

Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

DE "IDEOLOGÍA DE GÉNERO" Y TEMORES EMANCIPATORIOS: ALGUNOS APORTES DESDE EL DERECHO DE LAS FAMILIAS ARGENTINO

OF "GENDER IDEOLOGY" AND FEAR OF EMANCIPATORY WINDS: SOME CONTRIBUTIONS FROM THE ARGENTINE FAMILY LAW

Marisa Herrera*

RESUMEN: *En América Latina se estaría observando un retroceso en materia de Derechos Humanos, en especial, en lo relativo a la perspectiva de género que de manera peyorativa se la denomina: "ideología de género" a raíz de dos acontecimientos concretos muy alarmantes. En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto reivindicar la obligada mirada de género en la agenda legislativa de la región y a estos fines, se analizan las reformas legislativas acontecidas en el derecho de familia argentino como ejemplo de cambios jurídicos auspiciados por una fuerte crítica hacia el patriarcalismo, en consonancia con los avances en materia de Derechos Humanos en la región.*

PALABRAS CLAVES: Género. Derecho. Reforma Legislativa. Derecho Comparado.

ABSTRACT: *In Latin America, there would be a regression in terms of Human Rights, especially in relation to the gender perspective that is pejoratively called "gender ideology" following two very alarming concrete events. In this context, the present work has the objective of vindicating the obligatory gender perspective in the legislative agenda of the region and for these purposes, the legislative reforms occurred in the Argentine family law are analyzed as an example of legal changes sponsored by a strong criticism towards Patriarchalism, in line with the advances in Human Rights in the region.*

KEYWORDS: *Gender. Law. Legislative Reform. Comparative Law.*

SUMÁRIO: 1 Por qué defender lo obvio: la perspectiva de género como bandera emancipatória. 2 Los avances desde la perspectiva convencional regional. 3 Algunas consideraciones generales sobre la revolución legal civil en el Derecho argentino. 4 La figura de la compensación económica: protegiendo al más débil… que suelen ser las mujeres. 5 El valor económico de las tareas del hogar. 6 La noción de "coparentalidad" y responsabilidades conjuntas. 7 Interpelando al género: la gestación por sustitución como figura que no pudo ingresar a la legislación civil contemporânea. 7.1 Palabras introductorias. *7.2 El principio de realidad socio- judicial. 7.3 Algunas consideraciones interesantes en torno a las voces jurisprudenciales. 7.4 Compartiendo las bases de un proyecto de ley de GS elaborado por un equipo de trabajo interdisciplinario que protege a las gestantes.* 8 Brevísimas palabras de cierre. Referencias.

1 POR QUÉ DEFENDER LO OBVIO: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO BANDERA EMANCIPATORIA

En la región se observa una oleada conservadora que pretende colocar en tela de juicio todo un camino transitado en materia de género auspiciado por la obligada perspectiva de Derechos Humanos en el que se puso en el centro de la escena las "relaciones sociales de género", es decir,

> "*Relaciones que atraviesan las subjetividades y la intimidad, pero también las instituciones y estructuras de la sociedad (...) Sin duda, es en el cuerpo donde se*

* Doctora en Derecho pela Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional, Argentina. Investigadora del CONICET. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de Argentina en vigencia desde el 01/08/2015.

> *presenta la diferencia sexual. Lo que no resulta tan evidente es que las diferencias en los órganos reproductivos (y en las gónadas, cromosomas y hormonas) genere ´naturalmente´ un territorio emocional y productivo tan distinto para unos y otras, ni que los cuerpos no estén a su vez filtrados por las normas sociales, e incluso por las prácticas económicas e institucionales. Nuestros cuerpos experimentan y forman parte de las prácticas sociales ´generizadas´, pero a priori nada en ellos arrastra una programación esencial ni ´instintiva´ sobre maneras de sentir, pensar y actuar. (...) Si una de las contribuciones de la categoría género fue la ruptura del determinismo biológico, otra igualmente significativa fue la comprensión del modo en que la vida social sostiene un andamiaje de múltiples desigualdades. Esto es: el género no trata sólo de nuestra identidad ni de nuestra subjetividad individual, también se expresa en las más vastas relaciones sociales*"[1].

Dos hechos acontecidos en la región merecen ser destacados, han llamado la atención de esta autora y allí, auspician el presente ensayo. Se trata de dos hechos puntuales que advertirían el peligro que se podría derivar de un retroceso sobre la necesaria centralidad de la perspectiva de género en la agenda pública de la región con las indudables repercusiones negativas que tendría en diferentes ámbitos, entre ellos, el derecho de familia que hace tiempo ya se lo denomina en plural, derecho de las familias. Ello para dar cuenta de los avances en el reconocimiento sociojurídico de las diversas formas de organización familiar fundado en dos grandes ejes: la revisión crítica de los roles estereotipados de género anclados en la idea tradicional y conservadora de la mujer cuidadora y hombre proveedor, y la orientación sexual e identidades de género como subjetividades que necesitan su espacio en el entramado legal como un verdadero "derecho a la aparición" en palabras de Judith Butler[2].

Justamente, uno de los primeros hechos de alerta que incentivan este ensayo compromete a la reconocida filósofa post-estructuralista norteamericana Judith Butler a raíz de su visita a Río de Janeiro en noviembre del 2017 quien fuera atacada de manera verbal hasta física en el aeropuerto, además de pretender boicotear su seminario, por un grupo de evangélicos que se estarían posicionando con fortaleza para disputar en el poder en dicho país. Se trata de una campaña de odio pergeñada por movimientos ultraconservadores que se oponen a todos los avances que se han desarrollado en torno a la perspectiva de géneros en plural, no sólo que involucra a la puesta en crisis del patriarcado, sino también, todas aquellas relaciones sociales que se salen del binomio hombre- mujer fundado en el dato biológico. En este sentido,

[1] FAUR, Eleonor. Introducción. In: FAUR, Eleonor (Comp.). *Mujeres y varones en la Argentina de hoy. Géneros en movimento*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2017, p. 13.
[2] BUTLER, Judith. *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Buenos Aires: Paidós, 2017, p. 30 y ss.



cabe traer a colación la crítica acertada que ha realizado una periodista argentina al comentar el triste suceso acontecido en Río de Janeiro quien comienza una columna de opinión diciendo:

> "*En las imágenes imprecisas del video de celular, se veía a Judith Butler en el aeropuerto de Rio de Janeiro, a punto de abandonar Brasil. Se iba después de una visita cuya reacción revulsiva, a cargo de activistas de derecha, debe verse como un síntoma y una bisagra. En el video se veían llegar y rodearla a algunos hombres y mujeres con pancartas, gritándole que era una bruja, y que había que quemarla como a una bruja. La escena captura un resorte central del viaje por el tiempo que estamos haciendo, y que nos retrotrae no a hace veinte ni cincuenta años, sino a siglos atrás, a l789, justo a antes del momento en el que La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano –todavía faltaba mucho para el feminismo, pero esa Declaración le abrió una puerta–, se instituyó en una piedra basal desde la que manó hacia el sentido común del mundo la noción de que todos los hombres tienen iguales derechos. Tres años más tarde fue el turno de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, pero esa equidad todavía está pendiente. Debe tomarse ese agravio a Butler no como algo personal, no como un ataque a sus propios textos y posiciones, sino como un avance de un movimiento reaccionario que nos devuelve al concepto que la humanidad le debe al feminismo: que lo personal es político"*[3].

Y precisamente, como lo personal es político -¿o acaso las relaciones de familia, el reconocimiento por su mayor amplitud y pluralidad como así la puesta en crisis de un machismo explícito que ha rodeado a las leyes y al derecho en general, no es político?- culmina la periodista su defensa de Butler en los siguientes términos:

> "*para encontrar un eje de la ofensiva de la derecha autoritaria y retrógada que se autovende como posmoderna y avanza hacia el sur: vienen a decirnos que nos reinstalarán el patriarcado en sus formas más atroces, y que lo harán desde los Estados y las instituciones, con censura y complicidad judicial y periodística. Vienen a decirnos que para restaurar una concepción de castas necesitan empezar por ´corregir los desvíos´ de las últimas décadas. Y sobre todo nos dicen que no somos todos iguales ante la ley ni tenemos los mismos derechos, que hay algo de diabólico en la libertad, algo sospechoso en la fraternidad y algo tenebroso en la igualdad. Ninguna idea es más oscurantista que ésa*"[4].

El segundo hecho llamativamente peligroso, es la decisión del Ministro de Educación del Paraguay en octubre del 2017 que por resolución dispuso la prohibición de todo material didáctico que comprometa o aluda a la "ideología de género" en el ámbito educativo. Ello ha generado la reacción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuya disposición 208/17 del 15/12/2017[5] señala su preocupación por esta postura al entender que "*La*

[3] RUSSO, Sandra. "*La batalla de la intimidad*", p. 12, 25/11/2017. Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/78295-la-batalla-de-la-intimidad>. Compulsada el 19/12/2017.
[4] Ibidem.
[5] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "CIDH lamenta la prohibición de la enseñanza de género en Paraguay", 15/12/2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp>. Compulsado el 22/12/2017.

medida, adoptada por medio de la Resolución nº. 29.664, supone un retroceso para los derechos de las mujeres, de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas y de los niñas y niños a recibir una educación libre de estereotipos basados en ideas de inferioridad o de subordinación"; agregándose que "*Este tipo de medidas suponen una grave omisión del deber del Estado de proteger a la niñez de toda forma de violencia y de discriminación, en todos los ámbitos, y especialmente en la escuela*". Asimismo, tal como lo resaltó la Relatora sobre los Derechos de la Niñez, Comisionada Esmeralda Arosemena de Troitiño:

> "*Un gran número de niñas y niños son víctimas de diversas formas de violencia y de acoso (bullying) en las escuelas, en ocasiones basadas en su identidad y expresión de género, y en su orientación sexual, real o percibida. De acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Paraguay, uno los propósitos de la educación es inculcar el respeto por los derechos humanos y fomentar una cultura de respeto a las diferencias. El propio entorno escolar debe reflejar estos valores y el espíritu de entendimiento, tolerancia e igualdad, en su mismo funcionamiento*".

Por otra parte y de manera expresa, la Comisión considera preocupante que la perspectiva de género sea peyorativamente referida como "ideología de género" siendo que "*La perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres a los hombres en razón de su género*". En este sentido, la Relatora de la CIDH sobre los Derechos de las Mujeres, Comisionada Margarette Macaulay, puntualizó que "*Los programas educativos con perspectiva de género y de diversidad sexual son indispensables para erradicar los estereotipos negativos, para combatir la discriminación y para proteger los derechos de todas las personas*".

Por último, se señala también en tono de preocupación que la prohibición de enseñanza con perspectiva de género "*corresponda a una lectura limitada y estereotipada del concepto de familia, que desconoce los estándares internacionales vigentes en la materia y excluye arbitrariamente las familias diversas, como las formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana*".

Y si de Convención Americana sobre Derechos Humanos se trata, es sabido que su intérprete último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha dado muestra de un gran compromiso por la perspectiva de género y su lugar de relevancia en la agenda interamericana. Algo de ello se sintetiza en el próximo apartado a los fines de reafirmar por qué

el retroceso que supone poner en crisis la perspectiva de genero a través de una mirada peyorativa de la "ideología de género", no solo sería eso, un retroceso, sino que estaría conculcando derechos humanos y modos de interpretar tales derechos que ya habrían pasado su etapa de maduración y consecuente consolidación.

2 LOS AVANCES DESDE LA PERSPECTIVA CONVENCIONAL REGIONAL

La jurisprudencia de la Corte IDH ha receptado y actuado en consecuencia con la fuerza y el impacto de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) desde el plano internacional, y la Convención de Belem do Pará en el regional. Como lo ha sintetizado Fernández Valle en un completo artículo en el que se profundiza sobre los avances de la temática de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> "*Tanto la Comisión IDH como la Corte IDH, fueron incorporando un enfoque de género en el análisis de las reglas comunes que rigen la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos y en la determinación del alcance de las obligaciones estatales. Han abordado casos que involucran graves situaciones de violencia de género en el ámbito intrafamiliar y en el ámbito más general de las relaciones interpersonales. También han hecho contribuciones para la erradicación de los estereotipos que a menudo orientan la actuación de las autoridades policiales, de las fuerzas de seguridad y de los operadores jurídicos. Asimismo, han dado algunos pasos iniciales para ampliar los límites de sus propios prismas de análisis, de forma tal de no aislar al género de otros vectores de desigualdad, ni de pensarlo únicamente con relación a las mujeres. Todo ello, con una vocación transformadora, que trasciende los casos concretos y se proyecta más allá de ellos*"[6].

En esta misma lógica, Saba señala que el debate en torno al significado de la igualdad ante la ley y a su posibilidad de que sea leído desde dos perspectivas de la igualdad: igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento, ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, recuerda que en el resonado caso "Gonzáles y otras contra México" -más conocido como "Campo Algodonero"[7]-, la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos puso de resalto:

[6] FERNÁNDEZ VALLE, Mariano. "Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana". Revista *Argentina de Teoría Jurídica*, v. 17, Marzo de 2017. Disponible en: <https://www.academia.edu/32715796/Aproximaci%C3%B3n_a_las_tem%C3%A1ticas_de_g%C3%A9nero_en_la_jurisprudencia_interamericana>. Compulsada el 22/12/2017.

[7] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México", 16/11/2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

> "*el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer*"; y por ello "*el Tribunal considera que en el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana*" (párrafos 401 y 402).

Párrafo aparte merece el Informe de la la CIDH en el resonado caso Maria a Penha contra Brasil del 16/04/2001 en el que por primera vez, se cita y profundiza sobre la Convención de Belen Do Pará al considerar que el Estado conculca su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas y que ello, no sólo incumple el deber de procesar y condenar, sino también el de prevenir estas prácticas degradantes. En este contexto, cabría interrogarse hasta que punto los Estados no incumplen su deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género si, justamente, no lleva adelante diferentes decisiones estatales (legislativas, ejecutivas y judiciales) que obligan a colocar en el centro de la agenda pública a la perspectiva de género.

Ahora bien, así como en el sistema interamericano se han dado varios avances, no todo es tan lineal ni sencillo y por eso cabe aquí exponer algunas críticas constructivas que muestran la dificultad de salirse de ciertos patrones y roles tradicionales de género, en particular, cuando se trata del binomio mujer- madre. Máxime cuando ello se vincula de manera directa con el campo de estudio que aquí nos interesa destacar como lo es el derecho de las familias.

Nos referimos a una interacción que hace tiempo -y con acierto- ha sido puesto en crisis por la reconocida filósofa feminista francesa Badinter al denunciar que las mujeres carecemos de "instinto maternal"; es decir, que la maternidad como todo vínculo social se construye y no emerge de la "naturaleza". Sucede, que si toda mujer por el solo hecho de serlo tendría "por naturaleza" "instinto maternal", no se podría entender la razón por la cual, algunas mujeres no "desean" ser madres y deciden dar a su hijo/a en adopción. ¿Acaso no observar esta cuestión

no atentaría, además, ir en contra de otro principio clave en el ámbito internacional -Convención sobre los Derechos del Niño- e interamericano -Opinión Consultiva nro. 17/2002- como lo es el interés superior del niñx[8]?

Veamos, la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012[9] en el que se debate la cuestión de la fertilización in vitro (FIV) como modo de acceder a la maternidad/paternidad, ha tenido algunas afirmaciones no muy felices o al menos, que generan cierto debate desde esa puesta en crisis de la aludida dupla mujer- madre. Veamos, en esta oportunidad, la máxima instancia judicial regional puso de resalto que

> "*La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo*" (párrafo 296) agregándose que "[*e]l modelo de identidad de género es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalización obedece a determinantes socioeconómicos, políticos, culturales e históricos. Según estos determinantes, las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz. […] La capacidad fértil de la mujer es considerada todavía hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértiles o no puede embarazarse, la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y en ocasiones hasta de maltrato. […] El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque […] la maternidad le[s] ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. El peso de su autoculpabilización aumenta en un grado extremo cuando surge la prohibición de la FIV […]. Las presiones familiares y sociales constituyen una carga adicional que incrementa la autoculpabilización*" (párrafo 298).

[8] Se dijo con acierto que "*El lenguaje es una convención: se construye, se actualiza, se modifica. El feminismo fue contundente al sostener que el uso del masculino como genérico oculta la mención de lo femenino y, al hacerlo, confirma jerarquías en favor de los hombres. El debate no acaba allí (…) el lenguaje no contempla identidades ambiguas o mixturadas y descarta la intersexualidad de nacimiento de algunos. Actualmente, hay propuestas que abogan por el uso de la arroba, la equis, el asteristo o la e (…) Si bien cualquier de estas variantes puede resultar árida, nuestra decisión se inclinó por reflejar la diversa actualidad en cuanto a modos de nombrar los géneros (…) Por el momento, nos encontramos ante experimentaciones que podrán lograr (o no) un consenso efectivo y un reconocimiento por parte de la Real Academia. Entretanto, creemos que la posible incomodidad que esto produzca en algún lector o lectora no será menor a la experimentación por quienes nos dedicamos a los estudios feministas debida a la histórica omisión de las mujeres y de otras identidades en las convenciones linguísticas y a la rigidez de sus cambios, que lo muestran como un campo de disputas y controversias*" (FAUR, Eleonor. *op. cit.*, p. 13 y 14). En este artículo se sigue el mismo desafío, de allí que se apela al uso de la x en cuanto se considere pertinente.

