daqui, referido apenas como "A construção social da subcidadania". Uma segunda edição desse livro, acrescida de um novo prefácio, foi lançada com o título de "A subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro" (SOUZA, 2018a).

³ A partir daqui, referido apenas como "A ralé brasileira".

⁴ A partir daqui, referido apenas como "Os batalhadores brasileiros". É interessante, nesse sentido, ter clareza quanto à posição intermediária do livro "A invisibilidade da desigualdade brasileira", de 2006. Organizado como uma coletânea de capítulos escritos por Jessé Souza ou por pessoas ligadas à sua equipe, os textos ali presentes "representam tanto desenvolvimentos ulteriores de nossa perspectiva teórica depois da publicação de *A construção social da subcidadania*, em 2003, aprofundando aspectos parciais quase sempre em debate direto com outras contribuições, quanto também os resultados da primeira parte de pesquisa empírica – informada teoricamente – realizada no Estado do Rio de Janeiro, com apoio da FAPERJ e do CNPq, entre 2003 e 2006" (SOUZA, 2006, p. 19, destaques do original). É essa posição intermediária que justifica a atribuição de um menor peso a esse livro no presente artigo.

⁵ A partir daqui, referido apenas como "A tolice da inteligência brasileira".

⁶ A partir daqui, referido apenas como "A radiografia do golpe".

⁷ A partir daqui, referido apenas como "A elite do atraso".

novos argumentos e novas conclusões. Finalmente, em 2018 seria lançada “A classe média no espelho: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade” (SOUZA, 2018b), obra que dá continuidade aos estudos empíricos, acompanhados de sistematização teórica, presentes em “A ralé brasileira” e “Os batalhadores brasileiros”.

Não obstante a relevância pontual de artigos e capítulos de livros esparsos publicados no período, nesses oito livros citados acima concentra-se o projeto teórico de Jessé Souza desdobrado no transcurso das últimas duas décadas. A partir desses trabalhos, é possível mapear como principais resultados até agora alcançados, por um lado, uma teoria inovadora da modernidade e da relação entre Brasil e modernidade e, por outro, uma teoria inovadora das classes sociais, inicialmente pensada para o Brasil, mas progressivamente estendida para além do contexto nacional. Ambas essas teorias, por seu turno, emergem mediadas por uma teoria da relação entre ideias e práticas sociais, marcada pela crítica à leitura sobre o Brasil que se tornou dominante ao longo do século XX nas ciências sociais elaboradas em solo pátrio e pela crítica à relação entre essa leitura dominante e a autocompreensão da sociedade brasileira.

236

Em que pese essas teorias, ou esses três momentos teóricos, guardem entre si uma conexão internamente constitutiva, a complexidade delas, somada à necessidade prévia de explicitação de referenciais teóricos, impede que as três sejam tratadas, a um só tempo, com a atenção necessária em único texto. Por conseguinte, o presente artigo tem por objetivos reconstruir a plataforma teórica que sustenta o projeto de Jessé Souza e demonstrar como essa plataforma serve à edificação de uma tese sobre a relação entre Brasil e modernidade, tese que implica, inarredavelmente, uma crítica a como essa relação foi predominantemente pensada ao longo do século XX. Para tanto, sua estrutura é esta: em primeiro lugar, procura refazer os passos de Jessé Souza na articulação inicial de seus referenciais teóricos, em “A modernização seletiva”; em segundo lugar, apresenta o modo como essa articulação inicial é alterada em “A construção social da subcidadania”, quando se pode afirmar a consolidação da base teórica do projeto de Jessé Souza; em terceiro lugar, mostra como a partir dessa base é construída uma proposta alternativa de definição da modernidade como um todo, da modernidade especificamente periférica e, o mais importante, da relação entre Brasil e modernidade; finalmente, em quarto lugar, busca levantar algumas críticas que talvez possam conduzir a desenvolvimentos ulteriores.

Estabelecido esse recorte, à exceção de uma ou outra alusão inevitável à teoria das classes sociais e à teoria da relação entre ideias e práticas sociais, seu tratamento detalhado fica

reservado para dois próximos textos. Além dessa primeira ressalva, uma segunda precisa ser enfatizada: não me dedico aqui a discutir a adequação ou não da interpretação que Jessé Souza faz dos autores com os quais trabalha. Isso não significa que eu concorde necessariamente com essa interpretação, mas apenas que essa avaliação não constitui um dos objetivos deste artigo, como apresentados acima.

Uma terceira e última ressalva introdutória: as páginas que se seguem podem ser lidas como relatório parcial de uma das etapas de projeto de pesquisa individual que conduzo neste momento na instituição à qual me filio⁸. Conforme a linha de investigação traçada em tal projeto e de acordo com os pressupostos metodológicos últimos que o informam, o propósito aqui não é dar conta do debate que se tem construído em torno das teses de Jessé Souza, mas reconstruir sua argumentação por meio de uma crítica imanente a seus próprios textos⁹. Esse caminho – pelo qual se pode ter acesso a questões sociológicas mais profundas retraçando-se uma certa “*história da teoria sociológica, elaborada com intenção sistemática*” (HABERMAS, 2010, p. 179) – permanece sendo um dos sentidos da categoria “reconstrução” como método crítico na obra de J. Habermas (HABERMAS, 2016).

237

1 A TÉTRADE INICIAL

Quando, em “A modernização seletiva”, Jessé Souza anuncia sua guinada teórica, uma premissa metodológica que lhe será cara diz respeito à necessidade de crítica e afastamento em face de “abordagens científicas *naturalistas*, ou seja, concepções científicas que não refletem adequadamente sobre os pressupostos de sua reflexão e se apropriam, na esfera da ciência, das ilusões objetivas do senso comum” (SOUZA, 2000, p. 12, destaques do original). É essa necessidade que o levará a dedicar os quatro capítulos iniciais daquele livro ao esclarecimento de seus pressupostos, correspondendo cada um desses capítulos a um dos seguintes autores: Max Weber, Norbert Elias, Jürgen Habermas e Charles Taylor.

Os dois primeiros ofereceriam o substrato indispensável para demonstrar-se o equívoco da interpretação dominante sobre o Brasil, segundo a qual a permanência na sociedade brasileira da herança ibérica e do personalismo e do patrimonialismo que lhe são correlatos

⁸ Referência suprimida para assegurar a avaliação cega.

⁹ Conferir, por todos, o modo como J. Habermas explicita esse método (HABERMAS, 2010, p. 177-181) e dele se vale em sua “Teoria da Ação Comunicativa” (HABERMAS, 2010). Para um debate sobre as tensões em torno dessa categoria habermasiana, cf. NOBRE; REPA, 2012.

resultaria em "um caso abortado de desenvolvimento ocidental moderno" (SOUZA, 2000, p. 127). Jessé Souza, ao contrário, sustenta que o caso brasileiro pode ser lido não como um processo de desenvolvimento moderno interrompido precocemente, mas como uma alternativa seletiva, dentre outras possíveis, desse mesmo desenvolvimento.

Nessa perspectiva, a obra de M. Weber – autor central, desde longa data, para a teoria social brasileira – é discutida principalmente no que tange à relação entre valores e instituições. A Jessé Souza interessa defender que valores não "são criações subjetivas", não "estando, nesse sentido, à disposição da faculdade de escolha dos agentes" (SOUZA, 2000, p. 12, destaques do original). A tese weberiana da singularidade da cultura ocidental, com seu racionalismo moderno, seu individualismo e sua impessoalidade, não poderia, portanto, ser compreendida sem se levar em conta o papel que o arcabouço institucional típico da modernidade, formado pelo mercado de trocas capitalista e pelo Estado burocrático, desempenha em sua encarnação social. Dessa maneira, a leitura dominante sobre o Brasil falharia ao postular a longa permanência, através dos séculos, de uma certa ordem valorativa pré-moderna – dominado por elementos como o personalismo e o patrimonialismo –, não enfrentando o problema de como teria sido possível a sobrevivência inalterada dessa ordem valorativa depois que aquelas instituições propriamente modernas chegaram à sociedade brasileira no início do século XIX. O apoio em M. Weber permitiria lidar com esse problema, comparando-se "experiências históricas concretas segundo a forma mais ou menos consequente na qual a cultura normativa da modernidade logrou se institucionalizar e permear o pano de fundo valorativo e normativo de cada sociedade singular", o que poderia conduzir à conclusão de que "o caso brasileiro é uma variante peculiar dessa lógica de desenvolvimento, e não o 'outro' dela, ou seja, um exemplo de sociedade intrinsecamente personalizada e pré-moderna" (SOUZA, 2000, p. 42).

N. Elias, por sua vez, abre a possibilidade de uma afirmação ainda mais direta desse argumento, posto que em seus estudos sobre o processo civilizatório ocidental fica claro que "os diferentes países 'civilizados' apresentam distinções importantes entre si a partir da forma peculiar com o que o conflito entre grupos concorrentes por prestígio e poder se articulou no interior da sociedade" (SOUZA, 2000, p. 52). Logo, as distinções entre países como França, Inglaterra e Alemanha desvelam um cenário em que "nenhum desenvolvimento nacional específico logra reunir todas as virtualidades fundamentais do que chamaríamos hoje de 'cultura ocidental', nem mesmo na sua 'versão dourada' do excepcionalismo americano" (SOUZA, 2000, p. 14). Não por acaso, os capítulos que se seguem aos quatro primeiros em "A modernização

seletiva" são destinados a mostrar que a "*seletividade*, ou seja, a realização parcial de aspectos do que usualmente associamos com a singularidade da cultura ocidental, é um atributo comum de todas as formas concretas de desenvolvimento observáveis na história do Ocidente" (SOUZA, 2000, p. 127, destaques do original), e os exemplos concretos para a comprovação dessa tese forte são dados pelos casos dos Estados Unidos, da Alemanha e do Brasil – tanto quanto a deste último, também a modernização daqueles países é, por definição, uma modernização seletiva.

Após M. Weber e N. Elias, é J. Habermas quem ganha o palco. Sua contribuição principal é tomada por Jessé Souza como sendo a "teorização sistemática e consequente de uma 'outra' instituição fundamental da sociedade moderna tematizada com o nome de sociedade civil ou esfera pública" (SOUZA, 2000, p. 60). Enquanto os clássicos das ciências sociais destacariam o mercado de trocas capitalista e o Estado burocrático como as instituições sobre as quais repousaria a peculiaridade da sociedade moderna, J. Habermas teria o mérito de trazer a lume a relevância da sociedade civil, e da esfera pública da qual ela é a encarnação institucional, para a compreensão da modernidade. Com isso, seria possível ampliar a discussão acerca do processo de modernização brasileiro para além do aspecto técnico-instrumental presente quando a visão desse processo aparece resumida ao mercado e ao Estado, passando-se a indagar em que medida tal processo também pode ser lido pela ótica de um "aprendizado coletivo também da ótica prático-moral como elemento principal do processo pedagógico pressuposto na democracia" (SOUZA, 2000, p. 93).

Por fim, a téttrade é completada por C. Taylor, ainda que o tema do reconhecimento traga também à colação as obras de Axel Honneth e de Nancy Fraser, embora com menor peso. Jessé Souza encontra em C. Taylor uma genealogia da "topografia moral" do Ocidente, caracterizada por dois princípios distintos, o princípio da vida cotidiana e o princípio da interioridade, e por dois bens constitutivos e contrapostos derivados deste último: o ideal da autonomia calculadora, que conduz à noção de dignidade universalmente compartilhada, e o ideal da expressividade individual, que conduz à noção de autenticidade de cada pessoa específica. Juntos, esses ideais configurariam o "'mapa' valorativo no qual as pessoas se orientam na sua prática diária" (SOUZA, 2000, p. 104) e estariam na raiz do conceito de reconhecimento, conforme a leitura tayloriana. Jessé Souza não possui muita clareza, naquele momento, quanto ao valor posicional da obra de C. Taylor e do tema do reconhecimento em seu projeto. Todavia: "Apesar de ser apenas provisório e tentativo o que iremos fazer sobre este

ponto, a consideração dessa dimensão é fundamental para nossos propósitos”, pois o “tema do reconhecimento (...) permite ampliar a discussão de pressupostos estruturais para a análise do caso do processo de modernização brasileiro”, uma vez que “aponta para uma sensibilidade dirigida aos processos de consciência que impedem formas de autoestima, especialmente dos setores subalternos, com graves consequências políticas” (SOUZA, 2000, p. 123).

Esse caráter provisório e tentativo, porém, surgirá bastante alterado no livro seguinte, “A construção social da subcidadania”. Nele, o debate com C. Taylor será retomado em um nível mais profundo e com desdobramentos teóricos mais produtivos.

2 A REDUÇÃO DA TÉTRADE A DOIS PILARES FUNDAMENTAIS

2.1 CHARLES TAYLOR E A TOPOGRAFIA MORAL DO OCIDENTE MODERNO

Logo no começo do novo livro, a questão teórica fundamental do projeto como um todo de Jessé Souza é colocada expressamente: trata-se do “esclarecimento das precondições sociais da naturalização da desigualdade em países periféricos como o Brasil” (SOUZA, 2012a, p. 25). Para essa tarefa, a topografia moral ocidental desvendada pelos escritos de C. Taylor oferece-se como a plataforma adequada de partida:

A topografia moral específica do Ocidente possui dois componentes principais: o princípio da interioridade, que se subdivide em outros dois princípios ao mesmo tempo complementares e contraditórios, como veremos a seguir; e o princípio da afirmação da vida cotidiana (SOUZA, 2012a, p. 29).

Quanto ao princípio da interioridade, sua longa gestação remontaria a Platão, recebendo um influxo crucial de Santo Agostinho e chegando à modernidade ocidental inicialmente fincado no âmbito religioso. Basicamente, por meio dele definir-se-ia uma clivagem entre superior e inferior, clivagem constituída pelo acesso ou não à interioridade. Essa noção desdobra-se de maneira complexa: por um lado, ao permitir a diferenciação entre os seres humanos e outras espécies vivas, abre o espaço para a emergência de uma concepção de dignidade universalmente partilhada. Para tanto, a ênfase situa-se na capacidade de controle racional de impulsos, sentimentos e desejos. Esse controle, para ser possível, exige a pressuposição da possibilidade de o sujeito humano despregar-se radicalmente dos contextos em que se encontra inserido, observando-os como que externamente e, por meio da razão,

decidindo como agir neles e sobre eles. Isso acaba conduzindo a um processo de auto-objetificação, em que o sujeito que vive e age no mundo concreto é tomado como objeto pelo sujeito que pretensamente se descola desse mundo para refletir, calcular e deliberar sobre como ele mesmo, na condição de objeto de si, deve agir. É esse processo que converge para aquilo que C. Taylor chamará de “self pontual”. A relação entre ele e aquela noção universal de dignidade não apresenta maiores dificuldades para ser compreendida: “Essas ideias germinadas durante séculos de razão calculadora e distanciada e de vontade como autorresponsabilidade (...) somadas remetem ao conceito central de Taylor de ‘self pontual’” (SOUZA, 2012a, p. 34); por seu turno, ao “novo self pontual corresponde um ideal de autorresponsabilidade o qual, juntamente com as noções de liberdade e razão que o acompanham, possibilita um novo sentido de ‘dignidade’” (SOUZA, 2012a, p. 33).

Na medida, porém, em que o princípio da interioridade permanece limitado ao âmbito religioso, sua força de moldagem de toda uma nova configuração moral mantém-se igualmente restrita. A ruptura dessa barreira e a consequente expansão do princípio da interioridade e da nova configuração moral que o acompanha dependerão, pois, de algum caminho de mediação que permita alcançar também a maneira como os indivíduos vivem e agem no seu dia-dia, em todos os atos e momentos de sua vida. A Reforma Protestante constituir-se-á como tal caminho de mediação, dela decorrendo o princípio da vida cotidiana:

O tema da vida cotidiana está em oposição à concepção da Antiguidade clássica, que exaltava a vida contemplativa por oposição à vida prática. A revolução de que fala Taylor é aquela que redefine a hierarquia social a tal ponto que agora as esferas práticas do trabalho e da família, precisamente aquelas esferas nas quais todos, sem exceção, participam, passam a definir o lugar das atividades superiores e mais importantes (SOUZA, 2012a, p. 34).

Ou seja, a mediação da Reforma Protestante e do princípio da vida cotidiana possibilita um processo de mudanças sociais de dimensões tão profundas que C. Taylor não terá para ele outro nome senão o de revolução:

Desse modo, abre-se espaço para uma nova e revolucionária (dado seu potencial equalizador e igualitário) noção de hierarquia social que passa a ter por base o self pontual tayloriano, ou seja, uma concepção contingente e historicamente específica de ser humano, presidido pela noção de calculabilidade, raciocínio prospectivo, autocontrole e trabalho produtivo (...) (SOUZA, 2012a, p. 34-35).

Por outro lado, a ênfase na calculabilidade, na razão distanciada e numa noção de ser humano desarraigado, com suas consequências altamente contraditórias visíveis ao longo do próprio processo histórico responsável por sua efetivação, atrairá para si a oposição de uma concepção igualmente fundada na noção de interioridade, mas radicalmente distinta da noção de “self pontual”. Sua origem remontaria, do ponto de vista da história das ideias, a nomes como Montaigne, Rousseau e os moralistas escoceses, encontrando, porém, no romantismo, sobretudo o alemão, “sua elaboração mais consistente e duradoura”, cujo passo indispensável é a renomeação das paixões como sentimentos:

Ao invés de conceber a natureza interna como um campo de pulsões incontroláveis e perigosas, o que equivale à denominação negativa das paixões, descobre-se ao contrário um campo fundamental que passa a ser percebido como a fusão do sensual e sentimental com o espiritual, em que é o aspecto sensual e sentimental que passa a ter a proeminência. (...) A novidade radical em jogo é que a compreensão do que é certo ou errado passa a ser percebida não apenas como um assunto que requer reflexão distanciada e cálculo instrumental, mas também e até especialmente como algo ancorado nos nossos sentimentos (SOUZA, 2012a, p. 36-37).

242

“Expressivismo” será o nome que esse outro elemento da topografia moral do Ocidente moderno receberá: “A ideia central, por oposição ao tema da dignidade do self racional e pontual, é a da originalidade de cada pessoa, aqui o tema é a ‘voz’ particular de cada um, enquanto tal, única e inconfundível” (SOUZA, 2012a, p. 36).

Interioridade e vida cotidiana; interioridade difratando-se nas noções de self pontual e de expressivismo; self pontual conduzindo a uma noção universal de dignidade – portanto, relacionando-se internamente com o problema da igualdade; expressivismo conduzindo a uma noção singular de autenticidade – portanto, relacionando-se internamente ao problema da diferença –: essa seria a topografia moral do Ocidente moderno. Nela, estariam inscritas as fontes morais a partir das quais se poderia alcançar tanto uma relação positiva consigo quanto uma avaliação positiva de si pela sociedade. Em outras palavras, é nessa topografia moral que se situariam as fontes modernas de autoestima e de reconhecimento social: a condição – inevitavelmente tensa dada a oposição estrutural entre self pontual e expressivismo – de ser racional como os outros seres humanos e de ser dotado de uma interioridade única capaz de expressar-se singularmente na vida social seriam constitutivos da estima dos sujeitos por si mesmos, bem como de seu reconhecimento pela sociedade.

Mas, se self pontual e expressivismo, com as correlatas noções de dignidade e de autenticidade, são as fontes possíveis de autoestima e de reconhecimento social, eles estão também na origem da inexistência de autoestima e da negação do reconhecimento social. Neste ponto, fecha-se o círculo dos desdobramentos complexos do princípio da interioridade: a clivagem que se erige em torno dele entre superior e inferior não servirá apenas para diferenciar os seres humanos de outros seres vivos. Servirá também para diferenciações internas à sociedade humana, criando-se, a partir disso, toda uma hierarquização social entre seres humanos que conseguem alcançar autoestima e reconhecimento social e seres humanos para os quais o caminho em direção a ambos os bens morais está bloqueado.

A explicitação de toda essa topografia moral tem para Jessé Souza uma relevância ímpar, na medida em que revela a genealogia – e, com isso, o caráter contingente – de valores e hierarquias valorativas que, sem tal explicitação, tendem em geral a, encarnados institucionalmente, ser compreendidos intuitivamente e assumidos praticamente como se fossem naturais.

Contudo, C. Taylor não teria dado a devida atenção ao modo como essa hierarquia valorativa da modernidade ocidental, por um lado, articula-se concretamente com o complexo institucional mais fortemente característico da modernidade (SOUZA, 2012a, p. 73) e, por outro lado, encontra-se imbricada com uma sociedade cindida em classes, imbricação que condiciona uma dinâmica própria de luta por recursos escassos:

se Taylor é talvez o teórico contemporâneo que tem mais a dizer acerca da hierarquia valorativa opaca e intransparente, que comanda nossa vida cotidiana em todas as suas dimensões, ele não vincula sua reflexão nessa dimensão genealógica fundamental a uma teoria da ação social no sentido weberiano do termo, ou seja, à relação entre classes e grupos sociais em luta por recursos escassos (...) (SOUZA, 2012a, p. 76).

Essa não-tematização adequada da cisão de classes liga-se umbilicalmente a outro aspecto marcante da obra tayloriana, a saber: sua ênfase, naquilo que se refere ao reconhecimento social, nas questões atinentes ao expressivismo e à autenticidade, ocupando um lugar secundário as questões típicas do self pontual e da dignidade. Não se trata aqui, porém, de mero descuido de C. Taylor. Essa ênfase vem teoricamente justificada por um diagnóstico de fundo segundo o qual – ao menos em sociedades como as da Europa, dos Estados Unidos e do Canadá – os problemas envoltos com a efetiva universalização da dignidade já teriam sido superados. Sobre isso, Jessé Souza afirma:

o problemático nesta escolha parece-me residir tanto no aspecto teórico quanto no político. Teoricamente ela implica uma noção muito rasa de reconhecimento por dignidade, que Taylor termina por definir residualmente em relação à noção mais rica e multifacetada de reconhecimento por autenticidade. Politicamente, como uma consequência do aspecto teórico referido anteriormente, Taylor parece partir da assunção de uma igualdade efetiva, pelo menos tendencial, nas sociedades avançadas do Estado do bem-estar social, cujo conflito central agora seria marcado pelas demandas de reconhecimento da diferença (SOUZA, 2012a, p. 74).

Se mesmo diante das sociedades em que mais notadamente o Estado de bem-estar social foi efetivado é difícil convencer-se de que tenham eliminado definitivamente os conflitos que circundam o tema de uma dignidade universalizada (SOUZA, 2012a, p. 77), a situação agrava-se em face de sociedades periféricas como a brasileira. Frente a estas, parece exigível

ênfase a dimensão do reconhecimento por dignidade em desfavor do tema do reconhecimento por autenticidade, pelo menos do modo como ele [C. Taylor] propõe. E isto não porque acredite que um estudioso da periferia tenha que privilegiar o aspecto da igualdade – pelo óbvio abismo que separa sociedades centrais e periféricas neste particular – em relação ao complexo temático da diferença. Como uma sociedade desigual, multicultural e preconceituosa em todas as dimensões, uma sociedade periférica como a brasileira possui, também, os dois aspectos como desafios simultâneos e inexoráveis (SOUZA, 2012a, p. 76).

244

Logo, para lidar com essas insuficiências da abordagem tayloriana, uma outra abordagem faz-se necessária: “É essa a razão principal pela qual considero indispensável tentar traçar uma complementaridade entre sua perspectiva e a de Pierre Bourdieu” (SOUZA, 2012a, p. 42).

2.2. PIERRE BOURDIEU E UMA TEORIA DA DISTINÇÃO SOCIAL

P. Bourdieu, que não figurava na téttrade anunciada anteriormente em “A modernização seletiva”, aparece agora como pilar complementar indispensável do arcabouço teórico de Jessé Souza. Sua principal contribuição será uma teoria da distinção social apta a “desvelar e revelar as formas opacas e distorcidas que a luta de classes e entre frações de classes assume na modernidade tardia” (SOUZA, 2012a, p. 43), proporcionando um desmascaramento sistemático “da ideologia da igualdade que serve de base ao consenso social e político das sociedades desenvolvidas do Ocidente” (SOUZA, 2012a, p. 85), ideologia da qual C. Taylor não teria conseguido escapar satisfatoriamente.

A compreensão dessa teoria da distinção social encontra um bom ponto de partida no conceito de “*habitus*”:

O *habitus* seria um sistema de estruturas cognitivas e motivadoras, ou seja, um sistema de disposições duráveis inculcadas desde a mais tenra infância que pré-molda possibilidades e impossibilidades, oportunidades e proibições, liberdades e limites de acordo com as condições objetivas.

(...)

Fruto de dada condição econômica e social, o *habitus* implica a inscrição dessas precondições, especialmente as relativas às experiências infantis, que passam a ser traduzidas no sujeito como um conjunto de estruturas perceptivas e avaliativas servindo como uma espécie de filtro para todas as outras experiências ulteriores. O *habitus* seria, portanto, um esquema de conduta e comportamento que passa a gerar práticas individuais e coletivas. (SOUZA, 2012a, p. 45-46).

Em outras palavras, o conjunto de experiências vividas desde o início da vida vai condicionando nos sujeitos a cognição do entorno social em que se inserem, a avaliação dos elementos presentes nesse entorno e a motivação da ação nesse entorno, isto é, tanto aquilo que é visto, percebido, captado pelos sentidos, quanto aquilo que é julgado positiva ou negativamente e ainda aquilo que é tomado como motivo para agir ou não agir de uma ou de outra maneira. Esse condicionamento insere-se profundamente nos sujeitos, a ponto de moldá-los corporalmente: o *habitus* é “disposição incorporada”, disposição tornada corpo, visível em hábitos alimentares, formas de sentar, de falar e de andar, corte de cabelo, escolha de vestuário, bem como também em interesses por certas práticas esportivas ou certas manifestações culturais.

Com sua inscrição no corpo, os comportamentos assim condicionados aparecem como naturais, posto que essa inscrição opera de modo extremamente eficaz o esquecimento de toda gênese do *habitus* e dos fatores, sempre contingentes, que condicionam sua constituição como *habitus*: “O *habitus* é o passado tornado presente, a história tornada corpo e portanto ‘naturalizada’ e ‘esquecida’ de sua própria gênese” (SOUZA, 2012a, p. 46).

A incorporação por meio do *habitus* relaciona-se, por sua vez, com a dinâmica institucional da sociedade:

A própria reprodução institucional só é possível dada a existência dessas disposições ajustadas a uma finalidade, revivendo e revigorando a letra morta depositada nessas instituições. É o *habitus* que produz a “mágica social” que faz com que as pessoas se tornem instituições feitas de carne (SOUZA, 2012a, p. 46).

O passo seguinte em direção a uma teoria da distinção social é dado com a explicitação de que, se é verdade que o condicionamento por meio de habitus é em princípio um fenômeno comum a quaisquer sujeitos dentro da sociedade, aquilo que especificamente forma um habitus varia de acordo com um pertencimento de classe. Estando o habitus relacionado a condições objetivas de ordem econômica e social, o habitus específico de classes social e economicamente distintas também será diferente.

A alusão à divisão da sociedade em classes traz consigo inarredavelmente o problema da dominação de classe. Segundo P. Bourdieu, em sociedades com elevada objetificação do capital como é a sociedade moderna, a dominação de classe tende a assumir a forma da impessoalidade, saindo de cena o exercício direto da dominação por meio da violência física visível para dar lugar a mecanismos opacos muito mais sofisticados e difíceis de identificar. Com isso, por um lado o conceito de classe carece de uma nova definição:

classe deixa de ser percebida a partir de propriedades ou de coleções de propriedades para ser definida como fundamento de práticas sociais similares, que permitem estratégias comuns e consequências compartilhadas mesmo na ausência de acordos conscientes e refletidos (SOUZA, 2012a, p. 57).

246

Por outro lado, o aspecto próprio da dominação impessoal e um conceito de classe reconstruído a partir disso emergem ligados, em P. Bourdieu, ao desenvolvimento de sua teoria dos capitais. Nos termos dessa teoria, nas sociedades modernas correspondentes ao capitalismo amadurecido, saber e conhecimento assumem uma centralidade tamanha que o “capital cultural”, como soma de “capital educacional” e origem familiar (SOUZA, 2012a, p. 55), desdobra-se de modo “relativamente independente do capital econômico, dividindo com este o potencial de estruturar a sociedade como um todo e determinar o peso relativo das classes sociais e suas frações em luta por recursos escassos” (SOUZA, 2012a, p. 54). Como consequência, o caráter dessa luta também é alterado:

A luta de classes e das frações de classe na modernidade tardia assume, para Bourdieu, a forma de luta cultural pela hegemonia a partir da definição de cultura considerada legítima. A luta social é, antes de tudo, a luta pelo poder de definir nos seus próprios termos, ou seja, nos termos da classe ou fração hegemônica, os esquemas classificatórios, em grande parte inconscientes e irrefletidos, que irão servir como orientação de comportamento a todas as classes sociais sob seu jugo (SOUZA, 2012a, p. 58).

Esse “poder de definir nos seus próprios termos” tem imediatamente pelo menos duas implicações práticas internamente conectadas e derivadas da imbricação entre instituição e corpo: como primeira implicação, as instituições centrais da sociedade moderna, como Estado e mercado, são perpassadas internamente pelo habitus de uma classe dominante ou de frações de classe dominantes e configuram-se como instituições que, por meio de toda uma sistemática de prêmios e sanções, isto é, de incentivos positivos e negativos, impõem o habitus específico de uma classe ou de uma fração de classe a toda a sociedade. Na medida, porém, em que o habitus possui a força da incorporação e da naturalização, uma segunda implicação prática é que aquelas pessoas que desde a infância adquirem incorporadamente o habitus dominante tendem a obter sucesso na competição social mediada por essas instituições, ao passo que integrantes das classes cujo habitus não é o dominante estão, desde sua socialização primária no transcurso da infância, condenadas e condenados ao fracasso social, numa reprodução tendencialmente indefinida da dominação de classe.