[9] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", 28/11/2012. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

Aquí se entiende que la Corte IDH debería preocuparse, justamente, por contrarrestar todos estos estereotipos y no por remarcarlos o profundizarlos al considerar que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en general y a la FIV en especial, involucra y compromete más a las mujeres que a los hombres. El acceso a la maternidad/paternidad no debería ser un derecho "prioritario" para las mujeres, reforzándose un mandato cultural que reafirma el patriarcado y la culpa como elementos estructurales del supuesto deber de ser madres, sino admitir que es un derecho el acceso a formar una familia sin tener que reafirmar los roles estereotipados que en la misma sentencia se critica, pero a la par, se lo coloca como un argumento de peso para hacer lugar la responsabilidad de Costa Rica por impedir el acceso a la FIV.

Por otra parte, si de perspectiva de género y derecho civil se trata, como se pretende ahondar en este ensayo, más precisamente lo relativo al derecho filial, cabe destacar que en el caso Artavia Murillo se agrega: *"(...) si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas*" (párrafo 299). Esto sí sería un aporte que merece ser destacado, ya que es real que las prácticas de reproducción asistida comprometen, desde el punto de vista físico, más el cuerpo de la mujer que el de los hombres; más aún, en lo que respecta a la donación de material genético, no es lo mismo ser donante de óvulo que de esperma; de allí que sea necesario fortalecer la noción de discriminación indirecta que recepta la propia Corte IDH en este mismo fallo. Para ingresar a la noción de discriminación indirecta, se parte de una diferenciación básica que destaca la Corte, la "*diferencia entre "distinciones" y "discriminaciones", de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos*" (párrafo 285); y en este contexto se entiendo por discriminación indirecta la idea de que "*una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas*" (párrafo 286).

De manera más reciente, la Corte IDH retoma la mirada de género en el caso "I.V. contra Bolivia" del 30/11/2016[10] ante el planteo de una ligadura de trompas sin el consentimiento de la mujer. En este contexto, se expuso de manera crítica los estereotipos de género que priman en el sector salud, como ser: a) que las mujeres son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado; b) que las mujeres son consideradas como seres impulsivos y volubles, por lo que requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector; y c) que las mujeres deben ser quienes deben llevar la responsabilidad de la salud sexual de la pareja, de modo tal que es la mujer quien dentro de una relación tiene la tarea de elegir y usar un método anticonceptivo. De manera clara, la Corte resalta que

> "*el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud (infra párr. 187). Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento*" (párrafo 185). Agregándose en el párrafo siguiente que "*la Corte ha reconocido que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer lleva ínsita la obligación de eliminar la discriminación basada en estereotipos de género*".

¿Cómo inciden -o cómo deberían incidir- todas estas consideraciones provenientes de la jurisprudencia regional en la regulación u orientaciones jurídicas de los Estados que han suscripto la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Aquí se toma como ejemplo la experiencia del derecho argentino centrada en el cruce entre legislación civil y género a raíz de la puesta en marcha el 01/08/2015 del Código Civil y Comercial en el que se pretende compatibilizar la regulación civil, en particular, la referida a las relaciones de familia a la luz del desarrollo y consolidación de la perspectiva de género; siendo importante destacar que además de dicha normativa, en el año 2009 se sancionó la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, lo cual excede con creces el ámbito privado o

[10] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "I.V.* vs. Bolivia", 30/11/2016. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

doméstico de la violencia para extenderlo al campo público o de las relaciones sociales en general. Este cruce normativo entre la legislación civil y la de violencia de género vendría a reforzar la noción de prevención, como otro elemento clave para el abordaje más profundo y sostenido de la cuestión en estudio. ¿Acaso reafirmar los roles de género tradicionales desde la ley no es funcional a la violencia de género? ¿Colocar a la mujer en el lugar de principal cuidadora del hogar y de los hijos no contradice una de las claves del feminismo como lo es la emancipación y autonomía de las mujeres por contraposición al sometimiento? ¿O no constituye un objetivo básico de todo Estado Democrático alcanzar sociedades más respetuosas del principio de igualdad y no discriminación en razón del género; es decir, más horizontales y no verticalistas, patriarcales y machistas? ¿En qué puede colaborar la legislación civil en este sentido? Esto es lo que se pretende abordar en el presente ensayo a través de diferentes decisiones legislativas que han sido receptadas y/o al menos debatidas en el derecho argentino contemporáneo.

En definitiva, se trata se indagar sobre las virtudes y también limitaciones, del rol de la ley en este arduo camino por alcanzar una sociedad más democrática en el que el principio de igualdad y no discriminación en razón del género no sea una quimera ni una utopía sino una realidad o al menos, que se parezca un poco más a ello. En otras palabras, se trata de estar más cerca de la igualdad real que de la igualdad formal.

Sucede que es sabido que la ley en cuanto "discurso performativo"[11], es decir, creador de sentido y construcción de subjetividad, es central; de allí la importancia en ahondar sobre cómo la legislación civil puede ser más o menos respetuosa en términos de género y para ello, se toma como excusa, el desarrollo legislativo acontecido en la Argentina en los últimos tiempos, siendo el ordenamiento jurídico civil más actual y moderno.

[11] Precisamente, una de las autoras de mayor reconocimiento en el campo de los estudios de género ha sido la norteamericana Judith Butler, quien se ha referido en tantísimas oportunidades a la "performatividad del género". Como se trata de una cuestión compleja para poder comprender en un breve espacio, se trae a colación una entrevista que se le hizo a esta autora quien aseveró: "*Hablar de performatividad del género implica que el género es una actuación reiterada y obligatoria en función de unas normas sociales que nos exceden. La actuación que podamos encarnar con respecto al género estará signada siempre por un sistema de recompensas y castigos. La performatividad del género no es un hecho aislado de su contexto social, es una práctica social, una reiteración continuada y constante en la que la normativa de género se negocia. En la performatividad del género, el sujeto no es el dueño de su género, y no realiza simplemente la "performance" que más le satisface, sino que se ve obligado a "actuar" el género en función de una normativa genérica que promueve y legitima o sanciona y excluye. En esta tensión, la actuación del género que una deviene es el efecto de una negociación con esta normativa*" (SABSAY, Leticia. "*Judith Butler para principiantes*", Suplemento Soy de Página 12, 08/05/2008. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-742-2009-05-09.html>. Compulsada el 22/12/2017).

3 ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REVOLUCIÓN LEGAL CIVIL EN EL DERECHO ARGENTINO

Argentina ha introducido modificaciones sustanciales en su ordenamiento jurídico al receptar un nuevo Código Civil y Comercial, es decir, al animarse a un "dar de nuevo" en materia de derecho civil y comercial a la luz de un texto que debía sufrir armonizaciones estructurales al haber sido interpelado, entre otras tantas cuestiones, por la ley 26.618 que extendió en el 2010 la figura del matrimonio a todas las parejas con absoluta independencia de la orientación sexual y la ley 26.743 de identidad de género, primera regulación a nivel mundial en la que establece que para el cambio de identidad no es necesario recurrir a ninguna operación quirúrgica previa sino que basta con la "identidad autopercibida"[12].

El contexto en el que se edificó se lo sintetiza con la denominación "constitucionalización del derecho civil", tal como se lo explicitó en los Fundamentos del entonces Anteproyecto de reforma que es el antecedente directo de este nuevo texto legal. En dicha oportunidad, se puso de resalto:

> *"La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina (...) Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*"[13].

Se trata, ni más ni menos, de un modo diferente de razonar y pensar el derecho civil y comercial fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el Derecho, siempre teniéndose en cuenta los derechos humanos comprometidos.

---

[12] De manera precisa, el art. 2 dedicada a la "Definición" expresa: "*Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales*" (ARGENTINA. Ley 26.743, 2012).

[13] ARGENTINA. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. Compulsado el 22/12/2017.

No por nada los dos primeros arts. con los que comienza el Código Civil y Comercial otorgan un lugar privilegiado a los tratados internacionales de derechos humanos. Así, el art. 1 dedicado a las "Fuentes y aplicación" dispone que

> "*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*"

y el art. 2 dedicado a la "Interpretación" asevera que "*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*".

En este marco, en el presente ensayo se pretende compartir la experiencia argentina al reformar su legislación civil y comercial en lo atinente a cómo, de qué modo, en qué sentido y con qué dimensión o entidad ha receptado la perspectiva de género. De esta manera, siendo esta perspectiva una obligación internacional y regional so pena de incurrirse en responsabilidad en dicho plano, se intenta que esta bocanada de aires renovados provenientes del país más al sur del continente pueda servir de ejemplo para que otras legislaciones puedan avanzar en esta línea auspiciada por la doctrina internacional y regional de derechos humanos y a la par, colaborar en intentar frenar el rebrote conservador que se estaría observando en América Latina.

¿Cuál es el ámbito del derecho civil en el que se observa con mayor precisión y alcance el verse atravesado por la perspectiva de género? Las relaciones de familia. A este ámbito del derecho nos focalizamos en esta oportunidad.

De manera general e introductoria, es dable destacar que el Código Civil y Comercial argentino regula de manera concentrada en el Libro Segundo todas las cuestiones atinentes a las "Relaciones de Familia". Este libro consta de un total de ocho (8) Títulos en el que se introducen varias figuras nuevas y se modifican de manera sustancial tantas otras. Entre las primeras, se encuentran las uniones convivenciales, el reconocimiento de las TRHA como tercera causa fuente filial compartiendo el escenario con la filiación biológica y adoptiva, y la regulación de ciertos principios básicos relativos a los procesos de familia; por su parte, entre

las instituciones que presentan profundas modificaciones, se ubica el matrimonio, el régimen de bienes, el divorcio, el parentesco, la filiación y la adopción[14].

Estos cambios responden, además de a la mencionada "constitucionalización del derecho civil", a las leyes de vanguardia receptadas en el ordenamiento jurídico argentino con anterioridad, las cuales fueron delimitando un espectro más amplio y plural en el que debía transcurrir todo proceso de elaboración de un nuevo texto civil. Nos referimos, además de las mencionadas leyes de "matrimonio igualitario" (26.618) e identidad de género (26.743), a las leyes de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (ley 26.061), muerte digna (ley 26.742) o la ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (ley 26.862) por citar algunas de las más relevantes y que habrían colocado a la legislación argentina en un lugar de avanzada o de privilegio en comparación con otros países, en especial, los de la región latinoamericana.

Todas ellas muestran cómo ha cambiado la fisionomía del derecho de familia, colocando en jaque la legislación civil en este campo jurídico a tal punto que se considera que sería más adecuado en la actualidad referirse a la existencia de un derecho de las familias en plural[15], que es el terreno que nos interesa focalizar aquí receptando como eje de análisis la perspectiva de género. En este sentido, se puede aseverar sin hesitación alguna que el nuevo Código Civil y Comercial tiene "cara de mujer".

Se trata, en definitiva, de llamar la atención sobre ciertos y determinados principios y miradas que toda nueva legislación no podría desoír, silenciar o esconder. En este sentido, interesa poner especial énfasis en cómo la perspectiva de género -obligada, por cierto, en

[14] Para tener un panorama general sobre los principales cambios que introduce el Código Civil y Comercial en las relaciones de familia compulsar entre otros: HERRERA, Marisa. "Sobre familias en plural. Reformar para transformar". *Revista UCES*, Buenos Aires, 2013, p. 105 y ss.; HERRERA, Marisa. "Familias e identidades: la lógica de los cambios". *Revista Desafíos*, año 3, n. 4, p. 50-59; HERRERA, Marisa. "La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar". *Revista Derecho Privado, Infojus*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, n. 6, Buenos Aires, 2013, p. 109 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje)". *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 287 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014". *Revista La Ley*, 08/10/2014, p. 1 y ss. Cita Online: AR/DOC/3592/2014; HERRERA, Marisa. "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar". Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre). *La Ley*, Buenos Aires, 2014, p. 39; DE LA TORRE, Natalia. "La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares". *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 59, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 131.

[15] HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia; FERNÁNDEZ, Silvia E. *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

atención a los compromisos internacionales y nacionales asumidos hace tiempo y reforzados tras la sanción de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres- está presente con fuerza en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Sucede que la realidad social que imperaba en la época de Vélez Sarsfield allá por 1871, o incluso mucho después, durante la reforma sustancial que observó el Código Civil en 1968 tras la sanción de la ley 17.711 durante la presidencia de facto de Onganía; o ya en plena democracia, como lo fue la ley 23.264 que introdujo importantes modificaciones en el régimen de la filiación y patria potestad en 1985 y años después, en 1987, la ley que introduce el divorcio vincular en el país, todas ellas observaban una fisionomía muy diferente a la actual. La consolidación del acceso de las mujeres al mercado del trabajo, el retraso en la maternidad, los avances en la anticoncepción efectiva y segura, el aumento de la tasa de divorcio y su mayor aceptación y no estigmatización, la expansión de la familia monoparental y otras configuraciones familiares como la familia ensamblada, el reconocimiento jurídico de las llamadas uniones convivenciales, el desarrollo de la biotecnología permitiendo el nacimiento de niñxs sin el requisito del acto sexual, por señalar algunas consideraciones fácticas elocuentes, transversalizadas por el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación e identidad sexual y el género; hacen evidente la necesidad de contar con un nuevo entretejido legal que dé respuesta a conflictos jurídicos muy diferentes y más complejos a la vez.

¿Está al alcance de un Código Civil receptar todas estas diversidades personales y familiares? ¿Puede colaborar –entre otras tantas cosas- a romper estructuras de dominación de larga data y, de esta manera, colocar en crisis la ruptura binaria: hombre proveedor/ mujer cuidadora –hoy en franca decadencia- cuándo, además, se reconoce que las familias pueden estar encabezadas por dos mujeres o por dos hombres como acontece en el derecho argentino? ¿Puede una nueva legislación civil ser una herramienta hábil para lograr salir de la doble responsabilidad o carga que aún continúan titularizando una gran cantidad de mujeres, quienes llevan sobre sus espaldas el hecho de ser las principales proveedoras y cuidadoras del hogar? Como se puede observar, la redacción de un nuevo texto civil y comercial constituyó una excelente oportunidad para revisar, replantear e incorporar varias de las críticas en términos de igualdad de género, que hace varios años vienen batallando los movimientos feministas y organizaciones sociales comprometidas con los Derechos Humanos. En este sentido, la nueva legislación que rige la vida familiar de los habitantes de la Argentina sigue la misma línea

legislativa –y cultural a la vez- trazada hace ya más de una década, marcada por el sendero de la ampliación e inclusión de derechos humanos acontecida en el país hasta fines del 2015[16].

Para poder comprender con mayor exactitud la línea legislativa adoptada, cabe traer a colación una de las tantas afirmaciones que se esgrimen en los Fundamentos del Anteproyecto en el que se explicitan los valores axiológicos sobre los cuales se edifica esta legislación clave para la vida de las personas, destacándose que se trata de un "código para una sociedad multicultural", lo cual se lo divisa de manera más precisa al regular las relaciones de familia al aseverarse que

> "*En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender*"[17].

¿Qué lugar ocupa la mirada de género en esta regulación? Aquí se pretende demostrar a través del análisis de algunas de las instituciones o decisiones legislativas adoptadas, cómo el Código Civil y Comercial ha receptado la obligada perspectiva de género directamente vinculada con otra noción muy actual a la luz del derecho contemporáneo como lo es el de "vulnerabilidad" de conformidad con las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de

[16] Ver entre otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Comparado*, n 10, Derecho de Familia II, Rubinzal Culzoni, 2005-7; HERRERA, Marisa. "Nuevas tendencias en el derecho de familia de hoy. Principios, bases y fundamentos. Primera parte". *Microjuris online*, Buenos Aires, 2011; HERRERA, Marisa. "La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?". In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Constitucionalismo 2020*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, p. 85 y ss.; HERRERA, Marisa. "Aportes de la jurisprudencia cortesana a la consolidación del Derecho Constitucional de Familia o la "constitucionalización del derecho de familia", Corte Suprema de Justicia de la Nación". Máximos precedentes. Derecho de Familia. In: HERRERA, Marisa; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LLOVERAS, Nora (Directoras). *La Ley*. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2014; GARCÍA LEMA, Alberto M. "Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código". *La Ley*, 2014-C, 915; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; DAVICO, María de los Ángeles. "Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia". *La Ley*, 2014-E, 88.

[17] ARGENTINA. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, *op.cit*.

las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizadas en Brasilia en marzo de 2008.