Ademais, uma vez que toda essa dinâmica de lutas ocorre em torno de mecanismos opacos e não só o habitus aparece aos sujeitos como algo naturalizado, mas também a encarnação de um habitus de classe específico nas instituições principais que ordenam a dinâmica social não levanta suspeitas, a existência ela mesma da dominação de classe e sua perpetuação trazem consigo a possibilidade de uma justificação baseada na ideia de “distinção”: “A ‘distinção’ aparece como uma diferença ‘merecida’, correta e justa já que supostamente se basearia nos talentos inatos de seus possuidores” (SOUZA, 2012a, p. 58). Daí o interesse de P. Bourdieu em uma crítica do gosto, posto que no juízo estético supostamente superior das classes dominantes estaria escondida uma pretensão de superioridade naturalizante apta a oferecer-se como justificação da própria dominação. É como se escondidas as regras do jogo social que, desde o início, favorecem uma classe, essa classe, inevitavelmente vencedora ao final cotidiano do jogo, procurasse legitimar sua vitória cotidianamente reiterada afirmando a imparcialidade universal das regras e sua melhor adequação a elas como a única causa daquela vitória:

O gosto para Bourdieu funciona como senso de distinção por excelência precisamente por separar e unir, constituindo, portanto, solidariedades e preconceitos de forma universal – tudo é gosto! – a partir de fios invisíveis e opacos. É dessa ideia central que se constitui a ideologia espontânea da burguesia na alta modernidade, que permite assumir uma aparência de universalismo e de competição em igualdade de condições, de onde a burguesia sempre retirou sua legitimidade explícita, precisamente sob a assunção implícita de uma distinção natural – ao modo portanto de qualquer aristocracia pré-moderna – tornada efetiva e possível por meios especificamente modernos e de singular opacidade (SOUZA, 2012a, p. 58).

Não obstante o mérito expressamente atribuído a toda essa construção teórica por Jessé Souza, aos seus olhos, todavia, também P. Bourdieu cometeria equívocos que demandariam ser afastados para que seja frutífera a apropriação de sua teoria. Assim, contradizendo-se ao enredar-se nos vícios que acusa nas abordagens de esquerda quanto à classe trabalhadora (SOUZA, 2012a, p. 60), P. Bourdieu consideraria o habitus dessa classe como algo meramente residual, construído apenas reativamente perante o habitus dominante. Nessa abordagem, a ênfase acaba recaindo na vulnerabilidade e na dependência da classe trabalhadora diante da cultura imposta/aceita como legítima. Essa compreensão equivocada ligar-se-ia ao fato de P. Bourdieu perceber de maneira ímpar os “‘efeitos’ da dependência objetiva da autoestima das classes dominadas, seja em relação ao mercado por meio do salário e do status ocupacional, seja por meio da ação do sistema educacional que reproduz, ao seu modo, as hierarquias sociais” (SOUZA, 2012a, p. 61), mas ter “muito pouco ou nada” a dizer sobre as causas e a gênese específica dessas “concepções de mundo hierarquizadoras que se fazem notar apenas por seus efeitos através da eficácia de certas instituições fundamentais” (SOUZA, 2012a, p. 61).

248

A ausência de uma reflexão sobre a gênese dessas “concepções de mundo hierarquizadoras”, resultaria em uma “radical contextualização” (SOUZA, 2012a, p. 85) do argumento bourdieusiano, cujo sintoma mais forte seria uma redução de toda a análise social à categoria do poder e à lógica instrumental:

Esse é o terreno onde as contradições de Bourdieu se mostram mais facilmente. O raciocínio da lógica instrumental, que reduz todas as determinações sociais à categoria do poder, mostra-se aqui em toda sua fragilidade. No limite, torna-se incompreensível por que algumas estratégias sociais e alguns “blefes” dão certo e outros não. Para sairmos dessa absoluta arbitrariedade nessa dimensão da análise, torna-se necessário pleitear-se “alguma coisa” para além da mera *illusio* do jogo social. Como aponta Axel Honneth, a competição dos diversos grupos sociais entre si só tem sentido se pressupusermos a existência de interpretações conflitantes acerca de um terreno comum de regras que lograram ser reconhecidas transclassisticamente (SOUZA, 2012a, p. 87, destaques do original).

Conduzida a análise social segundo essa lógica, faltaria a ela a possibilidade de recurso a critérios que, transcendentemente à concretude dos conflitos de classe, pudessem contribuir para o entendimento da lógica de fundo sobre a qual esses conflitos emergem. Ao mesmo tempo, estaria também vetada teoricamente desde o princípio qualquer forma de aprendizagem social, pois esta sempre nada mais seria do que a simples adequação de uma classe a certo habitus que

então se torna dominante, e nunca um processo no qual princípios morais internamente constitutivos da sociedade como um todo são efetivamente universalizados.

2.3 ENTRE C. TAYLOR E P. BOURDIEU

Se a referência expressa na passagem imediatamente acima transcrita é a Axel Honneth, no fundo o *corpus* teórico que parece oferecer um complemento adequado a esse déficit identificado em P. Bourdieu continua sendo aquele elaborado por C. Taylor. É a aproximação reciprocamente crítica entre esses dois autores que virá a se consolidar como o alicerce teórico-conceitual do amplo projeto de investigação de Jessé Souza: “estes dois pontos de partida teóricos podem servir, combinadamente, para uma concepção alternativa da modernidade periférica” (SOUZA, 2012a, p. 87). Não é que M. Weber e N. Elias, ou mesmo A. Honneth, deixarão de ser trazidos à argumentação esporadicamente, nem que outros nomes de semelhante envergadura não virão a somar-se ao pano de fundo teórico-conceitual mais abstrato da reflexão empreendida¹⁰. Mas, a partir de “A construção social da cidadania”, serão principalmente C. Taylor e P. Bourdieu os marcos decididamente axiais seja da teoria das classes, seja da teoria da modernidade de Jessé Souza.

Antes de passar à próxima seção, uma última nota precisa ser acrescentada sobre a maneira como Jessé Souza articula seus referenciais teóricos: essa articulação crítica consiste em si num gesto a ser destacado. Jessé Souza não se resume a assumir como dadas as teorias com que trabalha e a aplicá-las à realidade periférica que pretende mais diretamente analisar. Se esse último é um procedimento teórico bastante comum em condições periféricas, revelando certa colonialidade ainda fortemente presente no universo acadêmico, na ruptura com essa lógica reside um dos maiores méritos da obra de Jessé Souza.

¹⁰ Em “A tolice da inteligência brasileira”, por exemplo, o conceito de poder disciplinar em Michel Foucault é apresentado como possuindo um potencial explicativo complementar ao do conceito de habitus em P. Bourdieu (SOUZA, 2015, p. 188-197). M. Foucault não estava de todo ausente em textos anteriores (SOUZA, 2011, p. 421-431), mas não recebia o destaque que recebe no livro de 2015. A ausência de uma atenção maior à obra de J. Habermas nos trabalhos posteriores a “A modernização seletiva” será retomada criticamente nas considerações finais deste artigo.

4 BRASIL E MODERNIDADE¹¹

Internamente àquilo que estou chamando de teoria da modernidade de Jessé Souza, há pelo menos três aspectos distintos: uma abordagem da modernidade em geral, uma abordagem da modernidade especificamente periférica e, dentro desta, uma abordagem da relação entre Brasil e modernidade.

Quanto à modernidade em geral, sua arquitetura estaria desvelada diretamente pela aproximação reconstruída no tópico anterior entre a topografia moral descrita por C. Taylor e a concepção de distinção social no contexto de luta por recursos escassos no capitalismo amadurecido, desenvolvida por P. Bourdieu. Esse modelo teórico apresentaria de modo satisfatório o conjunto determinante de valores de fundo e a dinâmica social ativa de qualquer sociedade moderna:

Considerar as sociedades centrais e periféricas como modernas, portanto, significa perceber que os princípios fundamentais de organização social são (...) os mesmos, nos dois casos, ainda que com resultados e consequências distintas do ponto de vista econômico, social e político, para cada um desses tipos de sociedade (SOUZA, 2012a, p. 77).

250

A maneira própria como cada sociedade nacional irá apropriar-se com mais ênfase de um ou de outro aspecto de um padrão estandardizado de modernidade, padrão esse não verificável empiricamente em nenhuma sociedade concreta, faz com que em cada uma dessas sociedades nacionais encontre-se desenvolvida uma modernidade relativamente *sui generis*, o que permite concluir que o processo de modernização, no Brasil ou alhures, constituiu-se ao longo dos séculos sempre pelo caminho de uma “modernização seletiva”: isto é, não importa se Brasil, Alemanha ou Estados Unidos, em nenhum desses casos está presente todo o complexo de características de um conceito padrão de modernidade; em todos esses casos há apropriações seletivas de algumas dessas características, com a exclusão de outras¹². Entretanto, a diferença entre as consequências econômicas, sociais e políticas de um mesmo conjunto de “princípios fundamentais de organização social” tende a repetir-se, em linhas gerais, de modo típico entre

¹¹ Embora, como afirmado na introdução deste artigo, seu objetivo seja oferecer uma crítica interna aos textos de Jessé Souza, e não abordar o debate em torno das teses por ele desenvolvidas, é válido fazer referência a pelos menos dois autores que têm procurado pensar sólida e criativamente a questão da modernidade no Brasil. São eles Sérgio Tavolaro (2005; 2014) e José Maurício Domingues (2002, 2003, 2005, 2009, 2013).

¹² Essa é a tese-guia que dá nome ao livro “A modernização seletiva”.

dois conjuntos mais amplos de sociedades, sendo isso o que justifica a distinção categorial entre a modernidade central e a modernidade periférica.

Modernidade periférica, em Jessé Souza, refere-se aos países da “nova periferia”, que não se confundem com as grandes civilizações de uma “velha periferia”, formada por sociedades como a chinesa ou a indiana. Enquanto nestas há o traço marcante de culturas religiosas milenares que, organizadas simbolicamente e articuladas institucionalmente, constituem e limitam as práticas cotidianas da sociabilidade, nas sociedades da nova periferia “essa visão de mundo articulada institucional e simbolicamente era inexistente” (SOUZA, 2012a, p. 95). Ao mesmo tempo, essas sociedades novo-periféricas não passaram pelo “processo de lenta maturação e consolidação, permeada por guerras e conflitos de toda espécie” (SOUZA, 2012a, p. 93), que iria fazendo nascer nas sociedades da modernidade central aquela nova ordem moral esmiuçada por C. Taylor, bem como sua encarnação institucional. Assim, não houve na nova periferia nem a resistência que o mercado capitalista encontrou inicialmente em antigas civilizações orientais, nem a generalização, efetuada por longos processos históricos, do reconhecimento social pautado pela nova ordem valorativa, sobretudo na dimensão da dignidade – o que, com todas as ressalvas contra apologias ingênuas das sociedades centrais, não pode ser desconsiderado como algo ao menos relativamente mais desenvolvido do que nas sociedades periféricas. Em síntese: “Inexistiu, portanto, as limitações e barreiras profundas que Weber percebia no caso da transplantação do capitalismo para a Índia, por um lado, mas também inexistiu o potencial generalizador, abrangente e inclusivo, existente nas sociedades centrais do Ocidente” (SOUZA, 2012a, p. 98).

Por conseguinte, a relação entre instituições sociais, práticas sociais e ideias socialmente vinculantes terá uma configuração específica na modernidade periférica:

Uma especificidade importante da modernidade periférica – da “nova periferia” – parece-me precisamente o fato de que, nestas sociedades, as “práticas” modernas são anteriores às “ideias” modernas. Assim, quando mercado e Estado, ainda que de modo paulatino, fragmentário e larvar, são importados de fora para dentro com a europeização da primeira metade do século XIX, inexistiu o consenso valorativo que acompanha o mesmo processo na Europa e na América do Norte (SOUZA, 2012a, p. 96-97).

Todavia, com tudo isso não se quer dizer que o contexto das sociedades novo-periféricas prévio à chegada das instituições modernas não influenciaria a conformação dessas instituições no novo solo social. Mas essa influência seria distinta daquela verificada nas

sociedades da velha periferia: nestas, ela aparece como resistência positiva à implantação das novas instituições e das novas práticas, ao passo que nas sociedades da nova periferia ela se manifesta “negativamente”, como “ausência de certas precondições existentes na modernidade central” (SOUZA, 2012a, p. 96). Valendo-se do conceito tayloriano de “esquematização” – cunhado para referir-se ao imbricamento entre uma nova visão de mundo e um imaginário social anterior, imbricamento no qual a nova visão de mundo é em alguma medida adaptada por esse imaginário anterior aos seus próprios termos – Jessé Souza afirma:

se a “esquematização” da nova realidade institucional moderna na “nova periferia” não possui, por razões históricas e estruturais, a mesma eficácia e amplitude do mesmo processo, seja na modernidade central, seja na “velha periferia”, isto, sem dúvida não significa que o contexto prévio à modernização, apesar de comparativamente raso e superficial pelas razões aludidas anteriormente, não possua qualquer eficácia (SOUZA, 2012a, p. 99).

Modernidade periférica corresponderia, pois, a sociedades em que as instituições modernas, com sua conformação de práticas modernas, são anteriores ao ideário moderno, e cujo contexto anterior à chegada dessas instituições modernas influencia somente de forma negativa a esquematização do novo complexo valorativo, sua aclimação ao novo território social.

Essa definição conceitual de modernidade periférica convida internamente, por sua vez, a uma reflexão sobre a esquematização singular que se verificará em cada sociedade dentro do tipo societário novo-periférico. Sendo o Brasil uma dessas sociedades, tal reflexão tem início com um diagnóstico geral acerca do modo como seria pensada a relação entre Brasil e modernidade no bojo das teses dominantes nas ciências sociais brasileiras: autores do porte de Sérgio Buarque de Holanda, Raimundo Faoro e Roberto DaMatta, apesar das significativas diferenças, convergiram na constatação de que o processo de modernização do país teria sido epidérmico, superficial, inautêntico – mais um desvio em face da modernidade do que um desenvolvimento diferencial da própria modernidade. É essa convergência de fundo entre tais autores que estará destacada por Jessé Souza sob a rubrica de “sociologia da inautenticidade” (SOUZA, 2000, p. 11), sendo que o ponto exato de convergência residiria no “culturalismo atávico” (SOUZA, 2000, p. 205-206): as teses principais desses autores – a cordialidade em S. Buarque de Holanda, o patrimonialismo desdobrado por R. Faoro, a dualidade social em R. DaMatta – afirmariam uma continuidade entre Portugal e Brasil que desconsideraria

radicalmente o impacto que as instituições modernas teriam na sociedade brasileira e os processos de estratificação social que lhes viriam corresponder, como se certo caldo cultural fosse transmitido intergeracionalmente aos moldes de uma herança quase biológica e continuasse a reproduzir-se no cotidiano social independentemente da configuração institucional e da conformação da estratificação social a ela atrelada.

Dinâmica institucional e estratificação social correspondente seriam, ao contrário, os pilares adequados para a compreensão da relação entre Brasil e modernidade. Logo, essa compreensão deveria retornar ao momento em que as instituições principais da modernidade – o Estado burocrático e o mercado de trocas capitalista – chegam à sociedade brasileira. É isso que leva Jessé Souza a buscar apoio em Gilberto Freyre para encontrar no início do século XIX – mais concretamente, em 1808, com a chegada da família real portuguesa – o ponto de inflexão indispensável a seu projeto teórico: a partir dali, as novas instituições, com suas novas práticas e o novo complexo valorativo que, exatamente, institucionalizam, entrariam em contato com a sociedade tal qual estava estruturada até então. Desse encontro, por um lado, a sociedade brasileira emergiria significativamente alterada; mas, por outro lado, as novas instituições, com suas práticas e seus valores, não deixariam de ser “esquemmatizadas” pela sociedade que lhes antecedia, isto é, também pelas instituições, com suas práticas e valores correspondentes, anteriores a 1808 – por mais frágeis que fossem. Dessas mudanças todas, resultaria ao fim e ao cabo uma nova estratificação social.