4 LA FIGURA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: PROTEGIENDO AL MÁS DÉBIL… QUE SUELEN SER LAS MUJERES[18]

El Código Civil y Comercial recepta o introduce la figura de la *compensación económica*, la cual puede estar presente tanto ante la ruptura del matrimonio[19] como de la unión convivencial[20].

[18] Para profundizar sobre esta incorporación al nuevo Código Civil y Comercial compulsar entre tantos otros: BEDROSSIAN, Gabriel. "El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial". *Microjuris online*; FORTUNA, Sebastián I.; MURGANTI, Ana. "Actualidad en Derecho de Familia 4/2017". Thomson Reuters, 2017; IRIGOYEN TESTA, Matías. "Compensación económica: aplicación de fórmulas al primer fallo de cámara", *RDF*, 78-33, 2017; MIZRAHI, Mauricio L. "Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones". *DFyP*, (junio) 2017; MOLINA DE JUAN, Mariel F. "Compensaciones económicas y derecho transitorio. Donde no hubo derecho no hay acción". *La Ley*, 2016; MOLINA DE JUAN, Mariel F. "Compensaciones económicas: un modelo para armar". RCCyC, (marzo) 2017; PELLEGRINI, María Victoria. "Compensaciones económicas: formas de cumplimiento, cuestiones posteriores a su fijación y posible superposición en los casos de uniones que cesan por matrimonio". *RDF*, 78-5, 2017; ROLLERI, Gabriel G. "Compensación económica entre convivientes". *RCCyC*, (marzo) 2017; y VENINI, Guillermina. "Compensaciones económicas en la unión convivencial ¿Renuncia sí o no? ¿Previa a la unión o con posterioridad al cese de la convivencia?". *DFyP*, (agosto), 2017.

[19] ARGENTINA. Código Civil y Comercial, 2015. ARTÍCULO 441.- *Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.*

ARTÍCULO 442.- *Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial, b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.*

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

[20] Código Civil y Comercial, 2015. ARTÍCULO 524.- *Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.*

ARTÍCULO 525.- *Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el*

Cabe recordar que en total consonancia con otro principio de derechos humanos como es la libertad y consecuente autonomía, el Código Civil y Comercial abre la posibilidad de que los cónyuges opten entre dos regímenes de bienes: el de comunidad –el único régimen que había regido hasta ahora- y el de separación de bienes. ¿La posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes –lo mío es mío y lo tuyo es tuyo- perjudica a las mujeres? Una lectura rápida y superficial del nuevo Código Civil podría instar a responder que sí, sin embargo, si se profundiza un poco más, fácil se observa que ello lejos es de ser así.

En primer lugar, la complejidad social que rodea el mundo actual permite observar que no todas las mujeres dependen económicamente del marido sino que, en algunas ocasiones, ellas son las principales proveedoras o bien ya cuentan con cierta autonomía patrimonial, lo que suele acontecer en los casos de segundas nupcias por ejemplo. En estas situaciones, podría ser más más protectorio para ellas elegir el régimen de separación de bienes. Por otra parte, y de conformidad con el alto valor pedagógico de la ley; la posibilidad de optar entre dos regímenes es hábil para contribuir a la necesaria de-construcción de "estereotipos" fuertemente arraigados en el imaginario social de la mujer "cuidadora de la casa y los hijos" y económicamente dependiente del hombre; imaginario que no siempre responde a la compleja realidad social actual; basta mirar los resultados del censo de 2010 que revelan que cada vez hay más mujeres jefas del hogar.

Ahora bien, también es sabido que en diversos hogares aún se mantiene el modelo "tradicional", por lo cual para corregir cualquier tipo de injusticia que pueda derivarse del régimen de bienes, el Código Civil y Comercial incorpora la figura de la compensación económica, la cual opera ante la ruptura de un matrimonio o las uniones convivenciales, siendo en este momento donde las desigualdades reales se hacen sentir. ¿En qué consiste esta nueva institución? Precisamente, en compensar el desequilibrio patrimonial derivado del matrimonio y el divorcio. Por ejemplo, una mujer universitaria se recibe y cuando está haciendo la residencia en medicina, su marido tiene una oportunidad laboral en el exterior; por lo tanto, dejan el país y ella su carrera. Ella lo hace de manera consciente y en total acuerdo con su

estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

marido. Pasan varios años y se divorcian. El hombre al estar inserto en el mercado laboral, recibe un sueldo que le permite afrontar solo las necesidades económicas; la mujer, por el contrario, carece de una fuente de ingresos para cubrir sus gastos. En este contexto, ella podrá solicitar una compensación económica con todo lo que ello significa para alcanzar un piso mínimo de autonomía que le permita seguir adelante tras la ruptura de la pareja.

Desde ya, si bien esta figura está redactada de manera neutra al referirse a los cónyuges (art. 441) o convivientes (art. 524) al ser Argentina el primer país en la región en extender la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo, lo cierto es que en la práctica beneficia a las mujeres que aún siguen conformando núcleos familiares con roles familiares tradicionales o que se mantienen en la lógica mujer cuidadora- hombre proveedor. Además, por el principio de igualdad y no discriminación, nada es óbice para que este tipo de roles clásicos también sean observados en el marco de una pareja conformada por dos mujeres o por dos hombres y en ese caso, la compensación económica, si se demuestran los requisitos para su viabilidad, es posible de ser acordada y ordenada por disposición judicial.

5 EL VALOR ECONÓMICO DE LAS TAREAS DEL HOGAR

Sin lugar a duda, de las modificaciones que plantea el Código Civil y Comercial argentino en clave de género, la más evidente era el valor económico de las tareas en el hogar. Ello es resultado de luchas, conquistas y consolidaciones promovidas por los movimientos feministas que con el correr del tiempo, han tenido amplia aceptación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y regional. Como es sabido, esta introducción es un claro reconocimiento a la labor que realizan en la gran mayoría, las mujeres en el hogar[21].

Si bien es cierto que la obligación alimentaria a favor de los hijos recae de manera conjunta en ambos progenitores, quien tras la ruptura queda a cargo del cuidado de los hijos cumple tal obligación al realizar las tareas cotidianas de la vida del hijo (llevar y traer del colegio, ocuparse de la salud, de la recreación, etc). Estas tareas tienen un costo económico que debe ser expresamente reconocido por la ley, revalorizando el trabajo de la mujer en el hogar. Esto es lo que recepta el art. 660 cuando se refiere a las tareas de cuidado.

[21] ARGENTINA. Código Civil y Comercial, 2015. ARTÍCULO 660.- *Tareas de cuidado personal. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.*



Ahora bien, qué sucede con los alimentos cuando se trata de situaciones de coparentalidad o de ejercicio de la responsabilidad parental conjunta que, como bien se analiza en el próximo apartado, constituye la regla o el régimen legal preferido por el Código Civil y Comercial. Esto también es respondido de manera clara por la normativa civil, dejándose expresado que aunque el ejercicio sea conjunto ello no implica que un progenitor se desentienda de pagar una cuota alimentaria a favor de los hijos tal como lo expone el art. 666 al disponer que

> "*En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658*".

Sucede que es justamente desde una perspectiva de género emancipatoria, que el reconocimiento de los derechos a favor de las mujeres no puede devenir por el hecho de tener hijos, de allí que se recepta figuras como la mencionada compensación económica y a la par, es necesario ubicar las cuestiones alimentarias en su lugar de obligaciones a favor de los hijos y así es como el art. 666 admite la petición de alimentos cuando los recursos de los progenitores no sean similares y sea en beneficio de los hijos para que mantengan un nivel de vida equivalente en ambos hogares. Esto nada tiene que ver con los alimentos en los casos de matrimonio, separación de hecho o divorcio. En otras palabras, separar los derechos y deberes como padres de los que se reconoce como pareja, ex pareja es importante para determinar bien los derechos en juego.

6 LA NOCIÓN DE "COPARENTALIDAD"[22] Y RESPONSABILIDADES CONJUNTAS

De manera general, cabe destacar que el lenguaje no es neutro. Es por ello que el Código Civil y Comercial introduce varios cambios terminológicos que llevan consigo un viraje sustancial en el planteo jurídico o contenido que se propone. Así, la noción de "patria potestad" que remite, indefectiblemente, a la idea del hombre-padre- proveedor, dueño de la casa, de la mujer y de los hijos; de todos ellos bajo la "potestad" y sumisión del "jefe de hogar", se reemplaza por la idea de "responsabilidad parental". No se trata de una elección fortuita, sino que se sigue el documento sobre "Principios de derecho europeo de familia relativo a la responsabilidad parental" en el loable intento "*de contribuir a la armonización del Derecho de familia en Europa y facilitar aún más la libre circulación de personas en Europa"*[23].

Por otra parte, es una interpretación válida el uso corriente que se le da a un término (conf. Corte IDH en Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, 28/11/2012); en ese marco, cabe destacar que si a las personas se les preguntara qué cree que tiene sobre sus hijos, la mayoría

[22] Vastísima es el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a esta noción. Como síntesis o acercamiento ver HERRERA, Marisa; FAMÁ, María Victoria. "Preferencia materna en la custodia de los hijos menores de 5 años: De la discriminación inversa hacia la coparentalidad". *Revista jurídica on line "El Dial"*, 21/09/2005. Disponible em: <www.eldial.com>. Compulsada el 19/12/2017; BASSO, Silvina M. "El ejercicio de la responsabilidad parental en supuestos de divorcio o separación de los progenitores y el 'interés superior del niñx'". *RDF*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n. III, 2013, p. 14 y ss.; BONZANO, María de los Ángeles. "Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental". *RDF*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n. 60, p. 151 y ss.; LLOVERAS, Nora; MONJO, Sebastián. "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código". *La Ley* 2013-E, 1078; GROSMAN, Cecilia. "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental". *RDF*, n. 66, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 227 y ss.; MIZRAHI, Mauricio Luis. "Medidas civiles para la efectividad de la comunicación filial". *La Ley*, 15/09/2014, p. 1; MOLINA DE JUAN, Mariel F. "El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar". *La Ley*, 2014-C, 568; MIZRAHI, Mauricio Luis. "El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código". *La Ley*, 2013-C, 925; HERRERA, Marisa. "Compartir: Una idea cardinal del régimen del ejercicio de la responsabilidad parental hoy (por interpretación) y mañana (por ley)". *Rubinzal online*, RC D 293/2014. Y a los fines de observar el recorrido que ha tenido en la jurisprudencia confrontar entre otros ARGENTINA. Sup. Corte De Mendoza. Sala I, 08/04/2014, "DYNAF s/ solicita medida conexa s/ inc.". *La Ley*, 2014-C, 568; CAPEL. en lo Civil, sala B, 26/08/2013, "B. G. M. H. M. y otro c. S. S. J. s/ medidas precautorias". *La Ley online*, AR/JUR/89589/2013; ARGENTINA. Sup. Corte Bs As. 21/06/2012. "P., L. O. v. R., M.". *Abeledo Perrot online*, AP/JUR/1922/2012; ARGENTINA. Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario. 13/05/2009. "B., D. G. c. V., J. R.". *LLLitoral*, (agosto) 2009, p. 813; ARGENTINA. Juz. de Familia n. 1 de Mendoza. 24/02/2014. "B., M. L. c. L., M. B. s/ tenencia". *La Ley online*, AR/JUR/4912/2014; ARGENTINA. Tribunal Col. de Familia n. 1 de San Isidro. 07/12/2012. "A., G. c. T., C. B. s/tenencia", Derecho de Familia y de las Personas, (mayo). *La Ley*, Buenos Aires, 2013, p. 43.

[23] COMISIÓN EUROPEA DE DERECHO HUMANOS. "Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad parental". Disponible en: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>. Compulsado el 22/12//2014. Aquí el principio 3:1 se refiere al "*Concepto de responsabilidad parental*" en los siguientes términos: "*La responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niñx. Comprende en particular: (a) el cuidado, la protección y la educación; (b) el mantenimiento de relaciones personales; (c) la determinación de la residencia; (d) la administración de los bienes, y (e) la representación legal".*

no diría una "potestad", sino una gran "responsabilidad". Justamente, ese es el concepto que se entiendo más adecuado para denominar al conjunto de deberes y derechos derivados de la relación entre e hijos y la que recepta el Código Civil y Comercial argentino cuyo título VII del Libro Segundo dedicado a las "Relaciones de familia" referido, precisamente, a la "responsabilidad parental", derogándose o reemplazándose el perimido concepto de "patria potestad". Se trata de una modificación en el lenguaje que trae consigo profundos cambios de fondo, dentro de los cuales, por razones de espacio, sólo nos centraremos en uno sólo -y en las consecuencias jurídicas que de éste se derivan-: reconocer la idea de "coparentalidad" como columna vertebral del régimen de ejercicio de la responsabilidad parental. En este sentido, el interrogante que se intentará desentrañar en el presente ensayo gira en torno a qué acontece con los hijos tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres[24].

El Código Civil derogado priorizaba a uno de los progenitores por sobre el otro. Es decir, a quien ostentaba la "tenencia" de su hijo se le otorgaba un rol principal o primordial en su crianza, restándole al otro progenitor un lugar periférico o secundario, circunscripto a la noción de comunicación y supervisión. Este sistema observa tantísimas, variadas y acertadas críticas.

En primer lugar, la noción de "tenencia" –que el nuevo Código Civil y Comercial sustituye por la de "cuidado personal"- alude más a los hijxs como un objeto ("un trofeo") que al obligado reconocimiento de ellos como sujetos de derechos de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niñx. Por otro lado, cabe recordar que la legislación argentina entonces vigente –aún después de la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario-, mantenía la preferencia materna en la "tenencia" de los hijos menores de 5 años cuando se trata de una pareja de diverso sexo, prioridad que cedía cuando se trata de parejas de igual sexo en el que sólo se debía observar el mejor interés del hijo. ¿Acaso las mujeres somos, a priori y en abstracto, fundado en la supuesta "naturaleza", las mejores cuidadoras de nuestros hijxs? Este régimen unilateral en la atribución del cuidado de los hijos no sólo perjudicaba a quienes se debía beneficiar en primer término como son los niñxs, sino también a los hombres y a las mujeres. Ello no sucede si la ley recepta un sistema horizontal, en el que no hay un

[24] Para profundizar sobre esta cuestión relativa a la relación entre padres e hijos a la luz del principio de igualdad y no discriminación desde la perspectiva regional, se recomienda compulsar HERRERA, Marisa; LATHROP, Fabiola. "Parental responsibility. A comparative study of Latin American legislations". *International Journal of Law Policy and the Family*. London: Oxford University Press, 2016.

progenitor principal y otro complementario. ¿Acaso la preferencia materna no constituye un mandato social y legal que refuerza el rol de las mujeres- madres con las consecuencias negativas que se deriva de ello en sociedades en el que las mujeres tienen una fuerte inserción en el marco laboral? En otras palabras, este doble rol de mujeres proveedoras y cuidadores o principales responsables de la crianza de los hijxs, en definitiva, constituye una doble carga para las madres quienes llevan adelante ambos roles con culpa.

En este marco revisionista, cabe preguntarse cuál es el mejor sistema legal que cumpliría con el derecho humano de todo niñx a tener vínculo con ambos padres en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, de conformidad con las "obligaciones comunes" a las cuales se refiere el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niñx que comienza expresando que "*Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niñx*". La respuesta deviene obvia: el régimen de "coparentalidad". Esto se funda, además de este fuerte argumento o manda constitucional-convencional que impone el mencionado artículo de la Convención sobre los Derechos del Niñx, en otras razones de peso.

Desde el punto de vista realista, cabe destacar que, si mientras los padres convivían bajo el mismo techo, ambos llevaban adelante de manera indistinta diversos actos de la vida cotidiana de los hijxs, comprometiéndose y responsabilizándose por igual en su crianza; fácil se advierte que esta dinámica no debería ponerse en riesgo porque los adultos pasen a vivir en dos hogares diferentes, excepto situaciones extremas.

Con este sistema que siguen varias legislaciones comparadas[25] -incluso aquellas que siempre han sido muy conservadoras como la chilena que en el 2013 introdujo una modificación al Código Civil que incorpora la figura del cuidado personal compartido[26]- no se duda, que se

[25] El ejercicio compartido de la responsabilidad cuando los padres se separan es el principio rector que adopta una gran cantidad de países en el derecho comparado como ser: Brasil (Código Civil, art.1631), El Salvador (Código de Familia, art.207), Paraguay (Código Civil, art. 70), España (Código Civil, art. 92); Francia (Código Civil, art. 372.2) e Italia (Código Civil, art. 155), por citar algunos. En esta misma línea, la ley 29.269 del Perú sancionada en el 2009, introdujo reformas sustanciales al Código de los Niñxs y Adolescentes, observando el texto actual del art. 81: "*Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niñxs, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niñx, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niñx, niña o adolescente*".

[26] Expresa el art. 224 del Código Civil en su primer párrafo: "*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud*

beneficia todo el grupo familiar y en especial, a los hijxs. A ellos, porque la ley les asegura que van a mantener intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. A los padres, porque ambos siguen siendo responsables por igual y con la misma intensidad hacia sus hijxs, evitando conflictos que después se trasladan a los estrados judiciales por incumplimiento del régimen de comunicación o las mal llamadas "visitas", en el que uno de los progenitores se empieza a alejar del hijx y al tiempo deja o retacea el pago de la obligación alimentaria, cuan "efecto dominó" que después es muy complejo revertir.