Jessé Souza, desenvolvendo uma leitura autônoma da obra de G. Freyre, enfatizará na sociedade pré-1808 o complexo familiar patriarcal e sua relação com o tipo específico de escravidão que teria tido lugar desde os primórdios na colônia portuguesa. O complexo familiar patriarcal

como que reunia em si toda a sociedade. Não só o elemento dominante, formado pelo senhor e sua família nuclear, mas também os elementos “intermediários”, constituídos pelo enorme número de bastardos e dependentes, além da base de escravos domésticos e, na última escala da hierarquia, os escravos da lavoura (SOUZA, 2000, p. 218-219).

Essa “família aumentada” conectava-se internamente a uma escravidão de inspiração maometana, fruto da época em que Portugal esteve sob o domínio mouro. Divergindo da interpretação célebre de Benzaquen de Araújo, Jessé Souza entende que, para G. Freyre, o traço primordial dessa forma de escravidão – aquilo que a distinguiria por excelência da escravidão, por exemplo, na América do Norte – não estaria no “despotismo oriental” do senhor, mas na

proximidade, na confraternização possível, no componente familiar da escravidão brasileira: no limite, o escravo e a escrava também integravam a família patriarcal (SOUZA, 2000, p. 220-225).

Tal integração, por suposto, não deixará de ter consequências marcadamente ambíguas. Muito longe de enredar-se em qualquer linha de raciocínio que poderia conduzir a algo próximo à tese da democracia racial, o que interessa a Jessé Souza é, com e contra G. Freyre, o elemento sadomasoquista das relações sociais insertas num contexto de família patriarcal e escravidão maometana.

Nesse contexto, a ausência de outras instituições de mediação social abria ao senhor um campo ilimitado para o exercício de sua autoridade:

Não existem limites à autoridade pessoal do senhor de terras e escravos. Não existe justiça superior a ele, como em Portugal era o caso da justiça da Igreja, que decidia em última instância querelas seculares; não existia também poder policial independente que lhe pudesse exigir cumprimentos de contratos, como no caso das dívidas impagáveis de que fala Freyre, não existia ainda, last but not least, poder moral independente, posto que a capela era uma mera extensão da casa grande (SOUZA, 2000, p. 230, destaques do original).

254

Assim, sem limitações efetivas às pulsões mais imediatas, aos instintos e “desejos primários de sexo, agressividade, concupiscência ou avidez” (SOUZA, 2000, p. 227) que, por conseguinte, podiam expressar-se com todas as suas consequências na vida social, constituía-se socialmente uma tessitura de relações em que a contrariedade ao senhor poderia resultar em atos de extrema brutalidade e, mais importante do que isso – na verdade, como resultante disso, para evitar a efetivação de uma crueldade sempre virtualmente presente –, desenvolvia-se também uma disposição a conformar-se às vontades e aos valores do senhor, ainda quando isto implicasse certa dose de dor e sofrimento, desde que menor do que aquela dose que poderia explodir a qualquer momento a partir da contrariedade a essa vontade (SOUZA, 2012a, p. 105).

O recurso a uma categoria psicológica para a explicação de constantes sociais não se reveste de um tom arbitrário na medida em que a justificativa para esse recurso também reside na fragilidade institucional vigente na sociedade brasileira da época:

Estamos lidando, no caso brasileiro, na verdade, com um conceito limite de sociedade, onde a ausência de instituições intermediárias faz com que o elemento familístico seja seu componente principal. Daí que o drama específico dessa forma societária possa ser descrito a partir de categorias social-psicológicas cuja gênese aponta para as relações sociais ditas primárias (SOUZA, 2000, p. 228).

Justificado teoricamente seu uso como categoria explicativa, Jessé Souza afirma estar convencido de que o elemento sadomasoquista seria a chave para a compreensão da ambiguidade marcante no conceito de patriarcalismo de Gilberto Freyre: “a consideração simultânea de distância e segregação com proximidade e intimidade” (SOUZA, 2012a, p. 112). Se, por um lado, a identificação com a ordem valorativa do senhor e com o direcionamento de seus desmandos abria a possibilidade de uma proximidade que não deixava de ter efeitos significativos – como se dava, por exemplo, em casos de filhos tidos com escravas –, na outra ponta dessa linha formada por um entrelaçamento complexo de fios estava situada a possibilidade da desconsideração radical pelo outro, da negação ao outro da própria condição de ser humano:

É precisamente como uma sociedade constitutiva e estruturalmente sado-masoquista, no sentido de uma patologia social específica na qual a dor alheia, o não reconhecimento da alteridade e a perversão do prazer transformam-se em objetivo máximo das relações interpessoais, que Gilberto Freyre interpreta a semente essencial da formação brasileira (SOUZA, 2000, p. 228).

255

Ou seja, a escravidão moura, reproduzida num ambiente de institucionalidade precária,

parece ter sido o elemento decisivo da singularidade da sociedade escravocrata colonial e, portanto, da semente da forma singular que a dependência pessoal assumiu entre nós, ou seja, do elemento que deveria “esquematizar” (...) a futura influência europeizante moderna (SOUZA, 2012a, p. 112).

A “influência europeizante” que viria a ser esquematizada pela escravidão maometana e pelo sadomasoquismo dela derivado chegaria encarnada nas duas novas instituições do início do século XIX: o mercado de trocas capitalista e o Estado burocrático. Essas instituições fomentariam certas práticas e destituiriam outras, por meio de estímulos positivos e negativos, de prêmios e sanções no sentido sociológico, fermentando com essa reordenação das práticas sociais toda uma nova ordem valorativa, nova ordem que, pouco a pouco, ia sendo internalizada e naturalizada. Essa nova ordem era tipicamente moderna, não possuindo senão aquela configuração da “topografia moral do Ocidente” que Jessé Souza reconstrói a partir de C. Taylor.

Em outras palavras, ali começa a vigor no Brasil uma lógica social especificamente moderna, sendo esta, sem dúvida, uma das teses mais fortes de Jessé Souza: contrariamente ao

argumento da pré-modernidade continuada, da modernidade negada, meramente superficial e inautêntica, ele afirma que desde a institucionalização, embora incipiente, de mercado e Estado já se põe em atuação na sociedade que viria a emancipar-se politicamente como sociedade brasileira uma ordem valorativa moderna, um princípio de atuação propriamente moderno. E, mais do que isso, negando também as leituras híbridas – aos moldes de R. DaMatta – segundo as quais modernidade e pré-modernidade conviveriam na mesma sociedade, ele não hesita em afirmar que toda a sociedade passa a ser regida predominantemente por um único “código valorativo crescentemente impessoal e abstrato” (SOUZA, 2000, p. 237), por uma única e moderna forma de estruturação e dinamização social: “desde a revolução modernizadora da primeira metade do século XIX, o Brasil tem apenas *um código valorativo dominante: o código do individualismo ocidental*” (SOUZA, 2000, p. 254, destaques do original).

Essa tese, contudo, não é apresentada sem a ressalva necessária:

Afirmar, no entanto, que o discurso modernizador do individualismo moral é o código valorativo dominante, não significa dizer que não existam outros códigos concorrentes, ou, fato para nós ainda mais relevante, que o acesso a esses bens culturais seja igual para todas as classes ou indivíduos. A meu ver, a questão desafiadora nesse terreno é mapear a institucionalização do acesso diferencial a bens culturais que são aceitos ou que passam a ser tendencialmente aceitos pela enorme maioria da população como os valores dominantes da sociedade como um todo (SOUZA, 2000, p. 255, destaques do original).

256

O problema que se ergue como fundante em face da teoria social brasileira seria, pois, o de compreender a imbricação singular entre família patriarcal, escravidão maometana e elemento sadomasoquista, por um lado, e individualismo institucionalmente entrelaçado com mercado e Estado, por outro, bem como o de compreender em que sentido daí resultaria uma sociedade gritantemente estratificada em classes. Em outros termos, o problema crucial a ser explicado pela teoria social brasileira diria respeito a uma semelhança assustadora entre Brasil colônia e Brasil contemporâneo – o que tornaria possível dizer que “a escravidão é nosso berço” (SOUZA, 2017, p. 36-72) –, ao mesmo tempo em que essa semelhança não pode ser simplesmente explicada em termos de uma continuidade a-histórica de uma sociedade pré-moderna que se prolonga como tal no tempo, posto que a entrada em campo de mercado e Estado reconfigurou profundamente essa sociedade em um sentido moderno.

A solução que Jessé Souza apresenta a esse desafio teórico é outro momento forte de sua teoria da modernidade, além de ser o ponto exato em que sua teoria da modernidade

encontra-se com sua teoria das classes sociais: a existência contemporânea de uma desigualdade absurda e de um imenso contingente populacional radicalmente miserável ao qual é negado, no limite, o próprio atributo universal da condição humana não é sintoma de uma ausência de modernidade, de uma sociedade alegadamente arcaica e atrasada, mas sim, ao invés disso, um desdobramento do próprio modo como a modernidade se desenvolveu no Brasil (SOUZA, 2011, p. 15-26).

Se o ideário moderno chega ao país de fora, “de navio” (SOUZA, 2000, p. 245), encarnado nas instituições modernas que articularão em torno de si as práticas modernas correspondentes, não é equivocado afirmar que, ao chegar, a modernidade apresenta-se como uma novidade perante a sociedade como um todo: “não havia diferença de fundo entre brancos, mestiços ou negros. Esses valores são estranhos a todos igualmente e põem, portanto, a questão do status relativo sob novos padrões” (SOUZA, 2000, p. 245). Esse ineditismo de força igualitária fará, por um lado, com que mesmo os grupos dominantes dentro do então vigente patriarcalismo rural precisem adaptar-se, sendo os fenômenos sociais relacionados à passagem da vida rural à incipiente vida urbana um sintoma dessa pressão por adaptação magistralmente descrito por Gilberto Freyre em “Sobrados e mucambos” (FREYRE, 1968). Por outro lado, fará também com que se abra uma nova possibilidade de mobilidade social, fundada sobretudo naquele “elemento burguês democratizante por excelência: *o conhecimento e, com ele, a valorização do talento individual*, que tanto o novo mercado por artífices especializados, como as novas funções estatais exigiam” (SOUZA, 2000, p. 240, destaques do original). Fosse o trabalho manual habilidoso de mulatos e imigrantes artesãos, fosse a função mais destacada do mulato bacharel, fato é que o conhecimento adentra a sociedade e força nela uma maleabilidade social de novo tipo, fundada não mais exclusivamente nos favores do senhor.

Todavia, o conhecimento, e a valorização do talento individual que lhe corresponde, não se consolidará somente como elemento democratizante: ele será também o elemento cada vez mais decisivo na estruturação da hierarquia social (SOUZA, 2000, p. 242). Por conseguinte, ao redor dele irá sendo organizada uma nova forma de diferenciação radical: àquelas pessoas que forem socialmente compreendidas como incapazes de acesso a – e manuseio de – esse novo elemento, o lugar reservado na hierarquia social será, da perspectiva sociológica, uma espécie de continuidade descontinuada do lugar social ocupado por escravos e escravas na sociedade anterior à chegada da modernidade. Estava reaberta, pois, a porta de saída pela qual se expulsava da sociedade autocompreendida simbolicamente como uma associação de iguais toda

uma população, que, não obstante, do ponto de vista empírico permanecia dentro dela. E se a presença empírica não impedia a exclusão simbólica é porque essa presença empírica podia, como ainda hoje pode, ser simbolicamente invisibilizada.

O diálogo entre C. Taylor e P. Bourdieu mostra toda sua plausibilidade aqui. Ao chegarem ao Brasil, as instituições modernas vão dia após dia impondo um único código valorativo, que não é outro senão o código valorativo da modernidade ocidental em geral, a “topografia moral do Ocidente”. Esse código valorativo único, porém, torna opaca uma luta continuada que em volta dele se desenvolve continuamente por recursos escassos. Em termos concretos, isso significa que aquela topografia moral será relida internamente à sociedade à qual chega, será “esquematizada” pelo contexto social prévio, com suas instituições, suas práticas e seus valores. Mas, embora esquematizada, ela não deixará de ser a modernidade, a mesma modernidade ocidental, com aquilo que lhe caracteriza em seus traços mais fundamentais – afinal, a modernidade definida por esses traços fundamentais será sempre esquematizada e contextualizada em sociedades distintas, será sempre uma modernidade “seletiva”, e a luta continuada por recursos escassos que se dá por traz da opacidade da ideologia da igualdade que a acompanha é exatamente o que Jessé Souza busca em P. Bourdieu para complementar a visada teórica tayloriana. Logo, na sociedade que se construirá no país independente, será instaurada, não contra a modernidade, mas pela modernidade, todo um modo moderno de exclusão radical:

A seletividade do nosso processo de modernização começa aí. O senhor tem o desafio de, bem ou mal, adaptar-se aos novos tempos. O escravo, esse vai ser abandonado e ficará desprovido de acesso às benesses do novo sistema que se institucionaliza a partir de então. Quem ocupa os novos empregos abertos pelo desenvolvimento de manufaturas e maquinofaturas é o mulato e depois o imigrante. O negro, vítima de preconceito e do seu próprio abandono, não teve nem terá acesso mais tarde ao lado menos sombrio dos novos tempos (SOUZA, 2000, p. 265).

A existência da escravidão de inspiração moura na sociedade em que a modernidade aporta deixará a marca mais indelével na sociedade que ela, modernidade, virá a moldar, posto que o ideário moderno será esquematizado por um ideário no qual a negação absoluta da alteridade, a negação a outrem da condição básica de ser humano, estava encravada de maneira profunda. Assim, tanto antes quanto depois do advento da modernidade, o não-reconhecimento de uma população imensa como “gente” será algo corriqueiro no Brasil – algo que, invisibilizado como tal, raramente gerará incômodo tanto para as parcelas da sociedade que podem autocompreender-se e compreender-se reciprocamente como “gente” quanto para as

próprias vítimas dessa invisibilização naturalizante de toda desigualdade (SOUZA, 2012a, p. 189).