De este modo, el régimen de "coparentalidad" que prima en el derecho argentino hoy, no sólo sería el que más y mejor responde al principio del "interés superior del niñx", sino también el que beneficia a cada uno de los integrantes de la familia. Saliéndose del ámbito privado para ingresar a la faz pública –aunque ambas interactúan de manera insoslayable- se reafirma el lugar de la ley como una herramienta hábil de carácter pedagógica y preventiva en el campo del derecho de familia que no es menor.

Así, el régimen legal supletorio que promueve el Código Civil y Comercial es el que mejor responde a la idea de "compartir" las responsabilidades sobre los hijxs, ya que no sólo se establece que el ejercicio de la responsabilidad parental debe ser conjunto, sino que el cuidado personal también debe ser compartido, priorizándose la modalidad "indistinta" por sobre la alternada de conformidad con lo previsto en los arts. 650[27] y 651[28].

Así, el sistema que trae la nueva legislación civil y comercial protege y garantiza a los hijxs las condiciones necesarias para su buen desarrollo entendiéndose que ello se logra si se mantiene un trato amplio y fluido con ambos progenitores como acontecía cuando los padres vivían juntos. Es decir, que la ruptura de la pareja impacte lo menos posible en la relación parental.

La responsabilidad parental compartida tiene un alto valor simbólico: su sola expresión y previsión contribuye a que ninguno de los padres se sienta apartado ni excluido por la ley, lo

del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos" (según ley 20.680 del 2013).

[27] ARGENTINA. Código Civil y Comercial, 2015. Artículo 650.- *Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.*

[28] ARGENTINA. Código Civil y Comercial, 2015. Artículo 651.- *Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo*.

cual no es una consideración menor en términos de efectividad de los derechos de niñxs y adolescentes y el fuerte compromiso que asume la legislación vigente por verse y asumirse "constitucionalizada".

Por otra parte, si de género y legislación civil se trata, no se puede dejar de dedicarle un espacio propio a destacar otra virtud que se deriva de receptar un régimen de cuidado de los hijxs centrado en la coparentalidad: la prevención de la violencia de género. Nos explicamos. Es sabido que la gran mayoría de los casos de violencia familiar corresponden a situaciones de violencia de género. ¿A qué se debe este preocupante dato de la realidad? A los resabios de una cultura machista, en el que se esperan determinadas conductas, deberes o mandatos por parte de las mujeres, entre ellas, todo lo relativo al cuidado de los hijxs. Educar en la igualdad real y legal, en el que se extinga la preferencia materna y el culpabilizar a las mujeres por no cumplir con ese "deber ser", constituye un aporte fundamental del Código Civil y Comercial a esta lucha aún pendiente por la igualdad de género. ¿Cuál será el impacto de la coparentalidad como regla en la vida de los hijxs? Aceptar que la mayor flexibilidad, intercambio y complementariedad de los roles parentales es hábil, a largo plazo, para disminuir los casos de violencia de género, porque los hombres educados en este contexto de mayor igualdad real ni se les va a cruzar la idea de pretender o reclamar ciertos comportamientos de sumisión y servicio por parte de las mujeres, ya que éstos no han sido los principios sobre los cuáles se han educado y criado. Prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género es una deuda pendiente que sólo se puede saldar si se comprende la complejidad del problema y a la par, se reconoce las virtudes y beneficios concretos que pueden aportar leyes de tal envergadura como lo es un código civil.

7 INTERPELANDO AL GÉNERO: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO FIGURA QUE NO PUDO INGRESAR A LA LEGISLACIÓN CIVIL CONTEMPORÁNEA

7.1 Palabras Introductorias

Un lugar destacado en este cruce entre perspectiva de género y conflictivas civiles contemporáneas, merece una figura que aún no ha tenido un gran desarrollo en la región pero sí que lo ha sido en el derecho argentino. Nos referimos a la denominada gestación por

sustitución (GS) como se la denomina en el presente ensayo, pero conocida también bajo otras nociones como ser maternidad subrogado, vientre de alquiler, útero subrogado, etc.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de TRHA a la figura en análisis definiéndola del siguiente modo:

> "*las técnicas de reproducción humana asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de zigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado*".[29]

Es evidente que esta especial TRHA compromete complejas cuestiones que exceden con creces el marco jurídico y desde ya, coloca en tensión e incluso confronta diferentes posturas feministas. Como lo sostiene una autora

> "*El siglo de la biotecnología se nos presenta como un gran trato fáustico. Vemos ante nosotros el anzuelo de los saltos de gigante y las grandes conquistas, un brillante futuro lleno de esperanza. Pero con cada paso que demos hacia ese ´mundo feliz´ la ingrata pregunta ´¿a qué precio?´ nos perseguirá … Los riesgos que acompañarán el siglo de la biotecnología son, como poco, tan ominosos como seductoras recompensas. Enfrentarnos a la cara luminosa y a la cara oscura de la biotecnología nos pondrá a prueba, a cada uno de una manera*"[30].

¿Qué una mujer geste a un niñx para otra persona o pareja constituye una forma de explotación sexual moderna o, por el contrario, un acto que deriva de la libertad de decisión sobre el propio cuerpo y a la par, la puesta en crisis del aforismo "mater semper certa est"? ¿Cuál es el impacto de la separación o desmembramiento entre gestar y ser madre que involucra la figura en análisis? ¿Toda mujer que gesta para otro es un acto de explotación sexual? ¿Toda mujer que gesta para otro es un acto de libertad? Como se verá, a la luz de los debates que se han generado en el derecho argentino, la respuesta no es unívoca, lineal ni sencilla. Sucede que realmente sí hay casos de explotación, pero hay otros tantos en el que la gestante tiene un vínculo afectivo fuerte con los futuros padres al ser un familiar o íntima amiga de ellos. Por otra parte, y en término de fortalezas y debilidades, si bien es cierto que los pretensos padres

[29] GLOSARIO de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/>. Compulsado el 14/12/2017.

[30] RIFKIN, Jeremy apud VIERA CHERRO, Mariana. *Lejos de París*. Tecnologías de reproducción asistida y deseo del hijo en el Río del Plata. Montevideo: Universidad de la República Uruguay, 2015, p. 24.

suelen tener la fortaleza de lo económico, la gestante tiene también otra fortaleza que es la del útero, por lo cual, la contraposición debilidad y fortaleza es económica pero también podrá ser medida sobre la base de otras variables y el correlato de fuerzas cambiaría.

Esta tensión fue debatida de manera muy acalorada en el derecho argentino a raíz, precisamente, del Código Civil y Comercial cuyo Anteproyecto – su antecedente directo- pretendía regularlo al introducir un articulado que decía:

> "*Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niñx nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niñx que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza*" (art. 562 proyectado).

Básicamente, aquí se centró en la necesidad de regular este tipo especial de TRHA al considerar que tanto el silencio legislativo como la prohibición en una realidad social que cada vez se lo observaba con mayor presencia, terminaba siendo peor para todos los involucrados: tanto para la gestante, como los pretensos padres, incluso para el niñx quien al nacer se lo anotaba como hijx de la gestante a pesar de su negativa y de ser cuidado además, por quienes habían prestado la voluntad procreacional, es decir, los que quieren ser padres y que la mayoría de las veces también aportan el material genético.

En este contexto, quienes hemos elaborado el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial y prendíamos la regulación en el modo que se lo proyectaba, brindamos una gran cantidad de argumentos acerca de por qué la importancia de regular y del modo en que se lo proponía, ocupando la cuestión de género un lugar central.

Así, en una oportunidad sostuvimos:

> "*La posible explotación de mujeres que se encuentran en situaciones desventajosas es una preocupación legítima, pero entendemos que la prohibición o el silencio de la ley lo potencia y, consecuentemente, aumenta el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica. En otras palabras, la falta de regulación o la prohibición legal provoca que esta técnica se realice al margen de la*

> *ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias. Regular implica que debe hacerse dentro de ciertos márgenes que disminuyen la posibilidad de abusos e injusticias"*[31].

Además se sostuvo -siguiéndose lo sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso S. H. y otros c. Austria, el 01/04/2010– que "*Los riesgos asociados a estas nuevas técnicas de procreación (explotación de mujeres) deben ser cuidadosamente sopesados". "El potencial abuso de una determinada técnica médica no es motivo suficiente para prohibir en su totalidad, menos aún, cuando existe la posibilidad de regular su aplicación y adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar su ejercicio abusivo*". Y como último argumento de peso que se expuso en esa oportunidad para fundar las razones del articulado proyectado fundado en la obligada perspectiva de género se aseveró:

> "*Silenciar o prohibir los acuerdos de gestación por sustitución contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la ´inevitabilidad del destino biológico´ de la mujer. Muchas estudiosas feministas (Andrews, 1990; Purdy, 1992) celebran la existencia de la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niñx son dos actividades humanas diferentes.*
> *Gestar un niñx es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. Una de las características y de los postulados del feminismo es que ´la biología no debe ser el destino´.*
> *La igualdad de trato entre los sexos requiere que las decisiones acerca de los hombres y las mujeres se realicen por motivos distintos a los biológicos. El mayor papel de la mujer en concebir y gestar no significa que también deban tener mayor responsabilidad en la crianza de los hijos. La evidencia de que la reproducción es una condición del cuerpo de la mujer sobre el que ella debe tener control, ha permitido que las mujeres opten más libremente por llevar una vida con o sin hijos, no quedar embarazadas, etc*".

El articulado proyectado fue quitado durante el trámite parlamentario por presión de dos grupos antagónicos: la Iglesia Católica y voces provenientes del feminismo más radical. ¿Cuál será la razón por la cual a veces los opuestos se asemejan? Más allá de este planteo más complejo que excede con creces profundizar en el presente trabajo, lo cierto es que desde el aspecto formal, se sostuvo en la Comisión Bicameral que

> "*Se suprime la gestación por sustitución por los motivos que se explican a continuación. En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del artículo 560 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 560 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 561. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre Relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la*

[31] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, "Por qué sí a la regulación de la gestación por sustitución, a pesar de todo". *La Ley*, 2012-E, 960.

> *maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma*"[32].

Esta propuesta legislativa frustrada ha sido en el derecho argentino, sin hesitación alguna, un punto de inflexión al colocarse sobre el escenario una realidad social que el derecho no puede esconder o silenciar. Ello es de fácil comprobación, no sólo por la cantidad ascendente de sentencias que abordan esta temática, sino también del interés doctrinario que no sólo se mantuvo, sino que aumentó a pesar de la quita en el iter que ha transitado el Código Civil y Comercial[33]; preocupación que ha readquirido un lugar en la agenda legislativa al contar en la actualidad con 5 proyectos de ley provenientes de diferentes partidos políticos a estudio en la Cámara de Diputados.

A continuación, se enumeran y destacan algunas consideraciones en torno a la realidad judicial que ha generado la GS en el derecho argentino y que constituye uno de los temas más álgidos de debate en el derecho contemporáneo.

7.2 El Principio de Realidad Socio-Judicial

Al momento que se redacta el presente trabajo se cuenta con un total de 23 sentencias nacionales de GS, es decir, casos realizados en el país; por lo cual, no se contabilizan los

[32] Punto 62 del Dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

[33] Ver entre muchos otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora; DE LA TORRE, Natalia. "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia". *La Ley*, AR/DOC/610/2017; LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia". *La Ley*, 2016-A, 1210, AR/DOC/4185/2015; BRIOZZO, Soledad. "Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial". *La Ley*, AR/DOC/3656/2016; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano". *La Ley*, AR/DOC/4217/2015; FAMÁ, María Victoria. "La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar". *La Ley*, AR/DOC/3996/2015; JÁUREGUI, Rodolfo. "La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible". *LL Litoral*, (agosto) 2016, p. 3 y ss.; ZABALETA, Daniela. "Fallos «contra legem»: La gestación por sustitución como causal para impugnar la maternidad y rectificar la partida de nacimiento". Microjuris; KRASNOW, Adriana. "Los principios de pluralidad, autonomía y solidaridad familiar en la filiación". In: KRASNOW, Adriana; IGLESIAS, Mariana (Directoras). *Derecho de las Familias*. 1. ed. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2016, p. 197-265.

supuestos -que también existen- de gestaciones realizadas en el extranjero que después se solicita ser inscriptas en la Argentina.

De ese total de 23 sentencias, un total de 6 han sido dictadas antes de la puesta en vigencia del CCyC, y las 17 restante, con posterioridad a dicho hito legislativo. ¿En qué medida y qué impacto jurídico trajo consigo el contar en el Código Civil y Comercial con una normativa que regula la filiación derivada de las TRHA pero no así de la GS? Al respecto, cabe destacar que el art. 562 vigente dispone:

> "*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*".

El entramado legal en lo relativo a la determinación de la filiación derivada de las TRHA se completa con los dos artículos vinculados al consentimiento informado, es decir, a la materialización o exteriorización de dicha voluntad en los arts. 560[34] y 561[35].

Puntualmente, las sentencias pre o anteriores del Código Civil y Comercial han sido las siguientes:

Tribunal	**Fecha**	**Expediente**
1) Juzgado de Familia de Gualeguay	19/11/2013	"B., M. A. v. F. C., C. R. – ordinario"[36]
2) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 86	18/06/2013	"N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento"[37]
3) Tribunal de Familia de Rosario Nº 7	02/12/2014	"F. M. L. y otra s/Autorización judicial"[38]

[34] "*El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones*".

[35] "*La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*".

[36] ARGENTINA. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú. "B., M. A. c. F. C., C. R.". 14/04/2010. *La Ley online*, AR/JUR/75333/2010; ARGENTINA. Juzgado de Familia de Gualeguay. "B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario". 19/11/2013. *Microjuris online*.

[37] ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 86. "N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento". 18/06/2013. Microjuris.

[38] ARGENTINA. Tribunal de Familia n. 7 de Rosario. "F.M. L y otra s/autorización judicial". 2/12/2014. *La Ley*, AR/JUR/90178/2014.

4) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 102	18/05/2015	"C., F. A. y otro c/R. S., M. L. s/Impugnación de maternidad"[39]
5) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 83	30/06/2015	"N. N. O. s/Inscripción de nacimiento"[40]
6) Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza	29/07/2015	"O. A. V. p/Medida Autosatisfactiva"[41]

Y las sentencias posteriores a la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial:

TRIBUNAL	FECHA	EXPEDIENTE
7) Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza	15/12/2015	"C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento"[42]
8) Juzgado de Familia Nº 9 de San Carlos de Bariloche	29/12/2015	"Dato reservado Expte. Nº 10.178 14"[43]
9) Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora	30/12/2015	"H. M. y otro/a s/Medidas precautorias"[44]
10) Tribunal Colegiado de Familia Nº 5 de Rosario	27/05/2016	"S. G. G. y otros s/Filiación"[45]
11) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 7	23/05/2016	"A. R., C y otros c/ C., M. J. s/Impugnación de filiación"[46]
12) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 4	30/06/2016	"S. T., A y otro s/Inscripciòn de nacimiento" (sentencia no firme)[47]

[39] ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 102, "C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad". 18/05/2015. *Abeledo Perrot*: AR/JUR/12711/2015.

[40] ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 83. "NN O, s/inscripción de nacimiento". 30/06/2015. *DFyP*, AR/JUR/24326/2015, 2015.

[41] ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F". 29/07/2015. *La Ley*, AR/JUR/28597/2015.

[42] ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. "C.M. E. Y J. R. M. POR INSCRIP. NACIMIENTO". 15/12/2015. Disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>. Compulsada el 14/12/2017.

[43] ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 9 de San Carlos De Bariloche. "Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14". 29/12/2015. *Infojus*, NV1385. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrion-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpssedadevon>. Compulsada el 14/12/2017.

[44] ARGENTINA. Juzgado Familia n. 7, Lomas de Zamora. "H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC)". 30/12/2015. Microjuris.

[45] ARGENTINA. Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario. "S G G. y OTROS S/ FILIACION". 27/05/2016. *La Ley*, AR/JUR/37971/2016.

[46] ARGENTINA. Juzgado Nacional Civil n. 7. "A. R., C y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación". 23/05/2016. Disponible en: <https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiShJH-7orYAhWITZAKHWMtBSgQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.colectivoderechofamilia.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F11%2FPoder-Judicial-de-la-Naci%25C3%25B3n-JUZGADO-CIVIL-7_Gestaci%25C3%25B3n-por-sustituci%25C3%25B2n.docx&usg=AOvVaw16duE13bew_76y1WWvbRZJ>. Compulsado 14/11/2017.

[47] Este fallo se encuentra a estudio ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de la redacción del presente artículo.

13) Juzgado Unipersonal de Familia Nº 2 de Moreno	04/07/2016	"S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar"[48]
14) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 8	20/09/2016	"B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación"[49]
15) Juzgado de Familia N° 3 de Gral. San Martín	22/08/2016	"M., I. M. y otro s/autorización judicial"[50]
16) Juzgado de Familia Nº 12 de Lomas de Zamora	03/10/2016	"G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida"[51]
17) Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora	30/11/2016	"B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar"[52]
18) Juzgado Nacional en lo Civil N° 81	14/06/2017	"S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación"[53]
19) Juzgado de Familia N° 5 de Viedma	07/07/2017	"Reservado s/ Autorización Judicial"[54]
20) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	06/09/2017	"M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por Medidas Autosatisfactivas"[55]
21) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4	20/10/2017	"S. T., V. s/inscripción de nacimiento" (sentencia no firme)[56]
22) Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba	22/11/2017	«R., L. S. y Otros – Solicita Homologación»[57]
Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario	05/12/2017	"H., M.E. Y Otros S/ Venias y dispensas"[58]

[48] ARGENTINA. Juzgado Unipersonal de Familia n. 2 de Moreno. "S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar". 4/07/2016. *La Ley*, AR/JUR/42506/2016.

[49] ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 8. "B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación". 20/09/2016. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/>. Sompulsado el 14/11/2017.

[50] ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 3 de General San Martín. "M., I. M. y otro s/autorización judicial". 22/08/2016. *La Ley*, AR/JUR/70743/2016.

[51] ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 12 de Lomas de Zamora. "G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida". 03/10/2016, inédito.

[52] ARGENTINA. Juzgado Familia n. 7, Lomas de Zamora. "B. J. D. y otros s/materia a categorizar". 30/11/2016. *La Ley*, AR/JUR/85614/2016.

[53] ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 81. "S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación". 14/06/2017. *La Ley*, AR/JUR/37036/2017.

[54] ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 5 de Viedma. "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)". 7/07/2017. *La Ley*, AR/JUR/39473/2017.

[55] ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. "M.M.C y M.G.J. y R.F.N. por medidas autosatisfactivas". 06/09/2017, inédito.

[56] ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 4. "S. T., V. s/inscripción de nacimiento". 20/10/2017, inédito.

[57] ARGENTINA. Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba. "R., L. S. y Otros – Solicita Homologación". 22/11/2017. Disponible en: <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1821>. Compulsado el 14/11/2017.

[58] ARGENTINA. Tribunal Colegiado de Familia n. 7 de Rosario. "H., M.E. Y Otros S/ Venias y dispensas". 05/12/2017, inédito.



Fácil se puede observar de ambos cuadros que la realidad se impone e interpela cada vez de manera más elocuente a los operadores jurídicos y, en definitiva, al poder legislativo que es el ámbito que debería brindar una respuesta concreta a esta laguna legal y la consecuente inseguridad jurídica como afectiva y social que ello trae consigo. A tal punto, que en la sentencia del 06/09/2017, el juez en su fallo dispone como uno de los puntos de su resolución

> "*exhortar al Congreso de la Nación a fin de evaluar la posibilidad de regular y legislar sobre la gestación por sustitución, debiendo a tales efectos, considerar la sugerencia de la Doctora Eleonora Lamm en sentido de dar tratamiento a los proyectos de gestación por sustitución presentados (exptes. 5759-D-2016 (Dip. Rach Quiroga), 5700-D-2016 (Dip. Araceli Ferreyra y otros), 3202-D-2017 (Dip. Lipovetsky) y 3765-D-2017 (Dip. Carrizo) a los efectos de contar con una decisión legislativa en el menor tiempo posible y en su caso, arbitrar los sistemas de política pública correspondientes*"[59].

7.3 Algunas consideraciones interesantes en torno a las voces jurisprudenciales

Una rápida y breve lectura sobre este desarrollo jurisprudencial es hábil para esgrimir algunas consideraciones generales y centrales para conocer cuáles son los principales dilemas que presenta la GS en el derecho argentino a través de la realidad judicial.

Desde el plano comparativo entre dos momentos legislativos bien diferentes, antes y después de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, se puede destacar que todos los casos planteados con anterioridad a este hito normativo, involucraba a parejas heterosexuales en el que además, cada uno de los miembros de la pareja aportaban su material genético, es decir, se trataba de situaciones de GS homóloga en el que el ADN coincidía con quienes prestaban el correspondiente consentimiento informado. ¿Cuál era la razón de ello? Ante el silencio normativo y la falta de regulación expresa y autónoma de la filiación derivada de las TRHA, se resolvían este tipo de conflictos apelándose a las reglas de la filiación por naturaleza en el que el ADN tiene un fuerte valor, a diferencia de las TRHA que pueden ser homologas pero también heterólogas (material genético de un tercero), siendo que a los fines del vínculo filial lo único que interesa es la voluntad procreacional debidamente exteriorizada y no presunta, no así si tal manifestación se condice con el material genético aportado al proceso de reproducción asistida.

[59] Tal es el grado de avance en la Cámara de Diputados que desde la fecha de este fallo hasta el momento en que se redacta el presente artículo se presentó un quinto proyecto de ley, 5141-D-2017 en fecha 26/09/2017.

Por el contrario, las sentencias dictadas con posterioridad al Código Civil y Comercial observan una mayor riqueza o variedad de situaciones fácticas. Algunos casos también comprometían GS de carácter homólogas pero en otras, heterólogas en el que el óvulo provenía de un banco pero jamás de la propia gestante. De este modo, todos los supuestos presentados en la justicia argentina son de gestantes "puras", o sea, nunca gestantes-aportantes, siguiéndose la línea legislativa propuesta en el Anteproyecto y que como se advierte, delineó las prácticas en el derecho argentino. También se presentaron casos de parejas del mismo sexo conformadas por dos hombres en el que uno de ellos aportaba el semen y el óvulo como se dijo, provenía de un banco. Por lo tanto, el Código Civil y Comercial al regular de manera expresa las TRHA como una tercera causa fuente filial con reglas propias y cuya determinación de la filiación está marcada por la dupla voluntad procreacional- consentimiento informado, animó a otras parejas que tenían que salirse de la filiación homóloga a recurrir también a la GS.

Por otra parte, merece destacarse las diferentes vías procesales que se fueron presentando desde el 2013, año en el que yace la primera sentencia de GS en Argentina, hasta la fecha, 2017. Los primeros casos se centraban en acciones de impugnación de la maternidad y por ende, la determinación de la maternidad lo había sido a favor de la gestante y ahí los comitentes, requirentes o quienes quieren ser padres, iniciaban una acción judicial para extinguir ese vínculo filial entre la gestante y el niñx para que la filiación quede determinada por orden judicial a favor de quienes tenían y habían exteriorizado la voluntad procreacional. Este tipo de proceso observaba algunas dificultades, en particular, el tiempo que insumía al tratarse de una acción ordinaria y además en el mientras tanto, el niñx se encontraba inscripto a nombre de quien no quería tener ningún vínculo jurídico con éste: la gestante. Al tiempo se fueron ensayando otras vías judiciales como ser la declarativa de certeza o medidas autosatisfactiva con la misma finalidad, desplazar a la gestante como madre jurídica del niñx nacido por GS. Ahora bien, las acciones más interesantes fueron aquellas que se plantearon en un estadio anterior al nacimiento del niñx y ellas fueron de dos tipos: 1) acciones contra el registro civil esgrimidas durante el embarazo para que el niñx cuando naciera no se inscribiera a nombre de la gestante sino de quienes expresaron su voluntad procreacional en el correspondiente consentimiento informado; y 2) autorizaciones judiciales previas para que, precisamente, la justicia autorizara la técnica de GS y así, tanto la gestante como los requirentes tuvieran la consecuente tranquilidad de que cuando el niñx naciera la determinación filial se haría a favor de aquellos últimos. Más aún, que todo el proceso de GS que implica de por sí un

tratamiento -o varios- de FIV, sea llevado a cabo bajo la tranquilidad del conocimiento y anuencia judicial. Estas peticiones de autorizaciones judiciales previas a la realización de la GS o precisamente, para llevar adelante este procedimiento, han involucrado pedidos iniciados por parejas de diverso como de igual sexo, admitiéndose el pedido correspondiente en todos los 5 casos que se han presentado en la jurisprudencia argentina hasta la actualidad.

Otra consideración que debe ser puntualizada gira en torno a la altísima aceptación de la figura de la GS a la luz de las decisiones judiciales existentes hasta la actualidad. Del total de 23 fallos, en todos se hizo lugar a la GS con excepción de dos oportunidades que compromete a la misma pareja de varones que pasaron por dos procesos de GS, el primero del cuál nacieron mellizos y el segundo un niñx. Ambas situaciones contaron con la resolución favorable en primera instancia y después fue apelada por el asesor de menores, llegando el caso de los mellizos a la máxima instancia judicial del país y que aún sigue a estudio, presumiéndose que el segundo caso seguirá los mismos pasos. ¿Qué actitud tomará la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, por un lado, en otras 21 oportunidades anteriores se hizo lugar y quedaron firmes sentencias a favor de la GS y, por el otro, la tardanza en poner fin a la contienda lleva consigo que la pareja de hombres que pretende ser reconocida como co-padres forjan el vínculo afectivo o identidad dinámica cada día con mayor fuerza?

Como cierre de este apartado tendiente a indicar algunas de las principales connotaciones que genera la figura de la GS en el derecho argentino desde el crisol del desarrollo jurisprudencial que ha sido muy variado y de gran riqueza, cabe señalar otra sentencia que está por fuera de la enumeración realizada más arriba, ya que alude a una acción colectiva por parte del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en alianza con la Federación Argentina LGBT, por el cual se pretende que en los casos de GS se proceda igual a inscribir a los niñxs nacidos de manera provisoria en el registro civil a favor de quién o quiénes prestaron la voluntad procreacional debidamente materializada en los consentimientos informados hasta que se resuelva en la justicia cualquier tipo de contienda. La razón de ello es que en todos los casos en los que interviene la justicia, en el mientras tanto, los niñxs carecen de inscripción con la correspondiente violación a varios derechos humanos derivado de ese no lugar desde el punto de vista jurídico, ya que una persona que no está inscripta en un registro civil no tiene identidad alguna con lo que ello significa. Nos referimos al caso resuelto por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires en fecha 04/8/2017[60], en el que se hizo lugar a la acción de amparo colectivo al considerar -entre tantos otros argumentos- que

> "*el derecho a la identidad es básico y fundamental en el ejercicio de otros derechos. En efecto, la falta de inscripción y el otorgamiento del respectivo documento de identidad, no sólo impide acreditar quién es uno, sino el derecho de acceso a las prestaciones médicas, a la educación, a los beneficios de la seguridad social, entre muchos otros. Consecuentemente, preciso es tenerlo por configurado*".

Tras este fallo, el Registro Civil del mismo ámbito territorial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictó una resolución el 13/10/2017[61] en el que se dispone

> "*Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por TRHA de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento a saber: 1) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos , además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo*".

7.4 Compartiendo las Bases de un Proyecto de Ley de GS Elaborado por un Equipo de Trabajo Interdisciplinario[62]que Protege a las Gestantes

Como se adelantó, en la Cámara de Diputados de la Nación se han presentado hasta el momento de elaborar el presente artículo, un total de 5 proyectos de ley. Aquí comentamos uno sólo de ellos, no sólo porque se ha formado parte del equipo que lo redactó, sino porque además se considera que es el más completo y el que mayor profundiza sobre la temática en comparación con los otros proyectos[63]. Por otra parte, y en un ensayo dedicado a la perspectiva de género no puede faltar, el proyecto que se sintetiza a continuación es el único que realmente protege a las gestantes ya que si bien en la mayoría de los casos de GS nacional se trataba de

[60] ARGENTINA. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala I. Secretaría Única. "Defensor Del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros C/ GCBA y Otros S/ Amparo". 10/08/2017. Microjuris.

[61] ARGENTINA. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disposición n. 93-DGRC/17. Disponible en: <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf>. Compulsado 14/11/2017.

[62] Por CATRHA (Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Asistida) que está integrado por profesionales de la medicina especializados en la temática de la SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva), integrantes de las principales organizaciones de la sociedad civil de pacientes y abogadas de un proyecto de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires dedicado al estudio de las TRHA.

[63] En realidad, en comparación con otros 3 proyectos ya que el proyecto presentado por la diputada Carla Carrizo (3765-D-2017), es una copia casi exacta del proyecto que aquí se sintetiza.

vínculos de afectos genuinos entre gestantes y futuros progenitores, ello puede no ser siempre así y la ley debe estar, precisamente, para proteger a los más débiles. Máxime en un país en el que las políticas neoliberales están produciendo consecuencias nefastas en la calidad de vida de los ciudadanos y por lo tanto, este tipo de acciones podrían ser vistas como un modo de salir o enfrentar situaciones de clara vulnerabilidad socioeconómica.

El proyecto de ley 5759-D-2016 se presentó a fines de agosto del 2016 y, básicamente, se estructura sobre los siguientes ejes[64]:

a) Se recepta, en la misma lógica que lo hacía el art. 562 consignado en el Anteproyecto que después fue quitado del texto aprobado, un proceso judicial previo tendiente a lograr que el juez que entiende en los procesos de familia o que resuelve conflictos derivados de las relaciones de familia, autorice esta especial práctica médica de reproducción asistida.

b) Se establece una serie de requisitos a ser evaluados para ser gestante como ser: a) Tener plena capacidad civil. b) Acreditar aptitud física y psíquica conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862. c) No aportar sus gametos, d) No haberse sometido a un procedimiento de GS más de dos (2) veces, e) Haber dado a luz y tener un (1) hijx propio. f) Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. g) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa.

c) También una cantidad de previsiones para evaluar a los comitentes, requirentes o quienes pretenden ser progenitores como ser: a) Tener plena capacidad civil. b) El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. c) Tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual. d) Tener un plazo mínimo de cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país, en la misma lógica que sucede

[64] Para profundizar sobre esta iniciativa legislativa se recomienda compulsar: HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia. "La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa". *La Ley*, 03/11/2016; y BRIOZZO, Soledad. "Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial". *La Ley*, AR/DOC/3656/2016.

en la Argentina con la adopción, siendo que se pretende evitar el denominado "turismo reproductivo" para que personas o parejas extranjeras viajen a la Argentina a los fines de realizar un procedimiento de GS. e) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa. f) Contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

d) De manera general, se reitera un principio básico como lo es el de igualdad y no discriminación en el art. 3 proyectado que expresa: "*No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria*".

e) El juez debe autorizar el procedimiento de GS cuando: a) Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niñx que pueda llegar a nacer a través de esta técnica. b) El equipo multidisciplinario ha dictaminado en forma favorable. c) La gestante y el o los comitentes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la GS. d) Constate el lazo afectivo previo entre la gestante y el o los comitentes de conformidad con lo previsto en el art. 3. e) Consultado el registro de gestantes previsto en el art. 12 se constate el requisito establecido en el art. 6 inc. d. Se establece la creación de un registro a los fines de controlar el máximo de dos veces que el proyecto habilita a una persona para ser gestante, como un elemento central para la protección real de esta persona en situación de vulnerabilidad.

f) Se deja en claro que el vínculo filial se crea entre el niñx que pudiera nacer y el o los comitentes, es decir, que la gestante no es madre desde el punto de vista jurídico con todo lo que ello significa.

g) Se reafirma el derecho a la información de los niñxs nacidos por este tipo de práctica médica que, además de lo previsto en los arts. 563 y 564 del CCyC, cuando se trata de una GS heteróloga, también se reconoce el derecho a conocer los orígenes gestacionales y el consecuente acceso al expediente judicial.

h) Se propone modificar la ley 26.862 para que la cobertura médica se extienda a los supuestos de GS.

i) Se propone modificar el Código Penal a los fines de sancionar cualquier intermediación (realizada a través de una persona física o jurídica) en el proceso de GS.

Como se puede advertir, el proyecto de ley recepta varios de los avances, debates, intercambios y movilizaciones que ha generado el tema desde que el entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial se animó a colocar sobre el escenario una situación compleja que el derecho no debería silenciar u omitir, so pena de conculcar derechos humanos de todos los integrantes de un proceso de GS.

8 BREVÍSIMAS PALABRAS DE CIERRE

Este panorama sobre algunas de las principales modificaciones que observa el Código Civil y Comercial argentino y una que fue dejada en el camino durante su debate parlamentario, a la luz de la obligada perspectiva de género muestra, no sólo la cantidad sino la calidad o profundidad de los avances legislativos logrados, como así también, de la profundidad que implica atravesar una gran cantidad de temáticas desde el tamiz del género.

El Civil y Comercial tiene una lógica interna fácil de ser desentrañada y que se sustenta en los principios de igualdad y no discriminación, libertad, intimidad y autonomía personal. Principios todos ellos que se derivan de la doctrina internacional de los Derechos Humanos la que es, de por sí, de carácter laica porque está estructurada por fuera de cualquier dogma o cánones religiosos.