Jessé Souza proporá uma releitura da teoria do habitus de P. Bourdieu para explicar esse caráter singular da sociedade moderna brasileira – singular sempre no sentido de um desenvolvimento seletivo da modernidade, não como um desvio dela. Se o habitus em P. Bourdieu é, em uma síntese apertada, disposição incorporada e refere-se à distinção social, no caso brasileiro seria preciso avançar uma diferenciação ulterior no conceito: o habitus dividir-se-ia em primário, secundário e precário. O habitus secundário corresponderia àquelas disposições incorporadas que atuam como signos de distinção social, desempenhando um papel central na luta simbólica por recursos escassos e podendo ser agrupados na categoria do “gosto”. Entretanto, em sociedades da modernidade central, a ênfase nessa dimensão do habitus escurece o fato de que, para além dessa luta por distinção, há em grau significativo uma generalização – ainda que não uma universalização – de condições cidadãs básicas. Na medida em que, segundo Jessé Souza, P. Bourdieu reduz toda sua análise social à categoria do poder e à lógica instrumental, ele não conseguiria captar a relevância de “um gigante processo de aprendizado moral e político de profundas consequências”, um processo que “certamente não equalizou todas as classes em todas as esferas da vida, mas, sem dúvida, generalizou e expandiu dimensões fundamentais da igualdade nas dimensões civis, políticas e sociais” (SOUZA, 2012a, p. 167). À “generalização, portanto, das precondições sociais, econômicas e políticas do sujeito útil, ‘digno’ e cidadão, no sentido tayloriano de reconhecido intersubjetivamente como tal” (SOUZA, 2012a, p. 168), Jessé Souza chamará de habitus primário. E é justamente essa generalização que não ocorreu historicamente na sociedade brasileira, pois o processo histórico de onde ela resulta não pode ter como ponto de partida a compreensão de que aquelas pessoas que se encontram em condições sociais piores são menos “gente”, não são “gente” e, por isso, não precisam de mecanismos de inclusão. Em outros termos, um processo histórico como aquele não poderia ter início enquanto continuasse a vigor, como ainda vige, de modo não problematizado a herança sociológica de uma sociedade forjada na escravidão¹³. Como

¹³ Neste ponto, é interessante chamar atenção para o recurso de Jessé Souza à reflexão de Norbert Elias sobre as raízes do desenvolvimento social europeu moderno, reflexão que se oferece como uma analogia para a compreensão da singularidade social brasileira: “Acredito que essa diferença essencial tenha levado Norbert Elias a pleitear um caminho específico do desenvolvimento social europeu *a partir da Idade Média*, e por oposição à Antiguidade escravocrata. A presença do escravo teria impossibilitado, entre outras coisas, a consciência da dependência recíproca entre os estratos superiores e inferiores os quais levaram à sociedade democrática moderna

desdobramento da ausência desse processo histórico de aprendizagem, aqui um contingente populacional imenso estaria situado abaixo da linha do *habitus* primário, sendo portadora de um *habitus* precário:

O “*habitus* precário” seria o limite do “*habitus* primário” para baixo, ou seja, seria aquela tipo de personalidade e de disposições de comportamento que não atendem às demandas objetivas para que, seja um indivíduo, seja um grupo social, possa ser considerado produtivo e útil em uma sociedade de tipo moderno e competitivo, podendo gozar de reconhecimento social com todas as suas dramáticas consequências existenciais e políticas (SOUZA, 2012a, p. 168).

Não é difícil enxergar nessa estruturação conceitual do *habitus* o reflexo daquela tensão que se ergue ao redor do conhecimento e do correlato talento individual: há nele um potencial democratizante, uma vez que sua conquista não é, em princípio, restringida por determinantes de sangue, família, tradição. Ao mesmo tempo, ele se oferece como um novo signo de diferenciação social: se mercado e Estado são instituições fundamentais para a integração moderna da sociedade, quem não consegue incorporar conhecimento e demonstrar talento, quem não consegue oferecer ao mercado ou ao Estado o trabalho que a constituição moderna de ambos requer, está condenado ao patamar mais baixo da classificação social – sem eufemismos: à desclassificação social absoluta.

E não é difícil enxergar nessa estruturação do *habitus* o reflexo daquela tensão inicialmente manifesta quando da aterrissagem da modernidade no Brasil por um motivo simples: os indivíduos e os grupos sociais portadores do *habitus* precário não são senão herdeiros históricos daquele processo que, logo de partida, joga de novo escravos e escravos totalmente para a margem da vida social. Ao longo das décadas e das mudanças que vão ocorrendo no país, esses grupos vão sendo ampliados – por exemplo, pela figura do “dependente formalmente livre” estudado por Maria Sylvia de Carvalho Franco principalmente no século XIX (FRANCO, 1997). Mas as características típicas que os definem e que permitem identificá-los como classe vão permanecendo: são o que Jessé Souza chamará, em tom assumidamente provocativo (SOUZA, 2011, p. 21), de ralé (SOUZA, 2012a, p. 128).

Se, retomando uma das críticas de Jessé Souza a C. Taylor, a hierarquia valorativa do Ocidente não pode ser apreendida adequadamente sem a compreensão da forma como ela se

[...]. Essa *não humanidade* básica do escravo é que impede os efeitos sociais da hierarquia valorativa baseada na dignidade [...]. (SOUZA, 2000, p. 256-257, destaques do original).

imbrica com as instituições centrais da modernidade ocidental, é porque essas instituições é que articularão concretamente os elementos daquela hierarquia. Mercado e Estado modernos dependerão funcionalmente daquela interioridade cuja genealogia C. Taylor investiga e que se desdobra em dignidade e autenticidade. Em ambos os seus desdobramentos, interioridade significa superação do corpo, seja pelo autocontrole das pulsões e pela autorresponsabilidade de um self pontual, seja pela expressão elevada de um espírito autêntico. A ralé não possui incorporados em si os elementos do habitus secundário que, girando sobre a noção de gosto, podem assegurar a expressão autêntica de um espírito singular. Mas mais do que isso: não possui nem sequer a incorporação de conhecimentos e talentos que pudessem atender aos interesses funcionalizados de mercado e Estado. Ela é ainda hoje, tanto quanto o eram os escravos e as escravas, apenas corpo, em um contexto social geral – a modernidade – no qual o princípio da interioridade pleiteia a superação do corpo como atributo universal humano. Como consequência sociológica, será sempre possível negar à ralé o atributo dessa humanidade universal, será sempre possível negar-lhe, no limite, o atributo do humano – negar sua humanidade, invisibilizando e naturalizando a desigualdade gritante existente na sociedade brasileira entre gente e subgente, entre cidadãos e subcidadãos (SOUZA, 2012a, p. 189).

261

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita, nas páginas anteriores, a exposição da configuração geral do que me parece ser uma teoria da modernidade em Jessé Souza, gostaria de terminar este texto levantando, de modo sucinto e bastante esquemático, três críticas em face dessa respeitável construção teórica. Por certo, haveria outras críticas a serem apresentadas diante do projeto teórico como um todo de Jessé Souza. Mas essas outras críticas são mais adequadas ao que constitui, nele, uma teoria das classes sociais ou uma teoria da relação entre ideias e práticas sociais, ficando reservadas, como anunciado na introdução, para textos subsequentes.

Em primeiro lugar, entendo haver um *déficit* explicativo em um ponto importante: se a modernidade que “chega de navio” é uma novidade para toda a sociedade, não havendo “diferença de fundo entre brancos, mestiços ou negros”, torna-se um problema entender por que, no fim das contas, a ordem de dominação social existente até então acaba por se reproduzir também na sociedade modernizada: afinal, se era novidade para todos, em princípio a possibilidade de sucesso ou insucesso na nova sociedade afetava indistintamente os diferentes

indivíduos e grupos sociais. Por exemplo, poderia ter vindo a acontecer uma reestruturação profunda da dominação social como aquela verificada entre a nobreza e a burguesia na Europa que se moderniza. No Brasil, porém, isso não se verifica nem mesmo em um grau minimamente digno de nota: pessoas e grupos que ocupavam a condição de dominantes na sociedade anterior à chegada da modernidade continuam ocupando essa posição na sociedade modernizada, e, sem nenhum exagero retórico, continuam em larga escala ocupando essa posição até os dias de hoje. Jessé Souza descreve o processo: “O senhor tem o desafio de, bem ou mal, adaptar-se aos novos tempos. O escravo, esse vai ser abandonado e ficará desprovido de acesso às benesses do novo sistema que se institucionaliza a partir de então” (SOUZA, 2000, p. 265). Mas não o explica. Como se dá essa adaptação, “bem ou mal” feita, do senhor aos novos tempos? O que a possibilita se, também para o senhor, a modernidade soa estranha e encontra dele resistência ao retirar as bases de sua autoridade inquestionada até ali?

Essa primeira crítica, interna à argumentação desenvolvida por Jessé Souza, liga-se diretamente a uma segunda, de caráter mais externo: as questões de fundo diretamente econômico – que talvez pudessem contribuir para a resposta à crítica anterior – não parecem possuir força explicativa significativa na teoria da modernidade exposta neste artigo. A estruturação e a dinâmica da economia mundial no momento da chegada da modernidade ao Brasil e as condições em que o Brasil entra como país independente nessa economia que paulatinamente se efetiva como global não desempenham um papel relevante – mesmo se o referencial teórico integrado por P. Bourdieu e a alusão, a partir dele e de figuras como L. Boltanski e È. Chiapello (SOUZA, 2012, p. 19-57), a algo como um capitalismo amadurecido, tardio ou contemporâneo pudesse abrir as portas para uma reflexão econômica que, não mecânica nem determinista, convidasse a incluir mais explicitamente elementos da divisão internacional do trabalho e seus impactos em uma sociedade como a brasileira na formulação de uma teoria da modernidade.

Finalmente, a terceira crítica – em parte interna, em parte externa – refere-se à perda de centralidade da base teórica habermasiana ao longo do percurso em que Jessé Souza desenvolve sua teoria da modernidade. Anunciado como um dos pilares do projeto teórico que tinha início em 2000, J. Habermas não desaparecerá por completo, mas aquilo que naquele momento seria sua contribuição principal não virá a ser tematizado com a necessária atenção: a ideia de uma terceira instituição fundamental da modernidade, a esfera pública e sua base institucional na sociedade civil, ao lado de mercado e de Estado. Certamente, as críticas à mídia

e a uma “esfera pública colonizada pelo dinheiro”, como as desenvolvidas em “A radiografia do golpe” (SOUZA, 2016, p. 95-116) e em “A elite do atraso” (SOUZA, 2017, p. 114-128), têm como foco essa instituição. Mas entendo faltar à teoria da modernidade de Jessé Souza uma tematização mais específica e mais aprofundada da sociedade civil e da esfera pública brasileiras¹⁴, ao lado e para além daquelas importantes críticas. Talvez nesse espaço institucional e nas mudanças que vem sofrendo ao longo das décadas fosse possível diagnosticar, ainda que como tendência frágil, mas presente, algo daquela aprendizagem moral que pudesse servir de ponto de apoio a um processo continuado de inclusão social no país – bem como as contra-tendências que, neste momento, insistem em ganhar corpo na defesa da permanência de nosso berço histórico situado esplendidamente no familismo patriarcal escravista.

REFERÊNCIAS

DOMINGUES, José Maurício. *A América Latina e a modernidade contemporânea: uma interpretação sociológica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

DOMINGUES, José Maurício. *Do ocidente a modernidade: intelectuais e mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DOMINGUES, José Maurício. *Interpretando a modernidade: imaginário e instituições*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

DOMINGUES, José Maurício. *Modernidade global e civilização contemporânea: para uma renovação da teoria crítica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

DOMINGUES, José Maurício. *Sociologia e modernidade: para entender a sociedade contemporânea*. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*. 4a. ed. 2v. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4a. ed. São Paulo: Unesp, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. 2t. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2010.

¹⁴ Compartilho essa crítica com Marcelo A. Cattoni de Oliveira.



HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2016.

NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (orgs.). *Habermas e a reconstrução*. Campinas: Papirus, 2012.

SOUZA, Jessé. *A classe média no espelho: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018b.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ, 2012a.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Jessé. *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: UnB, 2000.

SOUZA, Jessé. *A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado*. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. 1a. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

SOUZA, Jessé. *A subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Leya, 2018a.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. Rio de Janeiro: Leya, 2015.

SOUZA, Jessé. *Os batalhadores brasileiros*. Nova classe média ou nova classe trabalhadora? Belo Horizonte: UFMG, 2012b.

TAVOLARO, Sergio B. F. A Tese da Singularidade Brasileira Revisitada: Desafios Teóricos Contemporâneos. *Dados*, v. 57, 2014, p. 633-673.

TAVOLARO, Sergio B. F. Existe uma modernidade brasileira? Reflexões em torno de um dilema sociológico brasileiro. *RBCS*, v. 20, n. 59, out. 2005, p. 5-22.



ANÁLISE RETÓRICA DAS DICOTOMIAS TRADICIONAIS SOBRE O CONCEITO DE DIREITO

RHETORICAL ANALYSIS OF THE TRADITIONAL DICHOTOMIES ON THE CONCEPT OF LAW

João Maurício Adeodato*

RESUMO: Este trabalho situa-se nos campos da filosofia do direito, da teoria geral do direito e da história das ideias jurídicas, porém fugindo ao tradicionalismo da dogmática jurídica dominante. Seu objetivo central é esclarecer as origens e fazer uma crítica contemporâneas às ideias que contribuíram para a formação das grandes dicotomias teóricas que moldaram e ainda constituem a práxis jurídica da civilização ocidental, esclarecendo o conceito de direito por meio de suas principais adjetivações, quais sejam, direito positivo e natural, direito objetivo e subjetivo, direito público e direito privado. O método utilizado é a análise retórica, que, apesar de milenar, tem sido obscurecida pelas ontologias dominantes. As referências bibliográficas utilizadas são os pensadores que elaboraram tais ideias em suas origens e diante de seus respectivos contextos, deixando de lado a literatura secundária. Conclui por uma observação sobre a persistência das referidas dicotomias no horizonte dos juristas e procura oferecer uma explicação para sua atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Retórica. Dicotomias Tradicionais. Crítica à Dogmática. Conceito de Direito. Atualidade da Tradição

ABSTRACT: This work is situated in the fields of the philosophy of law, of the general theory of law and of the history of legal ideas but keeping away from the traditionalism of dominant legal dogmatics. Its central objective is to clarify the origins and to make a contemporary critique of the ideas that contributed to the formation of the great theoretical dichotomies that have shaped and still constitute the legal praxis of Western civilization, clarifying the concept of law by means of its main adjectives, that is to say, positive and natural law, objective and subjective law, public law and private law. The method used is the rhetorical analysis, which, although millenarian, has been obscured by the dominant ontologies. The bibliographical references used are the thinkers who elaborated such ideas in their origins, taking into account their respective contexts, leaving aside the secondary literature. It concludes by an observation on the persistence of those dichotomies in the horizon of the jurists and tries to offer an explanation for their actuality.

KEYWORDS: Rhetorical Analysis. Traditional Dichotomies. Criticism to Dogmatics. Concept of Law. Current Character of Tradition.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Etimologia da palavra “direito”. 2 Caráter multívoco da palavra “direito” e suas diversas acepções. 3 A metáfora da natureza da justiça na oposição ao governo: diferenciação entre direito positivo e direito natural. 4 Coletividade e individualidade: diferenciação entre direito objetivo e direito subjetivo. A complexidade do governo e a diferenciação entre direito público e direito privado. Conclusão: Persistência das dicotomias.