Como bien lo ha expresado la jurista mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci, integrante de la comisión de reforma que elaboró el Anteproyecto –base o antecedente del nuevo Código-: "*Las personas que hemos trabajado en el Proyecto hemos mirado lo que sucede a nuestro alrededor; hemos conservado todo lo bueno que el Derecho de Familia tiene en la Argentina, y hemos intentado cambiar los puntos que, en nuestra opinión, lejos de dar solución a los casos, complican el sistema jurídico. Los hicimos con el convencimiento de que no debemos permanecer detenidos en el tiempo, puesto, en tal caso, corremos el riesgo de*

transformarnos en estatuas, a la manera de la mujer de Lot, quien en vez de mirar al futuro y hacia adelante, prefirió mirar al pasado y hacia atrás"[65].

En definitiva, la perspectiva de género ocupa un merecido lugar, de privilegio, en el Código Civil y Comercial argentino. No hay duda alguna que este texto tiene -y en buena hora- "cara de mujer". Y la razón de ello descansa, en definitiva, en una clara idea expresada por Butler a quien aquí se pretende reivindicar: "(…) *lo universal empieza a ser articulado precisamente a través de los desafíos a la formulación que ya existe, y el desafío proviene de aquellos a quienes no incluye, de aquellos que no tienen derecho a ocupar el lugar del ´quien´, pero que, sin embargo, exigen que lo universal como tal les incluya*"[66]. Esta noción de lo "universal" que se sale la perspectiva clásica, es la que permite colocar al género en un lugar de relevancia, pretendiéndose que se pueda ocupar ese quién y que como mujeres -con todas sus diferencias- estén incluidas.

¿Puede la ley civil, la más tradicional de las legislaciones codificadas, receptar esta mirada más compleja, inclusiva y emancipatoria a la vez del género en su elaboración, formación, estructura y finalidad? La experiencia argentina podría servir de ejemplo o como punta de partida para una necesaria revisión crítica en un momento en el que se deben redoblar los esfuerzos para contrarrestar una ola conservadora en la que se pretende construir un enemigo: "la ideología de género" para seguir siendo cuidadoras, sumisas y calladas, acciones que se contraponen absolutamente, con la doctrina internacional de los Derechos Humanos.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú. "B., M. A. c. F. C., C. R.". 14/04/2010. *La Ley online*, AR/JUR/75333/2010.

_____. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala I. Secretaría Única. "Defensor Del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros C/ GCBA y Otros S/ Amparo". 10/08/2017. Microjuris.

_____. Código Civil y Comercial, 2015.

[65] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Ainda. "Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado. (Por qué no al maquillaje)". *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2013.
[66] BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2010, p. 270.

_____. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. Compulsado el 22/12/2017.

_____. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. 24/02/2014. "B., M. L. c. L., M. B. s/ tenencia". *La Ley online*, AR/JUR/4912/2014.

_____. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F". 29/07/2015. *La Ley*, AR/JUR/28597/2015.

_____. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. "C.M. E. Y J. R. M. POR INSCRIP. NACIMIENTO". 15/12/2015. Disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>. Compulsada el 14/12/2017.

_____. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. "M.M.C y M.G.J. y R.F.N. por medidas autosatisfactivas". 06/09/2017.

_____. Juzgado de Familia n. 3 de General San Martín. "M., I. M. y otro s/autorización judicial". 22/08/2016. *La Ley*, AR/JUR/70743/2016.

_____. Juzgado de Familia n. 5 de Viedma. "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)". 7/07/2017. *La Ley*, AR/JUR/39473/2017.

_____. Juzgado Familia n. 7, Lomas de Zamora. "B. J. D. y otros s/materia a categorizar". 30/11/2016. *La Ley*, AR/JUR/85614/2016.

_____. Juzgado Familia n. 7, Lomas de Zamora. "H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC)". 30/12/2015. Microjuris.

_____. Juzgado de Familia n. 9 de San Carlos De Bariloche. "Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14". 29/12/2015. *Infojus*, NV1385. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrion-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpssedadevon>. Compulsada el 14/12/2017.

_____. Juzgado de Familia n. 12 de Lomas de Zamora. "G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida". 03/10/2016.

_____. Juzgado de Familia de Gualeguay. "B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario". 19/11/2013. *Microjuris online*.

_____. Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba. "R., L. S. y Otros – Solicita Homologación". 22/11/2017. Disponible en: <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1821>. Compulsado el 14/11/2017.

_____. Juzgado Nacional Civil n. 7. "A. R., C y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación". 23/05/2016. Disponible en:

<https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiShJH-7orYAhWITZAKHWMtBSgQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.colectivoderechofamilia.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F11%2FPoder-Judicial-de-la-Naci%25C3%25B3n-JUZGADO-CIVIL-7_Gestaci%25C3%25B3n-por-sustituci%25C3%25B2n.docx&usg=AOvVaw16duE13bew_76y1WWvbRZJ>. Compulsado 14/11/2017.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 4. "S. T., V. s/inscripción de nacimiento". 20/10/2017.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 8. "B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación". 20/09/2016. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/>. Sompulsado el 14/11/2017.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 81. "S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación". 14/06/2017. *La Ley*, AR/JUR/37036/2017.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 83. "NN O, s/inscripción de nacimiento". 30/06/2015. *DFyP*, AR/JUR/24326/2015, 2015.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 86. "N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento". 18/06/2013. Microjuris.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 102, "C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad". 18/05/2015. *Abeledo Perrot*: AR/JUR/12711/2015.

_____. Juzgado Unipersonal de Familia n. 2 de Moreno. "S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar". 4/07/2016. *La Ley*, AR/JUR/42506/2016.

_____. Ley 26.743, 2012.

_____. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disposición n. 93-DGRC/17. Disponible en: <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf>. Compulsado 14/11/2017.

_____. Sup. Corte Bs As. 21/06/2012. "P., L. O. v. R., M.". *Abeledo Perrot online*, AP/JUR/1922/2012.

_____. Sup. Corte De Mendoza. Sala I, 08/04/2014, "DYNAF s/ solicita medida conexa s/ inc.". *La Ley*, 2014-C.

_____. Tribunal Colegiado de Familia n. 1 de San Isidro. 07/12/2012. "A., G. c. T., C. B. s/tenencia", Derecho de Familia y de las Personas, (mayo). *La Ley*, Buenos Aires, 2013.

_____. Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario. 13/05/2009. "B., D. G. c. V., J. R.". *LLLitoral*, (agosto) 2009.

_____. Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario. “S G G. y OTROS S/ FILIACION”. 27/05/2016. *La Ley*, AR/JUR/37971/2016.

_____. Tribunal Colegiado de Familia n. 7 de Rosario. “H., M.E. Y Otros S/ Venias y dispensas”. 05/12/2017.

_____. Tribunal de Familia n. 7 de Rosario. “F.M. L y otra s/autorización judicial”. 2/12/2014. *La Ley*, AR/JUR/90178/2014.

BASSO, Silvina M. “El ejercicio de la responsabilidad parental en supuestos de divorcio o separación de los progenitores y el 'interés superior del niñx'”. *RDF*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n. III, 2013.

BEDROSSIAN, Gabriel. “El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial”. *Microjuris online.*

BUTLER, Judith. *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Buenos Aires: Paidós, 2017.

_____. BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2010.

BONZANO, María de los Ángeles. “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental”. *RDF*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n. 60.

BRIOZZO, Soledad. “Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial”. *La Ley*, AR/DOC/3656/2016.

CAPEL. en lo Civil, sala B, 26/08/2013, “B. G. M. H. M. y otro c. S. S. J. s/ medidas precautorias”. *La Ley online*, AR/JUR/89589/2013.

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHO HUMANOS. “Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad parental”. Disponible en: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>. Compulsado el 22/12//2014.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “CIDH lamenta la prohibición de la enseñanza de género en Paraguay”, 15/12/2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp>. Compulsado el 22/12/2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 28/11/2012. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

_____. “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, 16/11/2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

_____. "I.V.* vs. Bolivia", 30/11/2016. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

DE LA TORRE, Natalia. "La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares". *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 59, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

FAMÁ, María Victoria. "La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar". *La Ley*, AR/DOC/3996/2015.

FAUR, Eleonor. Introducción. In: FAUR, Eleonor (Comp.). *Mujeres y varones en la Argentina de hoy. Géneros en movimento*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2017.

FERNÁNDEZ VALLE, Mariano. "Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana". Revista *Argentina de Teoría Jurídica*, v. 17, Marzo de 2017. Disponible en: <https://www.academia.edu/32715796/Aproximaci%C3%B3n_a_las_tem%C3%A1ticas_de_g%C3%A9nero_en_la_jurisprudencia_interamericana>. Compulsada el 22/12/2017.

FORTUNA, Sebastián I.; MURGANTI, Ana. "Actualidad en Derecho de Familia 4/2017". Thomson Reuters, 2017.

GARCÍA LEMA, Alberto M. "Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código". *La Ley*, 2014-C.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano". *La Ley*, AR/DOC/4217/2015.

GLOSARIO de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/>. Compulsado el 14/12/2017.

GROSMAN, Cecilia. "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental". *RDF*, n. 66, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

HERRERA, Marisa. "Aportes de la jurisprudencia cortesana a la consolidación del Derecho Constitucional de Familia o la "constitucionalización del derecho de familia", Corte Suprema de Justicia de la Nación". Máximos precedentes. Derecho de Familia. In: HERRERA, Marisa; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LLOVERAS, Nora (Directoras). *La Ley*. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2014

_____. "Compartir: Una idea cardinal del régimen del ejercicio de la responsabilidad parental hoy (por interpretación) y mañana (por ley)". *Rubinzal online*, RC D 293/2014.

_____. “Familias e identidades: la lógica de los cambios”. *Revista Desafíos*, año 3, n. 4.

_____. “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?”. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Constitucionalismo 2020*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

_____. “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”. *Revista Derecho Privado, Infojus*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, n. 6, Buenos Aires, 2013.

_____. “Nuevas tendencias en el derecho de familia de hoy. Principios, bases y fundamentos. Primera parte”. *Microjuris online*, Buenos Aires, 2011.

_____. “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre). *La Ley*, Buenos Aires, 2014.

_____. “Sobre familias en plural. Reformar para transformar”. *Revista UCES*, Buenos Aires, 2013.

HERRERA, Marisa; FAMÁ, María Victoria. “Preferencia materna en la custodia de los hijos menores de 5 años: De la discriminación inversa hacia la coparentalidad”. *Revista jurídica on line “El Dial”*, 21/09/2005. Disponible em: <www.eldial.com>. Compulsada el 19/12/2017.

HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia. “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”. *La Ley*, 03/11/2016.

HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia; FERNÁNDEZ, Silvia E. *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

HERRERA, Marisa; LATHROP, Fabiola. “Parental responsibility. A comparative study of Latin American legislations”. *International Journal of Law Policy and the Family*. London: Oxford University Press, 2016.

IRIGOYEN TESTA, Matías. “Compensación económica: aplicación de fórmulas al primer fallo de cámara”, *RDF*, 78-33, 2017.

JÁUREGUI, Rodolfo. “La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible”. *LL Litoral*, (agosto) 2016.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Comparado*, n 10, Derecho de Familia II, Rubinzal Culzoni, 2005-7.

_____. “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. *Revista La Ley*, 08/10/2014.

_____. “Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje)”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; DAVICO, María de los Ángeles. “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia”. *La Ley*, 2014-E.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora; DE LA TORRE, Natalia. “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”. *La Ley*, AR/DOC/610/2017.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, “Por qué sí a la regulación de la gestación por sustitución, a pesar de todo”. *La Ley*, 2012-E.

KRASNOW, Adriana. “Los principios de pluralidad, autonomía y solidaridad familiar en la filiación”. In: KRASNOW, Adriana; IGLESIAS, Mariana (Directoras). *Derecho de las Familias*. 1. ed. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2016.

LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia”. *La Ley*, 2016-A.

LLOVERAS, Nora; MONJO, Sebastián. “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”. *La Ley* 2013-E.

MIZRAHI, Mauricio Luis. “Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones”. *DFyP*, (junio) 2017.

_____. “El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código”. *La Ley*, 2013-C.

_____. “Medidas civiles para la efectividad de la comunicación filial”. *La Ley*, 15/09/2014.

MOLINA DE JUAN, Mariel F. “Compensaciones económicas: un modelo para armar”. RCCyC, (marzo) 2017.

_____. “Compensaciones económicas y derecho transitorio. Donde no hubo derecho no hay acción”. *La Ley*, 2016.

_____. “El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar”. *La Ley*, 2014-C

PELLEGRINI, María Victoria. “Compensaciones económicas: formas de cumplimiento, cuestiones posteriores a su fijación y posible superposición en los casos de uniones que cesan por matrimonio”. *RDF*, 78-5, 2017.

ROLLERI, Gabriel G. “Compensación económica entre convivientes”. *RCCyC*, (marzo) 2017.

RUSSO, Sandra. "*La batalla de la intimidad*", p. 12, 25/11/2017. Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/78295-la-batalla-de-la-intimidad>. Compulsada el 19/12/2017.

SABSAY, Leticia. "*Judith Butler para principiantes*", Suplemento Soy de Página 12, 08/05/2008. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-742-2009-05-09.html>. Compulsada el 22/12/2017.

VENINI, Guillermina. "Compensaciones económicas en la unión convivencial ¿Renuncia sí o no? ¿Previa a la unión o con posterioridad al cese de la convivencia?". *DFyP*, (agosto), 2017.

VIERA CHERRO, Mariana. *Lejos de París*. Tecnologías de reproducción asistida y deseo del hijo en el Río del Plata. Montevideo: Universidad de la República Uruguay, 2015.

ZABALETA, Daniela. "Fallos «contra legem»: La gestación por sustitución como causal para impugnar la maternidad y rectificar la partida de nacimiento". Microjuris.

Submissão: 03/11/2017
Aceito para Publicação: 22/12/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

DECISÕES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO BASE PARA REVISÃO DE JULGAMENTOS DE TRIBUNAIS NACIONAIS [*]

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUDGEMENT AS A BASIS FOR REVIEW OF THE NATIONAL COURTS' JUDGEMENT

Lydia A. Terekhova[**]

RESUMO: A autora considera o procedimento de execução das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos através da possibilidade de rever a decisão do tribunal russo sob novas circunstâncias. Como nova circunstância, o reconhecimento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos da violação das cláusulas da Convenção a respeito da Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é considerado um caso particular pelo tribunal, em conexão com a decisão sobre a qual o requerente solicitou à TEDH. O Tribunal Constitucional da Federação Russa acredita que os tribunais da Federação Russa são obrigados a solicitar ao Tribunal Constitucional sempre que ao rever um caso sobre novas circunstâncias, eles chegam à conclusão de que a questão da possibilidade de aplicar a lei relevante só pode acontecer depois de confirmar a sua conformidade com a Constituição da Federação Russa.

ABSTRACT[***]**:** The purpose of the article – a critical analysis of the position of the Constitutional Court of the Russian Federation, the justification, through the analysis of the ECtHR practice and scientific work on execution of the ECtHR judgments, about the coordination of positions of national courts and the supranational body. The methodological basis for the study: general scientific methods (analysis, synthesis, comparison); private and academic (interpretation, comparative legal, formal-legal). Problems and basic scientific results: The issue of implementation of the Human Rights Court decisions at the national level occurs when the compensation is not enough to eliminate the revealed violations. Russian legislator opted for the situation of Human Rights by the European Court finding a violation of the provisions of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the consideration by the court of a particular case, in connection with the decision by which the applicant applied to the ECtHR mechanism for review of the decision on the new circumstances. Supreme Court puts forward three conditions for the implementation of the revision of the judicial act on a national level, which should be available at the same time: 1) the continuous nature of the adverse effects; 2) the existence of violations of the Convention or gross procedural violations; 3) a causal link between the breach and the consequences. The author point out that the regulation of possible conflicts between the Convention and national legislation is based on cooperation (not confrontation) States and the European Court of Human Rights. Such practice of cooperation based on the principles of subsidiarity (addition to national rights protection system); evolutionary interpretation of the Convention (which implies flexibility, and accounting for changes in public relations); Judges dialogue and to develop advisory opinions. Consequently, the task of the Constitutional Court can not be default search options, on the contrary, its task – to determine exactly how, taking into account the differences in the legislation, the decision will be enforced. Failure, as well as the improper execution of judgments of the ECtHR may involve the

[*] Artigo originalmente pulicado em língua russa, sob o título *Постановление Европейского Суда по Правам Человека как Основание для Пересмотра Решения Национального Суда*, no periódico *Правоприменение* (*Direito Aplicado*), v. 1, n. 1, 2017, p. 173-183. Agradecemos a editora da Universidade Estatal Dostoevsky de Omsk, Rússia, pela autorização e suporte na publicação desta edição em português. Tradução de Olga Alyokhina Alves e revisão de Fernando César Costa Xavier, professor adjunto do Instituto de Ciências Jurídias da Universidade Federal de Roraima (UFRR).

[**] Doutora em Direito. Docente e Chefe do Departamento de Direito Processual Civil e Arbitral da Universidade Estatal Dostoevsky de Omsk, Rússia.

[***] Esse é o *abstract* do artigo original; conforme se vê, mais abrangente do que o resumo na língua máter, provavelmente buscando a autora com isso ser mais didática e específica para os eventuais leitores estrangeiros. Optou-se por se manter esse *abstract* ampliado feito pela própria autora (N. do R.).



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

establishment of a new violation of the provisions of the Convention and sanctions against violators.

PALAVRAS-CHAVE: Revisão de Atos Judiciais. Corte Europeia de Direitos Humanos. Supremacia Constituição da Federação Russa. Interpretação Evolutiva. Prática de Cooperação. Princípio da Subsidiariedade.

KEYWORDS: Review of Effectual Judgments. European Court of Human Rights. Supremacy of RF Constitution. Evolutionary Interpretation. Cooperation Practices. Principle of Subsidiarity.

Em regra, os julgamentos de uma jurisdição supranacional não exigem complementações. A tomada de decisões (condenatórias) pela Corte Europeia de Direitos Humanos implica a constatação de uma violação das normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos e a concessão de uma indenização adequada ao requerente, se necessário (artigo 41 da Convenção). A questão da implementação de tal decisão em nível nacional surge quando a compensação não é suficiente para reverter a violação detectada.

É notável que, até recentemente, o instituto da revisão de atos judiciais ocorria no âmbito da regulamentação da legislação nacional, excluindo-se a influência das normas do direito internacional. Essa situação é condicionada pela percepção do direito internacional, que teria como característica, em contraposição ao sentido interno do direito nacional, a de ser um regulador que somente estende seus efeitos ao âmbito das relações interestatais, e que não se interessaria por tribunais nacionais (KOCHURINA, 2011, p. 208).

Essa situação mudou radicalmente após a adesão da Rússia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, e exige-se hoje a resolução de questões muito graves relacionadas com a aplicação das decisões da CEDH no território da Federação Russa.

O legislador russo escolheu que nas situações em que há reconhecimento pela Corte Europeia dos Direitos Humanos, no âmbito de uma decisão sobre uma petição encaminhada a ela por um cidadão russo, de que houve violações às disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos feitas no julgamento de um caso particular por um tribunal russo, o mecanismo de revisão da decisão nacional será o mesmo usado nos casos de circunstâncias novas (par. 4 do art. 311 do Código de Processo Arbitral da Federação Russa[1]; item 4, parte ,

[1] RUSSIA. Código de Processo Arbitral da Federação Russa, de 24 de julho de 2002. Artigo 311. *Razões para a revisão de atos judiciais sobre fatos recém-descobertos. São razões para a revisão de atos judiciais sobre fatos recentemente descobertos: [...] 4) a revogação de ato judicial de tribunal arbitral ou de tribunal de jurisdição geral, ou de decisão de outro órgão, que tenha servido de base para a ação judicial sobre o caso em questão* (N. do R.).

do art. 392 do Código de Processo Civil da FR[2]; Art. 4, parte 1; art. 350 do Código de Infrações Administrativas da FR[3]).

No entanto, há uma opinião na doutrina de que é impossível rever um ato judicial dessa maneira, uma vez que um tribunal que não aplicou ou aplicou incorretamente a Convenção admitiu um erro judicial culposo (TEREKHOVA, 2007, p. 282; TEREKHOVA, 2009, p. 137-139). De fato, a revisão deve ser realizada em processos de cassação ou supervisão, usando as regras de filtragem (como o exame de pré-admissibilidade preliminar) das demandas.

Assim, na opinião de S.M. Akhmedov, a existência da decisão da CEDH deve servir como base para o procedimento de revisão "supervisória", uma vez que, neste caso, há a cassação do ato judicial devido a um erro judicial cometido pelo tribunal no curso do processo: o tribunal deve ser orientado pelos princípios e normas de direito internacional geralmente reconhecidos e que fazem parte da base normativa e jurídica a ser aplicada na administração da justiça (AKHMEDOV, 2008, p. 21-22).

V.V. BLAZHEEV (2008) aponta para a prioridade das normas da Convenção, com precedência sobre a lei russa, e a necessidade de sua aplicação direta pelos tribunais. G.A. ZHILIN (2014) acredita que o descumprimento dessa tarefa deve ser considerado um erro judicial essencial, para cuja eliminação se destinam os processos de cassação e supervisão.

De fato, o mecanismo da Convenção pressupõe que o juiz de primeira instância é o "primeiro juiz dos direitos humanos", de modo que ele deve conhecer a Convenção e sua interpretação pela Corte Europeia, e o litigante tem o direito de invocar a Convenção nos tribunais nos moldes em que ela é interpretada pelo Tribunal de Estrasburgo (SALVIA, 2004). Portanto, se um juiz russo cometer uma violação às normas da Convenção, ou não aplicar essas normas, ele cometeu um erro culposo.

---

[2] RUSSIA. Código de Processo Civil da Federação Russa, de 14 de novembro de 2002. Artigo 392. *Fundamentos para a revisão de decisões judiciais efetivas (em razão de novas descobertas ou novos fatos) [...] 4. São considerados fatos novos os seguintes: [...] 4) estabelecimento pela Corte Europeia de Direitos Humanos de uma violação à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais intentada por um tribunal em um caso específico, em relação à qual o interessado apresentou uma petição junto à Corte Europeia de Direitos Humanos*. (N. do R.).

[3] RUSSIA. Código de Infrações Administrativas da Federação Russa, de 30 de dezembro de 2001. Artigo 350. *Fundamentos para a revisão de atos judiciais em razão de fatos novos ou recém-descobertos. [omissis] 4) a Corte Europeia de Direitos Humanos conclui que a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi violada durante o julgamento de um determinado caso por um tribunal, desde que o requerente tenha peticionado à Corte Europeia e solicitado a adoção de uma decisão nesse caso; [omissis]*. (N. do R.).

Deve-se notar que a própria aplicação das normas da Convenção pelos tribunais russos enfrenta dificuldades devido à falta de compreensão do seu mecanismo de ação (por exemplo, na doutrina, em vários momentos, foram discutidos os problemas de criação de listas das posições da CEDH a serem aplicadas, a criação de um mecanismo para a implementação dessas posições jurídicas) (ANISHINA, 2008; KUZHELEVA, 2015), sendo ainda mais difícil abrir caminho para uma compreensão das consequências de uma decisão contra a Rússia e dos procedimento para a sua implementação em nível nacional.

Mas é necessário rever a decisão do tribunal russo?

As violações mais típicas em casos cíveis estabelecidas pela CEDH são notificação inapropriada [*ненадлежащее уведомление*], e violação aos princípios de igualdade das partes ou de competitividade, observa M.A. Filatova. Para rever a decisão do tribunal russo, é necessário um certo conjunto de fatores, como também é importante usar outros métodos que não estão vinculados à revisão da decisão. Por exemplo, a compensação adicional dada pelo Estado (além daquela já concedida pela Corte Europeia) ou a apresentação de um pedido independente de indenização por danos materiais (incluindo o mecanismo de ação do artigo 1.070 do Código Civil da Federação Russa) intentado por uma pessoa interessada. Nos processos cíveis, a exigência de restabelecer os direitos do requerente se opõe a outro requisito, também protegido pela Convenção: o respeito ao princípio da segurança jurídica (KUZHELEVA, 2015, p. 41-45, 50-51).

O conteúdo do princípio da segurança jurídica inclui: 1) publicidade na adoção de leis e decisões; 2) a certeza e a clareza das leis e decisões; 3) decisões obrigatórias e finais; 4) limitação do efeito retroativo das leis e decisões; 5) garantias a expectativas legítimas (MAXEINER, 2007, p. 549).

Do ponto de vista do princípio da segurança jurídica, há mais uma razão para rever um ato judicial: não ter havido trâmite regular [*правильный ход*]. Deve também notar-se que a categoria da *res judicata* é aplicada à decisão judicial final adotada pelo tribunal, que tem a competência necessária para examinar o objeto da lide com relação às partes (BOWER, 1924, p. 138), o que indica a necessidade de manter relações públicas em um nível estável (MOSCHZISKER, 1929, p. 300).

Na doutrina, a multiplicidade de maneiras de reconsiderar uma decisão vigentes, inclusive a revisão à luz de circunstâncias novas ou recém-descobertas, é considerada como uma das mais graves ameaças à segurança jurídica. E, embora as partes, é claro, tenham o direito

de usar todo o arsenal de direitos processuais que lhes são concedidos por lei, a tarefa do tribunal ao mesmo tempo é proteger a validade da decisão de investidas injustificadas (TEREKHOV, 2014, p. 156-161).

A validade do julgamento conta com muitos mecanismos de proteção. Mas há também muitas oportunidades para superá-la. A revisão segundo circunstâncias novas e recém-descobertas é uma delas. Reconsiderar a decisão depois que o caso foi analisado pela Corte Europeia é muito difícil: passado um longo período de tempo, a decisão poderia ser executada, mas ocorre que sua força jurídica poderia resultar "temporária" (TEREKHOV, 2015, p. 146-188), e isso deve ser levado em consideração na revisão, inclusive desencadeando a reviravolta da execução da decisão.

O fato de a questão não ter sido resolvida definitivamente e de que o legislador continua procurando uma opção aceitável indica, em particular, tentativas de expandir as listas de órgãos cujas decisões devem ser questionadas: qualquer outro órgão internacional, além da CEDH (de acordo com a parte 3 do artigo 46 da Constituição da Federação Russa); e o Promotor de Justiça no âmbito das suas atividades (PETROVA, 2014, p. 161-163).

Então, é preciso implementar a revisão judicial? Quando pode ser aplicada a revisão à luz de novas circunstâncias?

A Suprema Corte russa, no acórdão do Pleno de 11 de dezembro de 2012[4] (parágrafo 11-g) observou: De acordo com a cláusula 4, parte 4, do art. 392 do Código de Processo Civil da Federação Russa, tendo em conta as recomendações do Comitê do Conselho de Ministros da Europa de Nº R (2000) 2 "Sobre a revisão dos casos ou a reabertura de certos casos em âmbito doméstico, acompanhando decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos"[5], a base para a revisão da decisão judicial será uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, na qual foi reconhecida uma violação à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e/ou seus Protocolos, afetando a decisão correta do caso do peticionário.

[4] RUSSIA. Suprema Corte da Federação Russa. Acórdão nº 31, Plenário da Suprema Corte da Federação Russa, de 11 de dezembro de 2012. *Gazeta Russa [Российская газета]*, 21 de dezembro de 2012: "Sobre a aplicação das normas do Código de Processo Civil da Federação Russa quando os tribunais julgam pedidos de reconsideração à vista de das novas circunstâncias recentemente descobertas, ou novas circunstâncias em forme de decisões judiciais que tenham entrado em vigor" (N. da A.).

[5] CONSELHO DA EUROPA. Recommendation n. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights. Disponível em: <URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147>. Acesso em: 30 dez. 2017 (N. da A.).

T.V. Sakhnova acredita que as recomendações do legislador russo têm sido "lidas literalmente": elas se referem à necessidade de fornecer no nível nacional oportunidades adequadas de *restitutio in integrum* e não necessariamente da maneira prevista no Capítulo 42 do Código de Processo Civil da FR (SAKHNOVA, 2014, p. 778-779).

No acórdão do Órgão Plenário da Suprema Corte da Federação Russa "Sobre a aplicação pelos tribunais de jurisdição geral da Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, e seus Protocolos"[6], referindo-se às condições dispostas no art. 46 da Convenção, bem como à mencionada Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho Europeu n° R 2, de 19 de janeiro de 2000 (v. nota 7), a Suprema Corte da FR propõe três condições para a implementação da revisão do ato judicial em âmbito interno, que devem estar presentes ao mesmo tempo: 1) a natureza contínua dos efeitos adversos; 2) a existência de violações das normas da Convenção ou violações processuais graves; e 3) a relação de causalidade entre violação e consequências (par. 17 do acórdão[7]).

É possível recusar a revisão em vista de novas circunstâncias e, consequentemente, na aplicação da decisão da CEDH?

Essa questão, fundada na natureza da aplicação de tratados internacionais, não deve ser levantada. No entanto, na Rússia, ela foi levantada, tem base política óbvia e, para mascarar essa evidência, sua discussão é transferida para outra dimensão: medir a maior validade da Convenção ou da Constituição da Federação Russa.

As posições da CEDH em "*Markin vs. Russia*"[8] e "*Anchugov e Gladkov vs. Rússia*"[9] foram consideradas problemáticas. Pela primeira vez, surgiu o seguinte conflito: antes de

[6] RUSSIA. Suprema Corte da Federação Russa. Acórdão nº 21 do Pleno da Suprema Corte da Federação Russa, de 27 de junho de 2013. *Gazeta Russa [Российская газета]*, 5 de julho de 2013: "Sobre a aplicação pelos Tribunais da Jurisdição Geral da Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, e seus Protocolos" (N. da A.).

[7] RUSSIA. Suprema Corte da Federação Russa. Acórdão nº 21 do Pleno da Suprema Corte da Federação Russa, de 27 de junho de 2013. *Gazeta Russa [Российская газета]*, 5 de julho de 2013: "17. De acordo com o disposto no artigo 46 da Convenção, interpretado em conformidade com a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa NR (2000) 2, de 19 de Janeiro de 2000 'Sobre a revisão dos casos ou a reabertura de certos casos em âmbito doméstico, acompanhando decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos' (doravante "Recomendação sobre revisão"), a base para a revisão de um ato judiciário em vista das novas circunstâncias não é uma violação qualquer, pela Federação Russa, das disposições da Convenção ou dos seus Protocolos, estabelecida pela Corte Europeia" (N. do R).

[8] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Markin v. Rússia. Decisão da CEDH de 7 de outubro de 2010, Acórdão da Grande Câmara da CEDH de 22 de março de 2012. SPS Consultante-Plus (*Консультант Плюс*).

[9] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Anchugov e Gladkov v. Rússia. Decisão da CEDH de 4 de julho de 2013. SPS Consultante-Plus (*Консультант Плюс*). (N. da A.).

recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos, K. A. Markin apelou para o Tribunal Constitucional da FR[10] (doravante, "TCFR")[11]. O TCFR considerou impossível conceder licença-paternidade a um militar, ao passo que a CEDH, pelo contrário, considerou a não concessão como discriminatória. No caso de Anchugov e Gladkov, que contestaram a proibição do direito de voto para pessoas condenadas à prisão, não houve uma posição preliminar do TCFR. No entanto, no segundo caso, houve precedentes da própria Corte Europeia: este tribunal, seguindo o precedente no caso *Hurst vs. Reino Unido*, concluiu que o Estado demandado (Rússia) ultrapassou os limites, que lhe foram permitidos no âmbito da lei eleitoral.

Então, nos casos mencionados, houve os seguintes problemas:

1) a correlação entre as conclusões do TCFR e da CEDH extraídas em um caso comum a ambos, e 2) a possível divergência de interpretações da Convenção e as disposições da Constituição da FR. A resolução dessas questões foi confiada ao TCFR com o objetivo de chegar a um veredicto final sobre elas, e buscar as condições e justificativas segundo as quais a decisão da CEDH poderia não ser executada. Deve-se notar que os que recorreram ao TCFR não eram os próprios cidadãos: o conflito no caso Markin solicitou a permissão do Presidium do Tribunal Militar Distrital de Leningrado e, no caso de Anchugov e Gladkov, do Ministério da Justiça da FR[12]. Um grupo de deputados da Duma [Parlamento] levantou a questão da prioridade da Constituição sobre a Convenção, desafiando a lei que ratificou a Convenção.

Pode-se concluir que o TCFR atendeu completamente às expectativas dos recorrentes.

Assim, por meio do Decreto nº 27-P, de 6 de dezembro de 2013[13], foram dadas explicações pelo Tribunal Constitucional sobre o pedido do Tribunal Militar de Leningrado,

[10] RUSSIA. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Acórdão nº 187-O-O, de 15 de janeiro de 2009. SPS Consultante-Plus (*Консультант Плюс*). "Sobre a recusa em aceitar denúncias do Sr. Markin K.A. em violação de seus direitos nos termos dos artigos 13 e 15 da Lei Federal "Sobre Benefícios do Estado para os Cidadãos com Crianças", dos artigos 10 e 11 da Lei Federal "Sobre o Estatuto dos Servidores", do artigo 32 do Regulamento de Procedimentos para o Serviço Militar, e dos Pontos 35 e 44 do Regulamento sobre a nomeação e pagamento de benefícios do Estado para os cidadãos com filhos" (N. da A.).

[11] No sistema judicial russo, tem-se como órgãos distintos o Tribunal Constitucional da Federação Russa (Конституционного Суда РФ), com sede em São Petersburgo, e a Suprema Corte da Federação Russa (*Верховный Суд РФ*), com sede em Moscou.