INTRODUÇÃO

Este trabalho situa-se nos campos da filosofia do direito, da teoria geral do direito e da história das ideias jurídicas, porém fugindo ao tradicionalismo da dogmática jurídica dominante. Seu objetivo central é esclarecer as origens e fazer uma crítica contemporâneas às ideias que contribuíram para a formação das grandes dicotomias teóricas que moldaram e ainda constituem a práxis jurídica da civilização ocidental, esclarecendo o conceito de direito por

* Graduado pela Faculdade de Direito do Recife (1977), mestrado (1980), doutorado (1986) e livre docente (2011) pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-1989). Fez outros pós-doutorados de curta duração (três a quatro meses) nas Universidades de Mainz (1991), Freiburg (1995), Heidelberg (2000, 2003, 2006, 2009 e 2011), Hagen (2014) e Frankfurt (2018). Doutor Honoris Causa pelas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (2009).

meio de suas principais adjetivações, quais sejam, direito positivo e natural, direito objetivo e subjetivo, direito público e direito privado. O método utilizado é a análise retórica, que, apesar de milenar, tem sido obscurecida pelas ontologias dominantes. As referências bibliográficas utilizadas são os pensadores que elaboraram tais ideias em suas origens e diante de seus respectivos contextos, deixando de lado a literatura secundária. Conclui por uma observação sobre a persistência das referidas dicotomias no horizonte dos juristas e procura oferecer uma explicação para sua atualidade.

1 ETIMOLOGIA DA PALAVRA “DIREITO”

Quando alguém começa a estudar direito, uma das primeiras perguntas é por que a grande maioria dos conceitos iniciais é apresentada em forma de dicotomia. Claro que existem as classificações de três, quatro ou mais conceitos, mas já os antigos gregos tinham percebido que a razão humana é dialética. Mesmo na linguagem comum há maior e menor, bonito e feio, alto e baixo, tal e qual as famosas “categorias” de Aristóteles, sempre apresentadas em pares. Os estudiosos do direito seguem o mesmo caminho desses pares ideais. Sabe-se que o mundo real não é assim, mas essa forma de abordagem é tão antiga quanto útil. O matemático e filósofo inglês Bertrand Russell (1993, p. 210) faz pouco do conceito de categoria e diz que jamais conseguiu entendê-lo. Mas ele continua a ser usado com a função de tipos ideais aproximativos, no sentido de Max Weber (1985, p. 4).

Pode-se definir o conceito como um esquema de natureza ideal dentro do qual fixam-se as características básicas de um determinado objeto. A definição, por seu turno, consiste na explicitação dos elementos do conceito, configurando, a rigor, uma tautologia, uma vez que se propõe a estabelecer o significado de algo que já se pretende dotado de significado. A definição geralmente decompõe em muitas palavras o que se pretende exprimir em uma palavra, o conceito.

As relações entre os signos (e as palavras são uma espécie de signo) e os objetos, dentre outras classificações, podem ser divididas em ícones, indícios e símbolos. Nos ícones, o signo representa fisicamente o objeto, como no caso de um retrato ou desenho que procura copiar o objeto desenhado; nos indícios, a associação é fruto da experiência, como a fumaça em relação ao fogo ou a pegada como signo do pé; nos símbolos, há uma correspondência mais abstrata,

de caráter convencional. O conceito de direito tem caráter simbólico, mas também ícones e indícios são usados para expressá-lo.

Os conceitos são dotados de compreensão e extensão. A compreensão é a precisão dos elementos do conceito, o seu rigor na redução da ambiguidade, numa associação entre os significantes da linguagem e os significados que pretende transmitir. A extensão refere-se aos objetos que podem ser agrupados sob aquele mesmo conceito, combate o que a teoria da linguagem chama de vagueza, ao relacionar os significantes e significados aos eventos do mundo real. Compreensão e extensão conceitual guardam uma correspondência inversamente proporcional: assim é que, quanto maior a compreensão, mais restrita a extensão. O conceito de “animal”, por exemplo, é mais extenso e menos preciso que o de “formiga”.

Embora a linguagem comum produza mais uma metonímia, tomando a espécie pelo gênero, ao identificar sentido e significado, entenda-se aqui o significado de um termo como a junção de seus sentido e alcance em determinado contexto espacial e temporal. Entender um significado quer dizer interpretar suas ambiguidade, vagueza e porosidade, portanto. Quando se definem “cabelo” e “cabeça”, trata-se do sentido dessas palavras; já a questão de quantos cabelos uma pessoa tem ou não para ser chamada de “careca” é um problema do alcance.

As definições, por sua vez, podem ser classificadas segundo diversos critérios, dos quais dois serão aqui ressaltados.

Um deles é separá-las em definições nominais e reais ou essenciais. Segundo a lógica de Kant, as definições nominais são

[...] aquelas que contêm o significado que arbitrariamente pretendem dar a certo nome, e que, portanto, apenas designam a natureza lógica de seu objeto, ou servem meramente para distingui-lo de outros objetos. Declarações factuais ou definições reais, por outro lado, são aquelas que, de acordo com suas determinações interiores, são suficientes para o conhecimento do objeto, estabelecendo a possibilidade do objeto a partir dessas características internas (KANT, 1800, § 106).

Ressalte-se que sob uma perspectiva retórica, anti-ontológica, as definições reais ou essenciais não são consideradas viáveis.

Outro critério é separar as definições em etimológicas e semânticas. A definição etimológica procura o sentido do conceito na gênese de seu signo, o vocábulo, procura investigar sua porosidade, ou seja, suas variações de significado (ambiguidade e vagueza) no tempo e no espaço.

As origens etimológicas da palavra “direito” estão estritamente conectadas com a trajetória da palavra “ius”, ou “jus”, sobretudo quando esta passou a se encontrar com “derectum”, ou sua forma erudita “directum”, dando origem, respectivamente, a palavras como justiça e direito. Interessante observar que, embora hoje a palavra justiça ligue-se ao sentido de direito justo ou bom direito, e a palavra direito, por sua vez, ao direito posto pelo poder, as origens etimológicas indicam precisamente o contrário, mostrando como a porosidade dos conceitos e definições expressos pelas palavras pode tomar caminhos inusitados.

O termo “ius” aparece nos primeiros textos referentes à fundação da cidade de Roma, em meados do século VIII a.C., enquanto que “derectum”, utilizado como adjetivo do substantivo “ius”, só aparece em textos do final do século IV d.C., numa diferença temporal de cerca de mil anos. Ora, enquanto “ius” indicava as decisões proclamadas pelos juízes, “derectum” designava a situação em que o fiel da balança – imagem que vinha desde a Grécia clássica – estaria totalmente a prumo. Como a partícula “de” sugere intensidade, totalidade, perfeição, “de+rectum” significava literalmente “muito reto”, “perfeitamente equilibrado”.

269

Quando as línguas europeias começaram a se consolidar e a abrigar e transformar esses antigos termos romanos, as regiões mais ao norte adotaram apenas “rectum”, sem a partícula (*right, Recht, rechts, rätt*), e as línguas mais perto de Roma assumiram a palavra associada à qualificação do advérbio “de”, inclusive o português (*direito, derecho, droit, diritto*).

Nessa época de consolidação da palavra “derectum”, a expressão “ius” ganhou um sentido mais específico ao se referir às leis escritas do Império Romano. Assim, principalmente sob a influência da filosofia estoica e da religião cristã, que pregavam que os critérios do bom direito não estariam reduzidos à vontade do Império, passou-se a qualificar essas leis positivas de “ius directum” ou “ius iniustum”, ou seja, etimologicamente, “direito aprumado” ou “direito não-direito”, o que ensejou as expressões “direito justo” e “direito injusto”. Direito passa então a designar o substantivo e justo, o adjetivo, invertendo seus significados originais (CRUZ, 1971, p. 1-74).

Concluindo esta parte, deve-se por em relevo que, quando se procura a semântica das palavras, ambiguidade, vagueza e porosidade da linguagem humana não são imprecisões ou defeitos que possam ser superados; são características intrínsecas da língua, as quais podem ser diminuídas pela faina hermenêutica, mas estão sempre presentes, a dificultar a comunicação. Por isso não se pode dizer que haja uma definição certa e outras erradas para um conceito, pois todas dependerão de contexto.

Essas características revelam a inadequação que existe entre a linguagem humana e os eventos do mundo empírico em que os seres humanos estão inseridos. Em outras palavras, a incompatibilidade entre os conceitos da língua, ou da chamada razão humana, e os objetos de qualquer experiência. Essa incompatibilidade é relativa – e o esforço do conhecimento consiste em tentar reduzi-la –, mas é intransponível. Daí a impossibilidade de univocidade linguística que os retóricos esgrimem contra os lógicos, assim como atribuir a qualquer definição um caráter “real” ou “essencial”, conforme as objeções dos retóricos aos ontológicos.

2 CARÁTER MULTÍVOCO DA PALAVRA “DIREITO” E SUAS DIVERSAS ACEPÇÕES

É preciso esclarecer agora mais uma diferença: aquela entre conceitos unívocos e plurívocos, dividindo esses últimos em equívocos e multívocos. A própria distinção é objeto de muita discussão e não se pode dizer que haja uma correta apenas, conforme já colocado. O importante aqui é tomar uma posição e definir as palavras claramente. Esse convencionalismo arbitrário das definições é fácil de ver, pois “pluri” e “multi”, por exemplo, são sinônimos e nada impede de dizer que os conceitos multívocos seriam subdivididos em unívocos e plurívocos, em vez do contrário.

Uma palavra é unívoca, tem “uma voz”, quando apresenta apenas um significado, pretende ser portadora de um só sentido e um só alcance, além de não ter porosidade. Uma palavra é plurívoca quando essas vozes são várias e mudam no tempo e no espaço.

Um conceito plurívoco é equívoco quando esses diferentes sentidos não guardam relação uns com os outros, a palavra que os expressa se tornou idêntica por acaso, pois eles não provêm da mesma fonte etimológica. Observe a palavra “nada”, que pode expressar o verbo “nadar” ou o oposto a “tudo”, só o acaso de sua história juntou esses dois sentidos na língua portuguesa atual.

Um conceito plurívoco é multívoco quando seus significados são diferentes, mas guardam relações que permitem inferir uma origem comum, o que dificulta ainda mais interpretar se estão sendo utilizados neste ou naquele sentido e alcance. Este é o caso da palavra “direito”.

Um bom teste para classificar um conceito ou palavra como equívoco ou multívoco é traduzi-lo para outras línguas. A confusão entre os significados equívocos de “nada” ocorre exclusivamente na língua portuguesa o que demonstra que se deu por acaso. Já os diversos significados da palavra “direito”, como o contrário de “torto”, “esquerdo” ou “errado”, na linguagem comum, além dos vários sentidos e alcances mais técnicos a serem vistos adiante, são comuns às mais diferentes línguas, pelo menos às ocidentais. Disso vem a necessidade das dicotomias e de tantos adjetivos a qualificar o direito, na luta para expressar esses significados a partir de um só substantivo, o que dificulta o trabalho de quem se inicia nesse ramo do conhecimento.

Mas a importância de compreender esses adjetivos é fundamental para evitar um sem número de confusões. Quando alguém diz que o direito permite o apedrejamento e o outro diz que apedrejar alguém nunca pode ser de acordo com o direito, a conversa torna-se confusa porque estão falando de significados diferentes que a palavra adquiriu em sua evolução histórica ou porosidade.

A perspectiva filosófica da retórica utilizada aqui não admite conceitos unívocos, como já deu para perceber. Expressões matemáticas que se argumentam unívocas, como “hipotenusa”, por exemplo, podem perder esse sentido devido ao caráter convencionalista da linguagem: posso por esse nome em uma filha ou uma gata de estimação, gerando ambiguidade. No caso do direito, o problema se agrava porque o significado da palavra depende também de quem a utiliza (o “utente” dos linguistas), o qual tem mais liberdade para interferir nesse significado na medida em que o emprega. A igualdade de tratamento das pessoas por parte do poder político (isonomia) pode ou não ser direito positivo, a depender do contexto. Isso acontece em todas as áreas do conhecimento, sim, mas certamente os movimentos de translação dos corpos celestes permaneceram relativamente indiferentes para com as perspectivas de Ptolomeu ou Newton, diferentemente do tratamento igualitário das pessoas perante a lei.

3 A METÁFORA DA NATUREZA DA JUSTIÇA NA OPOSIÇÃO AO GOVERNO: DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

Talvez a mais antiga dessas dicotomias mais importantes seja aquela entre direito “natural” e direito “positivo”. Ao fazer a pergunta sobre se decepar a mão de alguém que furtou uma galinha para matar a fome “é direito”, percebe-se claramente a diferença. Sabemos que em

diversos tempos históricos e em diversos lugares sempre houve uma diversidade de penas cruéis que eram reais e efetivas. Havia a regra estabelecida e conhecida de todos, havia o controle social pelos governantes e a punição efetiva pelos carrascos para os transgressores. Essas regras sempre foram chamadas de “direito” desde tempos imemoriais, em todas as civilizações.

Porém, em algum momento, que também se perde no passado da civilização, a sociedade atinge um grau de sofisticação no qual as pessoas começam a comparar o direito em vigor, positivo, com um ideal de direito para elas melhor do que aquele efetivamente existente. A metáfora da “natureza” surge justamente com esse sentido: como o governo, por mais poderoso que seja, não consegue mudar a natureza do mundo, o direito “natural” é o superior, pois não decorre da vontade deste ou daquele governante. Aí aparece a diferenciação entre direito e justiça e as palavras que significam esses dois significados também passam a se diferenciar.

Direito “positivo” não é o contrário de “negativo”; significa posto, imposto, estabelecido. Pelo poder. É a ele que os juristas se referem com a frase *ubi societas, ibi jus*, ou seja, um fenômeno necessariamente presente nas sociedades humanas. Consiste em decisões sobre conflitos que podem ser percebidas empiricamente por qualquer pessoa, independentemente de sua opinião sobre elas. Então, se alguém pergunta sobre se é direito torturar um suspeito de crime, é possível observar sociedades nas quais há leis dizendo que isso é direito, tribunais que condenam gatunos com base nessas leis e carrascos que aplicam essa pena ordenada pelas leis e tribunais, como dito. Isso significa que essa conduta é direito posto naquela comunidade.

O jovem estudioso espanta-se como podem ser positivistas quase todos os pensadores dos últimos duzentos anos, se todos eram jusnaturalistas nos três mil anos que antecederam esse período. É que o direito mudou muito. Mesmo os mais ferrenhos antipositivistas, se precisarem trabalhar com o direito positivo, têm de se haver com as regras postas pelo poder. Nas sociedades complexas modernas, essas regras estão organizadas de uma forma conhecida por “direito dogmaticamente organizado”. Então todo direito dogmático é direito positivo, embora haja formas de organização do direito positivo que não são dogmáticas.

E daí vem a grande questão: se o direito é fruto da vontade do poder empiricamente estabelecido, autodeterminado e autolimitado, ou se há direito acima e independentemente do poder efetivo. A questão atual da universalidade dos chamados direitos humanos é ilustrativa a respeito.

De um lado, afirma-se a existência de direitos válidos em si mesmos, fora do sistema positivo, inerentes à própria condição humana ou natureza das coisas; essa ideologia encontra problemas ao se defrontar com a grande diversidade cultural que vem caracterizando as comunidades humanas segundo seu desenvolvimento histórico no tempo e no espaço, pois grupos diferentes atribuem-se direitos supostamente inerentes que são diversos e por vezes inconciliáveis.

Do outro lado, ao afirmar a total subordinação das normas jurídicas às contingências históricas e à luta pelo poder, a ideologia positivista vê-se diante do problema de admitir como jurídico todo e qualquer conteúdo normativo, tais como a pena de morte ou a tortura. Aí o legislador originário não tem qualquer limite ético, decide de acordo com seu poder e sua vontade. A dogmatização do direito que vem ocorrendo na modernidade parece vir em apoio desta segunda posição, pois justa é a decisão baseada em regras estabelecidas, qualquer que seja seu conteúdo. “Injustiça” passou a ser, em termos jurídicos, um conceito interno ao próprio direito positivo.

Pode-se definir o jusnaturalismo, grosso modo, a partir de dois postulados fundamentais:

1. há uma ordem jurídica, além da efetiva, daquela observável empiricamente pelos órgãos dos sentidos, que é metaforicamente designada “natural”, entendendo-se “natureza” como algo não produzido pelo ser humano, ou seja, pelo poder do governo;
2. em caso de conflito com a ordem positiva, deve prevalecer esta ordem “natural”, por ser ela o critério externo de aferição daquela, superior eticamente.

Um terceiro postulado, o da imutabilidade do direito natural é defendido por muitos pensadores até hoje (D’ENTRÈVES, 1980, p. 25 s.), mas é recusado pela maioria das perspectivas jusnaturalistas modernas (STAMMLER, 1923, p. 15 s.; STAMMLER, 1970, p. 112 s.; VILLEY, 1975, p. 11 s.; LARENZ, 1979, p. 458 s.).

Isso quer dizer que os jusnaturalismos apresentam em comum a pretensão de retirar normas de fatos. Isso significa deduzir de uma dada situação, ou seja, de dados descritivos como o patrimônio de uma pessoa, suas características raciais ou sua ascendência familiar, um dever ser tão evidente quanto o fato em que se baseia. A norma decorre “naturalmente” do fato.

Para o positivismo, os fatos são certamente pontos de referência para as normas, porém é indispensável a manifestação de vontade do poder para criá-las, pois de um mesmo fato podem-se criar normas antagônicas: diante do fato de que existe a diferença de sexos, por exemplo, pode-se estabelecer a superioridade da mulher, a igualdade entre ambos, a

superioridade do homem, depende da escolha, não há como deduzir uma delas como correta ou, menos ainda, necessária (KELSEN, 2000, p. 47 s.).

Esta definição simplificada em dois postulados não implica que os jusnaturalistas estejam de acordo. Ao contrário, e à semelhança dos juspositivistas, há grandes diferenças sobre em que consiste essa “natureza” dos direitos, acima das opções dos governos. Para uns, o direito justo decorre da vontade de um Deus, mas este precisa de intérpretes, que revelem seus desígnios, e esses intérpretes discordam. Para outros, é a razão humana que dá origem ao direito, mas, da mesma forma, não existe qualquer consenso sobre o que concretiza tal razão.

Apesar de realista, a filosofia retórica entende que a ideia de direito natural é altamente civilizatória, na medida em que a insatisfação com o direito posto provoca a luta por sua modificação e assim evoluem as regras e combate-se o *status quo*. Se não houvesse essa eventual discrepância entre o posto e o que as pessoas consideram justo, o direito dificilmente evoluiria. Contudo, além do problema de não se conseguir uma resposta objetiva para definir esse justo, a luta pela modificação do direito positivo nem sempre leva a um progresso ético, o que quer que se entenda por essa expressão. É possível que, num ambiente de relativa tolerância, como na Alemanha de Weimar, ideais de uma justiça natural nazista se voltem contra o que está posto. Em outras palavras, é ingênuo definir o direito natural como o direito “do bem” e o positivo como “do mal”, sempre imposto por maus governantes.

Ocorre que essa distinção entre o posto e o justo está na base dos dois problemas mais importantes da filosofia do direito: o que se refere ao conhecimento, qual seja, separar o direito do não direito, distinguir epistemologicamente os eventos jurídicos daqueles que dele se assemelham como os morais, os ideológicos, os religiosos; e o que se refere à ética, isto é, uma vez determinado o campo do direito, distinguir o direito que satisfaz os anseios por justiça e o direito que os contraria.

4 COLETIVIDADE E INDIVIDUALIDADE: DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

Desde os antigos romanos, que chamavam o direito subjetivo de *facultas agendi*, a doutrina jurídica dominante utiliza-se para esse fenômeno da expressão faculdade de agir, aí compreendendo praticar ou omitir alguma ação, impedir ou obrigar outras pessoas, desde que

essa faculdade seja protegida pelo direito objetivo, a norma de agir ou *norma agendi*. Em suma, o direito subjetivo é literalmente o direito do sujeito, aquele que cada pessoa detém como parte de sua personalidade jurídica, e o direito objetivo é aquele ordenamento genérico que garante que pessoas têm e podem exercer tais e quais direitos.

Em inglês a diferença está no próprio substantivo, pois a língua distingue entre “law”, direito objetivo, e “right”, direito subjetivo. Em português e na maioria das línguas ocidentais, o substantivo “direito” permaneceu o mesmo, bifurcando-se na dicotomia “objetivo” e “subjetivo” por meio desses adjetivos.

Semelhante critério, ser garantido pelo direito objetivo, pelas normas gerais, guarda estreita ligação com a dicotomia discutida acima, entre direito posto e direito justo. Sim, porque a questão é exatamente se essa definição é adequada, se as pessoas só têm direitos se o governo os concede ou se o governo pode estar equivocado e não proteger direitos que deveria, à luz de um critério superior. Para os autores modernos que identificam direito e Estado, os direitos subjetivos se reduzem àqueles concedidos, protegidos, garantidos pelo Estado, o qual se confunde com a sociedade, no que diz respeito ao direito.

275

Com o estabelecimento do Estado moderno nas sociedades, o problema do direito subjetivo foi estudado por autores importantes dos séculos XIX e XX. A discussão permanece ativa até hoje e se revela na progressiva constitucionalização de alguns desses direitos, na busca por uma proteção mais positiva e daí efetiva.

Para a teoria do direito, nesse debate entre jusnaturalismo e juspositivismo, o problema crucial é o mesmo: se há direitos subjetivos válidos por si mesmos, prévios e superiores ao direito positivo, ou se os direitos subjetivos são concedidos pelo direito objetivo posto. Para uns, havendo choque entre o direito natural e o direito positivo, o primeiro deve preponderar; para outros, os direitos subjetivos do indivíduo só existem se reconhecidos pela ordem jurídica. Aí tem-se a controvérsia filosófica da prevalência do direito subjetivo sobre o objetivo ou vice-versa, para cuja análise pode-se tomar como ponto de partida as teorias de dois dos mais importantes contratualistas da civilização ocidental: Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes. Para Rousseau, o ser humano traz direitos subjetivos do estado de natureza, os quais o Estado, por ser a outra parte no contrato social, tem que respeitar e proteger. Esses direitos dos cidadãos limitam a ação do Estado. Vê-se, por essa fórmula, que o ato de associação encerra um engajamento recíproco das decisões do Estado com os cidadãos e que cada pessoa firma um contrato e assume uma relação de duas vias, quais sejam, manter os direitos provenientes de

sua natureza humana – e não de decisões do Estado – e as concessões que precisa fazer como membro da sociedade protegida pelo Estado soberano (ROUSSEAU, 1762, p. 13). Trata-se de um contrato entre o sujeito e o Estado, um contrato que os juristas hoje denominariam sinalagmático, ou seja, com concessões recíprocas, de igual para igual.

Em Hobbes, o Estado não é parte do contrato, mas sim seu resultado, ele é criado por um pacto entre os cidadãos e por isso não tem qualquer obrigação para com eles. Diferentemente de Rousseau, no contrato de Hobbes as pessoas constituem o Estado justamente ao lhe entregarem todos os seus eventuais direitos naturais e nada trazem do seu estado de natureza, no qual campeava a guerra de todos contra todos, quando o homem era o lobo do homem (*homo homini lupus*).

Tanto para Rousseau como para Hobbes, deve-se por em relevo, o contrato social não é pensado como um fato ocorrido no passado da humanidade, algo histórico, como tantos contratualistas menos sofisticados imaginaram. Trata-se de um pressuposto fictício de constituição do Estado.

Chegada a modernidade, surge e domina a mentalidade positivista, mais próxima de Hobbes do que de Rousseau. Mas nem todos estavam dispostos a adotar a crua filosofia realista de Hobbes, no sentido de deixar ao poder do governo total disponibilidade quanto à concessão ou não de direitos subjetivos.

Porém, tampouco era mais possível apelar a conteúdos éticos metafísicos, como aqueles das diversas escolas jusnaturalistas. Por isso diversos pensadores, principalmente alemães, vão tentar conciliar a existência de direitos subjetivos, acima do arbítrio do Estado e seus governantes, ideia herdada do conceito de justiça elaborado pelos jusnaturalismos, com a necessidade moderna de um fundamento empírico de legitimidade, para dar um caráter científico ao estudo do direito positivo, reclamado pelos novos tempos de juspositivismos. Do ponto de vista da ética jurídica, esses autores procuravam distinguir direito de arbítrio e se proteger da acusação de que o positivismo legitimaria quaisquer conteúdos éticos. Um novo arsenal teórico precisava ser construído para compreender e respaldar o cidadão diante do Leviatã: o direito subjetivo necessita de um fundamento acima do direito objetivo, mas um fundamento empírico que seja verificável e não metafísico.

Esta é a nova ideia trazida pela Escola Histórica: a base dos direitos subjetivos é a vontade humana, não a vontade metafísica ou a vontade racional idealizada, mas a vontade como fenômeno psíquico real e observável. O direito à vida e à propriedade, por exemplo, não

são concessões do Estado, mas existem porque os seres humanos têm vontade de exercê-los (SAVIGNY, p. 7 s.). Surgem assim as chamadas teorias da vontade (*Willenstheorien*) para fundamentação e garantia dos direitos subjetivos.

Logo aparecem objeções a Savigny no sentido de que o direito subjetivo não pode provir da vontade, porque seres humanos incapazes de comunicar sua vontade, como nascituros, crianças e pessoas com necessidades mentais especiais são sujeitos de diversos direitos, ainda que não manifestem sua vontade nesse sentido. Por isso seus direitos são exercidos por outras pessoas particulares ou por representantes do Estado. Também há pessoas que desconhecem direitos que efetivamente têm, ainda que, por esse desconhecimento, não manifestem qualquer vontade de exercê-los, como é o caso de um legatário ou herdeiro testamentário, a quem foi deixado um bem de cuja existência o titular do direito nem desconfia.

Na mesma direção, o credor pode não ter vontade de cobrar do devedor, não exercitar seu direito por piedade ou amizade, todavia mesmo assim o direito subjetivo permanece intacto. E há direitos aos quais o titular sequer pode renunciar, ou seja, permanece com eles mesmo que manifeste expressamente a vontade de não os ter, como o direito à vida.

Buscando suprir essas aparentes deficiências, com base na ética utilitarista de Jeremy Bentham e na teoria finalista de Rudolf von Jhering, Philip Heck e outros desenvolvem a ideia de que os direitos subjetivos são criados não pela vontade, mas sim pelo interesse. Por meio da expressão “vontade despsicologizada”, no sentido de “desindividualizada”, a Escola da *Interessenjurisprudenz* define esse interesse como uma objetivação da vontade, isto é, aquilo que se considera que seria a vontade de uma pessoa naquela situação, se tivesse conhecimento das variáveis envolvidas no caso. Observa-se que a visão é efetivamente teleológica e utilitária, pois são as finalidades colocadas pela ordem jurídica que moldam a constituição dos direitos subjetivos, a qual é informada pelo critério de melhor custo e benefício para o maior número.

Assim todo herdeiro testamentário tem direito ao legado que lhe cabe porque este é seu “interesse juridicamente protegido”, mesmo que não tenha nem manifeste qualquer vontade em relação a ele por ignorar sua existência ou não o desejar. O interesse é o dado empírico que enseja os direitos subjetivos ainda que não saiba de sua existência e dessarte não tenha qualquer vontade de exercê-lo. A filosofia utilitarista também transparece na importância dada ao processo como meio para realização do direito subjetivo, literalmente uma faculdade de agir reclamando em juízo (JHERING, 1852, p. 338; HECK, 1914, p. 1 s.).

Dentre as várias objeções a essa concepção, pode-se destacar, em primeiro lugar, que muitos interesses não criam direitos subjetivos, como é o caso daqueles ilícitos, oriundos de corrupção ou lavagem de dinheiro; outros objetam que o conceito de interesse é muito vago, sobretudo se não é psicologicamente definido pela vontade de alguém; depois, se é o ordenamento jurídico que separa os interesses que geram daqueles que não geram direitos subjetivos, isso implica a prevalência do direito objetivo e daí uma volta à visão de Hobbes de que só há direitos concedidos pelo Estado; finalmente, a Escola da Jurisprudência dos Valores (*Wertenjurisprudenz*) acusou a teoria do interesse de excessivamente privatista e daí individualista, ignorando os interesses mais importantes que são os da comunidade.

Bernhard Windscheid, em 1862, e Ferdinand Regelsberger, em 1893, publicaram seus homônimos *Tratado do Direito das Pandectas*, e defendem uma posição eclética, tentando unir as duas correntes positivistas anteriores para fundamentação dos direitos subjetivos, aglutinando todos os elementos sugeridos: além de um interesse juridicamente protegido, o direito subjetivo precisa de uma manifestação da vontade e de uma faculdade de agir para se constituir e efetivar. Bernhard Windscheid (1891, p. 87 s.) diz expressamente que o direito subjetivo é “um poder da vontade garantido pela ordem jurídica” e George Jellinek (1905, p. 44) é outro jurista que procura juntar as teorias da vontade e do interesse, afirmando que “vontade e interesse ou bem compõem juntos o conceito de direito”.

Adiantando-se o século XX, a teoria chamada monista recusa esse debate de prevalência do direito objetivo ou subjetivo. O direito subjetivo é somente o espelho de algum dever jurídico que existe em virtude de uma norma jurídica positiva. Ora, se toda norma jurídica, em sua estrutura lógica, enuncia um dever, o direito subjetivo é a concretização desse dever e assim da própria norma jurídica.

Essa é portanto uma falsa dicotomia, pois não se pode separar um do outro, só fazem sentido juntos, argumenta Kelsen: por um lado só se pode chamar uma pretensão de direito se ela está garantida pelo direito objetivo; por outro, as regras gerais do direito objetivo só têm sentido se garantirem pretensões e incidirem sobre relações jurídicas concretas (KELSEN, 1993, p. 55).

A teoria monista não se coloca ao lado de Hobbes na prevalência do direito objetivo porque não recusa apenas a possibilidade de direito subjetivo sem a proteção do objetivo, mas, ao mesmo tempo, a possibilidade de existir direito objetivo sem incidir sobre algum direito subjetivo. Não há superioridade, são faces da mesma moeda.

A oposição entre direito subjetivo e objetivo substitui a oposição entre direito natural e direito positivo, que vai desembocar na solução do constitucionalismo contemporâneo, qual seja, na positivação de declarações de direitos subjetivos ditos fundamentais, enfraquecendo ambas as oposições: os direitos naturais tornam-se positivos e os direitos subjetivos só têm sentido se garantidos pelo direito objetivo. Os pretensos direitos subjetivos naturais, não protegidos pelo direito objetivo, têm também sua importância diminuída. Para o positivismo, não podem ser chamados de “direitos”: permanecem como ideologias, preferências éticas momentaneamente derrotadas na luta pela positivação.

E os conceitos de direito objetivo e subjetivo interpenetram-se com os de público e privado: veja-se que, no Brasil, o direito à educação, em que pese seu caráter ideal, aparece como um direito subjetivo público, pois é o único expressamente declarado pela Constituição, colocando destarte o Estado como sujeito passivo da pretensão universal dos cidadãos.

279

5 A COMPLEXIDADE DO GOVERNO E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

A separação do direito positivo entre público e privado é uma das grandes dicotomias da ciência e da prática do direito. Também o direito objetivo e o direito subjetivo aparecem assim divididos, ou seja, há direitos subjetivos públicos, como o voto, e privados, como o crédito de um empréstimo entre particulares. Pode-se dizer que a distinção entre direito público e privado é a principal dicotomia do direito positivo e pertence mais à teoria geral do que à filosofia do direito, porque, como visto, há uma longa tradição filosófica e jurídica advogando a existência de direitos subjetivos independentes, superiores, acima do direito positivo, o que vem interconectar a dicotomia direito objetivo *versus* direito subjetivo com aquela entre direito positivo e direito “natural”, o que já a distância dos quadrantes exclusivos do direito positivo.

A diferenciação entre direito público e privado foi legada pela tradição romana, podendo ser lida no *Digesto*, especificamente na sugestão de Ulpiano, no sentido de que o *jus publicum* diz respeito à República romana, ao passo que o direito privado se refere ao interesse ou utilidade do cidadão singular.

Como não havia a pretensão de monopólio estatal do direito, era permitido ao particular a aplicação de sanções jurídicas, coercitivas, e a distinção tinha grande importância prática.

Com o Estado moderno e a complexidade social crescente, todo direito passa a ser, em certo sentido, público, pois nenhuma entidade privada pode fazer justiça com as próprias mãos, a não ser nos casos previstos pelo Estado, como a legítima defesa.

Mesmo assim, a presença da República – *res publica*, coisa pública – em pelo menos um dos lados da relação jurídica é o critério originário da distinção que hoje se lê no *Digesto*. E os conceitos das esferas pública e privada já tinha sido desenvolvido na Grécia clássica.

Na esfera da política – e é de *polis* que a palavra se origina –, a cidade-estado é o único ambiente possível em que o ser humano pode ser plenamente desenvolvido, não o único critério que o distingue dos animais irracionais, mas aquele meio em que ele consegue desenvolver e mostrar suas qualidades mais especificamente humanas.

Para viabilizar esse ser político, que só é possível na esfera pública, são necessários quatro requisitos básicos (ARENDT, 1980, p. 104-105; ARENDT, 1958, p. 32).

Em primeiro lugar, é preciso que exista um espaço comum, um ambiente em que os cidadãos se comuniquem, exponham-se uns para os outros em interação mútua. Depois, diferentemente do que ocorre com a interação privada da casa (*oikos*, de que vem a palavra “economia”), caracterizada pela desigualdade entre as partes, como nos casos, por exemplo, do pai com os filhos ou entre o senhor e os escravos, é preciso que os cidadãos estejam em pé de igualdade, sem coação de uns sobre os outros. Em terceiro lugar, o espaço público e a igualdade precisam ser acompanhados da liberdade, já que só seres humanos livres, isto é, não submetidos à vontade de outros seres humanos, são capazes de partilhar a esfera pública. Finalmente, a distinção entre as esferas pública e privada exige que esse espaço entre seres humanos iguais e livres não se dê em particular, como no caso das relações de amizade, por exemplo, porém apareça aos olhos de todos os demais cidadãos, sem qualquer seleção ou escolha, numa universalização do espaço comum.

A esfera pública é *conditio sine qua non* para a política, porém dela se distingue; o espaço político é um dos aspectos do público, talvez o mais importante, mas não o esgota: as obras de arte e os códigos de leis, também fazem parte da esfera pública, mas não da política. Nessa parte da esfera pública, constituída pela política, aparece o Estado. Como se vê na tradição inaugurada por Ulpiano, a presença do Estado e a defesa dos interesses não individuais é o primeiro critério para fundamentar a dicotomia romana entre direito público e direito privado.

Depois, com o nascimento do Estado moderno, a delimitação entre direito público e direito privado torna-se mais complexa. Tomando por base lições de Georg Jellinek, esse Estado e sua nova esfera pública se constituem pelo conceito de soberania, o qual se baseia em quatro ideias centrais (JELLINEK, 1911, p. 45-63; JELLINEK, 1905, p. 243 s. e 495 s.).

A primeira é a unidade política (*politische Einheit*), a centralização de poder em uma fonte única de decisões. As estruturas de poder pulverizadas, como na Grécia clássica, no sistema feudal ou nas tribos indígenas, não poderiam ensejar essa nova instituição política e jurídica. As monarquias nacionais foram uma etapa importante nesse ponto.

Mas essa forma de organização política ainda não constitui o Estado moderno, para o qual foi crucial a ideia de liberdade trazida pela classe burguesa emergente (*bürgerliche Freiheit*), a qual reivindicava que o cidadão tivesse direitos subjetivos dos quais o monarca era sujeito passivo, o que implicava limites ao poder do Estado. O direito natural antropológico, laico e racionalista de Hugo Grotius, dentre outros, deu o respaldo filosófico a essas novas ideias, pois, se esses direitos dos cidadãos não poderiam ser eliminados pelo próprio Deus, menos ainda pelos monarcas.

Uma outra ideia revolucionária foi o novo sentido de liberdade política (*politische Freiheit*), pelo qual os cidadãos não constituíam apenas a origem remota do poder e da legitimidade do Estado, mas continuavam detendo a competência para revogar e transferir esse poder de governar, exigindo periodicidade de consultas à vontade popular.

A quarta e última ideia destacada pelo jurista é a de nacionalidade (*Nationalität*), a qual faz a comunidade crer no Estado como um representante da sociedade, uma espécie de defensor dos costumes, do direito, da língua, do território comum a todos os cidadãos e substitui a visão internacionalista da Igreja Católica e a fidelidade ao burgo medieval. A nacionalidade é garantida pela soberania do Estado e esta passa a ser o conceito central no direito público, ao mesmo tempo em que a autonomia da vontade do cidadão passa a reger as relações de direito privado. Soberania e vontade se transformam então nos conceitos jurídicos de base para distinguir o direito público do direito privado.

É importante lembrar que esses critérios não têm somente interesse histórico, vez que permanecem até hoje e são defendidos por juristas contemporâneos, brasileiros e estrangeiros, isto é, os critérios mais recentes não fazem desaparecer os antigos, porém permanecem concorrendo. Também, o objetivo dos critérios para separação não é apenas classificar analiticamente normas, eles são lugares comuns que, especificando mais os *topoi* da soberania

e da autonomia da vontade, servem para estabelecer, sistematizar e tornar mais claros pontos de partida argumentativos diferentes. Basta observar a argumentação e mesmo a interpretação levadas a efeito por um profissional do direito privado e um do direito público quanto ao papel da lei ou da atividade judicante, por exemplo.

Por outro lado, esses elementos constitutivos da soberania estão todos sendo lentamente minados pela evolução histórica na sociedade hipercomplexa, com a pulverização dos centros decisórios, o desaparecimento das fronteiras e uma série de outros aspectos que não cabe aqui analisar.

O critério de Ulpiano no *Digesto*, da presença “física”, por assim dizer, considera que as relações jurídicas de direito público são marcadas pela participação do Estado, seja como sujeito ativo, seja como sujeito passivo. Desde seu surgimento, objetiva-se que muitas vezes o Estado age como se particular fosse, ainda que supostamente seja para o bem público, como nas ocasiões em que aluga imóveis ou vende seus veículos usados, por exemplo. Esse é também chamado o “critério do sujeito” (FREIRE, 2017).

Diante dessa crítica, o critério da presença do Estado veio a ser mais abstratamente interpretado por meio do conceito de interesse, o interesse neutro do Estado *versus* o interesse em obter vantagens que caracteriza o direito privado, isto é, o direito é público quando o Estado age no interesse da coletividade. Esse critério não ajudou muito, pois, além da imprecisão do conceito de interesse, sempre se pode dizer que a venda de veículos usados se dirige, pelo menos mediatemente, ao interesse comum. Por outro lado, há atividades particulares que têm fortes reflexos no direito público, como é o caso do caráter tutelar do direito do trabalho e do direito previdenciário.

Um terceiro critério é o da iniciativa processual ou representatividade originária em juízo: assim, o crime de homicídio insere-se no direito público, posto que cabe ao ministério público a tutela do direito de ação, e o contrato de compra e venda pertence ao direito privado, pois ao particular para tanto legitimado compete o direito de processar e de desistir. Fazem-se objeções a esse critério na medida em que existem as chamadas ações públicas condicionadas, nas quais, inobstante seu caráter penal, o ministério público só pode agir processualmente após expressa manifestação de vontade do cidadão privado, como nos casos de estupro e dos crimes contra a honra, no direito brasileiro.

Um quarto critério, finalmente, é a igualdade ou desigualdade das partes na relação jurídica, segundo o qual não basta a presença do Estado para caracterizar uma relação de direito

público; somente quando o Estado age com seu poder de império (*jus imperii*), consagrando uma desigualdade em relação à outra parte, o direito é efetivamente público. Assim se procura responder às críticas feitas ao caráter formalista do critério de Ulpiano, dando-lhe um caráter também qualitativo. Nesse sentido, explica-se porque uma desapropriação é direito público e como o Estado pode também participar de relações jurídicas de direito privado. Esse critério é também chamado “de subordinação”.

Não se deve esquecer as teorias que negam a distinção, argumentando que todo direito é público e que a dicotomia não subsiste porque o Estado apenas faculta mais, ou menos, a manifestação de vontade dos particulares, impondo seu poder de modo inversamente proporcional. Há ainda as teorias ecléticas, as quais unem os diversos critérios, enfatizando um ou outro segundo o caso concreto, porém sempre procurando aplicá-los todos. Finalmente, existem os autores que preferem aderir a uma tricotomia e acrescentam os direitos “sociais”, os quais trariam características dos direitos público e privado, tais como os mencionados ramos dos direitos previdenciários e do trabalho (GURVITCH, 1932, *passim*). Essa nomenclatura foi adotada pela Constituição Brasileira de 1988 e permanece até hoje em vigor.

283

CONCLUSÃO: PERSISTÊNCIA DAS DICOTOMIAS

Se tantos se insurgem contra essas divisões conceituais, inclusive na prática do direito, é interessante tentar entender sua permanência ao longo de tanto tempo.

A modernidade na cultura ocidental europeia e seus satélites afastou do espaço público ordens éticas tradicionalmente importantes, as quais, no passado, sempre embasaram os conteúdos do direito e cooperaram com o Estado no controle dos conflitos. Agora a moral e a religião abandonaram sua significação pública, mantendo importância apenas no plano privado individual e em grupos sociais específicos. O direito passa a ser o único ambiente ético comum a toda a esfera pública, posto que é coercitivo e os grupos sociais não podem recusá-lo. Com a pulverização das instâncias decisórias e a privatização da moral e da religião, o direito é banalizado, pois é o recurso ético disponível. Enquanto o direito de sociedades mais primitivas ampara-se em crenças éticas comuns e a ele só chegam os conflitos mais ameaçadores, como os de direito penal, na sociedade complexa sobrecarregam-se os agentes jurídicos com exigências de intervenção mesmo nos conflitos éticos mais simples, pois não há outra base ética comum que os possa controlar.

Além disso, como todos os fenômenos jurídicos, os ramos do direito nascem, desenvolvem-se e até extinguem-se no fluxo da história. Observe-se o exemplo do direito internacional privado, que cuidava de conflitos “privados”, quer dizer, envolvendo interesses particulares de pessoas de diferentes nacionalidades, e que hoje não mais se distingue do direito internacional público, pois a participação dos Estados soberanos e a existência de tratados e de outras normas uniformes sobre relações comerciais e trabalhistas, por exemplo, que seriam privadas, esmaeceu de vez os tradicionais critérios distintivos entre o público e o privado.

As dicotomias entre os direitos positivo e natural, com a inscrição de direitos pretensamente universais em cartas de direito e códigos nacionais (positivação), e entre os direitos objetivo e subjetivo, também enfraqueceram quaisquer critérios que porventura se ofereçam.

Por outro lado, também surgem ramos inesperados a partir de novas diferenciações, mas nunca separando claramente as esferas pública e privada. Um ramo do direito se consolida por meio de legislação própria, conceitos e institutos autônomos, de que são exemplos as emancipações do direito comercial do civil, do direito educacional a partir do direito administrativo ou do direito do consumidor também do direito civil.

Concluindo, pode-se dizer que não existem critérios seguros para separar essas dicotomias que adjetivam o conceito de direito, já que as distinções doutrinárias não conseguem encontrar correspondência no mundo real, se é que já a tiveram, posto que essas expressões cristalizaram antigas metáforas utilizadas para designar eventos cujas características variam no tempo e no espaço. Em outras palavras, tais metáforas foram efetivamente recortadas em termos dicotômicos, todavia o conjunto de “realidades” que pretendiam designar modificaram-se no curso da história dos eventos e da porosidade das palavras.

Apesar disso, persistem seu interesse e sua utilidade tópicos, assim como sua aplicabilidade nas técnicas hermenêuticas, ainda que casuísticas, da dogmática jurídica.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. What is authority? *Between past and future – Eight exercises in political thought*. New York: The Viking Press, 1980

ARENDT, Hannah. *The human condition*. Chicago/London: University of Chicago, 1958.

CRUZ, Sebastião. *Ius. Derectum (Directum)*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1971.

D'ENTRÈVES, Alessandro Passerin. *La dottrina del diritto naturale* Milano: Comunità, 1980.

FREIRE, André Luiz. Direito público e direito privado. *Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

GURVITCH, Georges. *L'idée du droit social*. Paris: Sirey, 1932.

HECK, Philipp. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. *Archiv für die civilistische Praxis*, Nr. 112. Tübingen: Mohr Siebeck, 1914.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: J. C. B. Mohr/Paul Siebeck, 1905 (zweite durchgesehene und vermehrte Auflage).

JELLINEK, Georg. Die Entstehung der modernen Staatsidee. Vortrag gehalten im Frauenverein zu Heidelberg am 13. Februar 1894. In: JELLINEK, Georg. *Ausgewählte Schriften und Reden*, Bd. 2. Berlin: O. Häring, 1911.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. Berlin: O. Häring, 1905.

JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, Bd. III, 1852.

KANT, Immanuel. *Logik – ein Handbuch zu Vorlesung*. Königsberg: Gottlob Benjamin Jäsche, 1800.

KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?* Stuttgart: Reclam, 2000.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1993.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre in der Rechtswissenschaft*. Berlin-Heidelberg-New York: Duncker & Humblot, 1979.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contract social ou principes du droit politique*. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762.

RUSSELL, Bertrand. *History of Western Philosophy — and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day*. London: Routledge, 1993.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840.

STAMMLER, Rudolf. *Theorie der Rechtswissenschaft* (1923) e *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1928). Darmstadt: Scientia/Aalen, 1970.

VILLEY, Michel (1975). *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1975.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie*. Tübingen: J. C. B. Mohr/Paul Siebeck, 1985, § 1º, I, p. 4

WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt a. M.: Rutten & Loening, 1891, § 37, p. 87 s.

Submissão: 23/09/2019
Aceito para Publicação: 24/12/2019