[12] RUSSIA. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Acórdão nº 12-P. Coletânea da Legislação da Federação Russa, n. 17, art. 2480, 2016. "Sobre a possibilidade de execução da Decisão da CEDH de 4 de julho de 2013 sobre o caso "Anchugov e Gladkov vs. Rússia", em conexão com o pedido do Ministério da Justiça da Federação Russa, de acordo com a Constituição da Federação Russa".

[13] RUSSIA. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Acórdão nº 27-P, de 6 de dezembro de 2013. Coletânea da Legislação da Federação Russa, n. 50, art. 6670, 2013. "Sobre o processo de verificação a constitucionalidade

que entendeu que havia incerteza na questão do cumprimento da Constituição da FR, bem assim do art. 392, parágrafos 3 e 4, e do art. 11 do Código de Processo Civil russo. As dúvidas surgiram na admissibilidade da revisão da decisão judicial final ante a presença de posições jurídicas contrárias do TCFR e da Corte Europeia quanto à compatibilidade entre as disposições da Convenção e da Constituição da Federação Russa utilizadas na consideração de um caso particular.

O TCFR, em seu Decreto nº 27-/2013, chegou à seguinte conclusão: um tribunal não pode se recusar a reconsiderar novas circunstâncias, mas deve atentar para a interpretação da legislação russa feita distintamente pelo TCFR e pela Corte Europeia do ponto de vista da violação dos direitos e liberdades dos cidadãos. Nessa situação, o tribunal que examina o pedido deve suspender o processo e recorrer ao TCFR; sem isso, não pode ser tomada uma decisão, segundo art. 392, uma vez que a supremacia da Constituição da Federação Russa, que tem a força jurídica superior a quaisquer atos legais que operam no território da Federação Russa, estaria sendo questionada.

O que ocorre então é que o TCFR introduz um procedimento para o seu próprio controle "duplo": o interessado já recorreu ao TCFR e já conhece a posição deste. Além disso, o interessado peticionou à CEDH e, no seu caso, a Corte toma uma posição que não coincide com a do TCFR. Se o interessado tentar continuar a rever o seu caso no tribunal russo sobre novas circunstâncias, deve ter em mente que esse tribunal, que procede à revisão do processo, deve encaminhar o caso ao TCFR. O que ocorre é que o Tribunal Constitucional controla tanto a si mesmo (autocontrole) como a CEDH (embora não tenha o direito de controlar seus atos).

E.N. KUZNETSOV (2016, p. 238) pergunta com razão: por que o interessado, que recorreu a inúmeras instâncias judiciais (na verdade, antes de recorrer à CEDH, o indivíduo é obrigado a todos os recursos internos disponíveis), o que gerou custos financeiros, temporais e morais, incluindo mesmo a consideração de seu problema na CEDH, ainda deve praticar algum outro ato específico no seu pedido? Por que o TCFR considera essa situação normal?

O acórdão nº 21-P de 14 julho de 2015 do TCFR, sobre o pedido dos Deputados da Duma Estadual, avançou ainda mais nos problemas acima indicados, já que fala claramente

das condições do artigo 11 e dos parágrafos 3 e 4 da 4ª parte do artigo 392 do Código de Processo Civil da Federação Russa, em conexão com o pedido do Presidium do Tribunal Militar do Distrito de Leningrado".

sobre a prioridade da Constituição da FR e da possibilidade de não executar uma decisão da CEDH "em casos excepcionais".

Vamos tentar analisar o raciocínio do TCFR. Inicialmente, ele prescreve que deve ser aplicada a decisão final do CEDH sobre a denúncia a ele encaminhada (parágrafo 2.1 do Acórdão). O Estado respondente que deve haver um mecanismo apropriado de execução da decisão. O método é escolhido pelo próprio Estado (parágrafo 5, c. 2.1).

Além disso, reconhecendo a Convenção como um tratado internacional e parte integrante do sistema jurídico russo, o TCFR − referindo-se aos arts. 4 (cap. 1), 15 (cap. 1) e 79 da Constituição russa, que consagram a soberania da Rússia, a supremacia e a força jurídica superior da Constituição da Federação Russa, a inadmissibilidade da implementação dos acordos internacionais no sistema legal russo, a participação na qual possa resultar a restrição de direitos humanos e liberdades fundamentais, ou a usurpação dos fundamentos do sistema constitucional da Federação Russa − assinala a prioridade da Constituição da Federação Russa.

A adesão da Rússia aos tratados internacionais e a participação em acordos interestatais não significa o abandono da soberania do Estado, especialmente se a interpretação das normas da Convenção pela Corte Europeia, no âmbito de um caso particular, afeta os princípios e normas da Constituição da Federação Russa. Então, em casos excepcionais, a Rússia pode dar-se ao luxo de não cumprir as decisões da CEDH. Esta é a única maneira de evitar a violação dos princípios e normas fundamentais da Constituição da Federação Russa (parágrafo 2.2). Assim é a lógica do TCFR.

No parágrafo 6.3, do Acórdão, considera-se que o tratado internacional, quando foi concluído pela Rússia, estava literalmente de acordo com a Constituição da Federação Russa, mas, posteriormente, foi interpretado substancialmente, de modo que entrou em conflito com as disposições da Constituição da FR, principalmente aquelas relacionadas aos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como aos fundamentos do sistema constitucional, incluindo a soberania do Estado e a força jurídica suprema da Constituição russa. O TC também não pode apoiar a interpretação da Convenção pela Corte Europeia, se, comparando-se a Constituição da Federação Russa com as disposições da Convenção e sua interpretação pela CEDH, aquela assegurar mais plenamente a proteção dos direitos humanos e das liberdades (parágrafo 3. 4).

Portanto, o TCRF permite manter-se a prioridade da Constituição desde que:

1) seja estabelecido que a interpretação da CEDH altera o significado original das

condições da Convenção (de quando a Rússia aderiu a ela);

2) se, comparativamente, a Constituição da Federação Russa protege mais plenamente os direitos humanos e liberdades fundamentais se comparada com as disposições da Convenção como interpretadas pela CEDH.

A necessidade, imposta aos tribunais russos, de recorrer ao TC, em conformidade com a cláusula 5.1 do acórdão, dá-se em dois casos: se, durante o processo de revisão da decisão, de acordo com o art. 392, item 4, parágrafo 4, do Código de Processo Civil russo, o juiz chegar à conclusão de que não é possível executar a decisão da CEDH sem se recusar à aplicação das disposições da legislação anteriormente reconhecidas pelo TCFR como não violadoras dos direitos constitucionais do requerente no caso concreto; ou se, anteriormente, o requerente não recorreu ao TCFR e não foi tomada nenhuma posição sobre o caso, mas o tribunal, ao rever o caso a partir de novas circunstâncias, chegar à conclusão de que a questão da possibilidade de aplicar a lei regente somente pode ser resolvida após a confirmação de sua conformidade com a Constituição da Federação Russa.

Apesar da politização dada ao caso, o Tribunal Constitucional (involuntariamente) levantou problemas em que uma discussão significativa é tanto possível quanto necessária. Em nossa opinião, os problemas acerca de uma lacuna temporária entre o momento da conclusão de um tratado internacional e o momento de sua interpretação pela Corte Europeia merecem atenção, porque as relações públicas no mundo estão mudando, e a legislação e sua interpretação também. O problema é a capacidade de aplicar a jurisprudência, para a qual é improvável que todos estejam prontos no nosso país, já que a Rússia está apenas no início do caminho, e é necessário aprender a desenvolver e usar precedentes, e mesmo os juristas russos ainda não decidiram nada sobre precedentes. A admissão da discrição judicial pode se tornar o terceiro problema grave para os tribunais, principalmente da primeira instância, ao apelara eles postulando uma decisão revisional declaratória a partir de novas circunstâncias. É improvável que as instâncias ordinárias do sistema judicial estejam prontos para a análise e a qualificação adequada de uma situação tão difícil como a resolução da questão da necessidade de encaminhar um pedido ao TCFR (nos casos que não tenham sido anteriormente analisados por este).

Conforme mencionado acima, o Ministério da Justiça da Federação Russa enviou um pedido ao TCFR sobre a possibilidade de executar o acórdão da CEDH de 4 de julho de 2013, no caso "Anchugov e Gladkov vs. Rússia", em que os direitos eleitorais dos condenados foram violados. Anteriormente, o TCFR já havia se referido ao caso "Hurst vs. Reino Unido"

(condenado à prisão perpétua, Hurst acreditava que privá-lo do direito ao voto nas eleições era uma discriminação), que foi considerado análogo, porque também abordou a questão do reconhecimento do direto ao voto para prisioneiros, e as opiniões sobre este caso eram diferentes entre os requerentes e os juízes.

Na decisão sobre o caso "Hurst vs Reino Unido", e nas opiniões separadas e concorrentes, foi expressado o desejo de resolver questões decorrentes de contradições entre a legislação nacional e a posição do CEDH.

As contradições entre a Convenção e a legislação nacional são reguladas através da cooperação (e não do confronto) entre os Estados e a Corte Europeia. Essa prática de cooperação baseia-se nos princípios da subsidiariedade (como complementação ao sistema nacional de proteção de direitos); interpretação evolutiva da Convenção (que envolve flexibilidade e inclusão de mudanças nas relações sociais); diálogo entre juízes e confecção de pareceres consultivos (TEREKHOVA, 2016, p. 144-145).

Por conseguinte, a tarefa do TCFR não pode, de modo algum, ser a busca por opções de não execução, pelo contrário, sua tarefa é determinar exatamente como, dada a diferença de legislação, a decisão ainda será executada.

A.I. Kovler, falando sobre no princípio da subsidiariedade, observa o seguinte: o âmbito supranacional, mesmo no domínio da proteção dos direitos humanos, não pode ser autônomo, vez que alcança seu objetivo somente quando interage com o sistema nacional de direitos humanos sobre o qual ele deve se apoiar. O sistema de controle supranacional é complementar (subsidiário) em relação ao nacional. Essa interação dialética constitui o primeiro aspecto da subsidiariedade. O segundo aspecto (teórico) é a auto-restrição da CEDH na avaliação da necessidade de sua intervenção na implementação dos direitos e liberdades protegidos pela Convenção, uma vez que as autoridades dos Estados-partes da Convenção possuem legitimidade própria (KOVLER, 2015).

O princípio do diálogo judicial pode ser notado no exemplo das decisões do TCFR: muitas vezes eles se utilizam de uma posição da CEDH expressada em acórdãos específicas. A CEDH, nas suas decisões, também se refere à opinião das mais altas autoridades judiciais dos países-membros. O diálogo dos juízes (em particular, no caso *Hurst vs. Reino Unido*) levou à formulação do conceito de "campo de avaliação" (*поле оценки*) ou "liberdade discricionária" (*свобода усмотрения*). Este último diz respeito exatamente às oportunidades que devem ser levadas em conta em cada situação pelo TCFR.

A tarefa do TCFR é determinar, através da coordenação de posições com a CEDH, exatamente como a decisão desta última pode ser executada no território da Federação Russa em caso de divergência na interpretação das normas da Convenção em face da legislação russa. Portanto, notamos as principais áreas que exigem compreensão teórica e conclusões práticas, um intervalo de tempo e uma mudança na interpretação das disposições da Convenção; e há uma insuficiente atenção do TCFR para a questão-chave nesta disputa: o Decreto nº 27-P, de 6 de dezembro de 2013, não indica claramente qual a posição do TCFR quando, após um novo exame do caso, a lei for reconhecida como não contrariando a Constituição da Federação Russa, e houver meios constitucionais para ele, dentro da sua competência, implementar o acórdão da CEDH. De fato, o TCFR chega à conclusão correta: quando surge um conflito, deve-se encontrar os meios constitucionais para a execução do acórdão da CEDH. Este "campo de avaliação", contando com discussões e acordos, é um longo caminho, impossível de ser reduzido a uma simples ação.

Lamentavelmente, essa ideia de "simples ação" encontra-se refletida no art. 104.4 da Emenda à Lei Federal Constitucional "Sobre o Tribunal Constitucional da Federação Russa"[14]. Nessa norma, consta que TCFR aprovou um regulamento (*постановления*[15]) "sobre a impossibilidade de executar, no todo ou em parte, em conformidade com a Constituição da Federação Russa, a decisão do organismo intergovernamental de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, proferida com base nas disposições do tratado internacional de que Federação Russa seja parte, tal como interpretado pelo organismo intergovernamental de

[14] RUSSIA. Emenda à Lei Federal Constitucional Sobre o Tribunal Constitucional da Federação Russa, de 15 de dezembro de 2015. Artigo 104.4. *A decisão final do caso. Tendo estudado o caso, o Tribunal Constitucional da Federação Russa proferirá um acórdão sobre: 1) a conformidade com a Constituição da Federação Russa da força executória geral ou parcial de uma decisão de uma instituição interestatal de proteção dos direitos humanos, tomada com base em uma interpretação das disposições de um tratado internacional do qual a Rússia é parte e formulada por uma instituição interestatal de proteção de direitos humanos, que tenha servido de amparo para submeter o pedido ao Tribunal Constitucional da Federação Russa; 2) sobre a desconformidade com a Constituição da Federação Russa de exigência geral ou parcial de uma decisão interestatal de instituição de proteção dos direitos humanos, tomada com base em uma interpretação das disposições de um tratado internacional de que a Rússia é parte, formulada por uma por uma instituição interestatal de proteção de direitos humanos, e que tenha servido de amparo para apresentar o pedido ao Tribunal Constitucional da Federação Russa. Caso o Tribunal Constitucional da Federação da Rússia adote um acórdão de um tipo definido no parágrafo 2 da primeira parte do presente artigo, as medidas (atos) destinadas à execução da decisão da instituição interestatal de proteção dos direitos humanos não serão tomadas (proferidas)*.

[15] No geral, постановления (postanovleniya) ou постановление (postanovleniye) podem ser traduzidos tanto por decisão, como por regulamento, decreto, ordem ou prescrição. Não havendo talvez um ato normativo com exata correspondência no direito brasileiro, a tradução mais frequente no presente artigo é como "acórdão" (decisão colegiada de tribunal) (N. do R.).

proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, e relacionada a um pedido submetido ao TCFR"[16].

A decisão tomada pelo TCFR em relação ao caso de Anchugov e Gladkov[17] geralmente serve à ideia de que foi estabelecida a prática de esse Tribunal reconhecer as decisões da CEDH como impraticáveis na Rússia. No entanto, aquela decisão está significativamente ligado a uma situação específica, não analisa a totalidade das normas da Constituição e da legislação criminal e penal, e, portanto, dificilmente pode ser considerada uma base confiável para criar uma "prática de não cumprimento".

O acórdão do TCFR nº 12-P de 19 de abril de 2016 desenvolve a ideia de uma lacuna temporária (*временного разрыва*) entre a conclusão de um tratado internacional e sua interpretação pela Corte Europeia, que o TCFR já havia expressado em seu acórdão anterior, de nº 21-P, de 21 de julho de 2015.

Assim, nota-se a impossibilidade (no sentido do art. 15 da Constituição da Federação Russa) de concluir um acordo internacional que não cumpre com a Constituição da Federação Russa. A Rússia assinou a Convenção em 1998, a partir do pressuposto de que o art. 32 da Constituição da Federação Russa se conforma plenamente com o art. 3º do Protocolo nº 1 da Convenção, enquanto no acórdão em *Anchugov e Gladkov vs Rússia*, a CEDH amparou-se no art. 3º do Protocolo nº 1, que implicaria uma modificação no art. 32 da Constituição da Federação da Rússia, e esta não a teria aceitado ao ratificar a Convenção (parágrafo 4.2 da Resolução do TCFR de 19 de abril de 2016).

Tal interpretação parece inaceitável. Em primeiro lugar, antes da assinatura da Convenção, era possível familiarizar-se com os precedentes da CEDH no que se refere aos direitos e as normas constitucionais, cuja modificação é inaceitável para a Rússia. Naquela época, a Constituição de 1993 da Federação Russa já estava em vigor. De fato, o TCFR tenta, por ignorância da lei, justificar a impossibilidade de atuar contra a Rússia. No texto do acórdão, o TCFR refere-se à prática alegadamente modificada da Corte Europeia e cita os acórdãos da CEDH proferidos após o ano 2000, isto é, após a adesão da Rússia à Convenção (par. 4.3). Isso é uma distorção dos fatos: que a prática de aplicação do art. 3º do Protocolo nº 1 foi estabelecida

[16] RUSSIA. Emenda à Lei Federal Constitucional Sobre o Tribunal Constitucional da Federação Russa, de 15 de dezembro de 2015. № 7-ФКЗ «Sobre as alterações na Lei Federal Constitucional "Sobre o Tribunal Constitucional da Federação Russa". Legislação da Federação Russa, n. 51, art. 7229, 2015.
[17] RUSSIA. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Acórdão n. 12-P, de 19 de abril de 2016.

antes de 1998, não é difícil verificar. Nos casos *Gitonas e outros vs. Grécia* (§ 39) e *Mathieu-Mohen e Clarefytes vs. Bélgica* (§ 52), a CEDH explicou o procedimento para a aplicação do art. 3º do Protocolo nº 1: as restrições são estabelecidas pelo direito interno, as condições da legislação devem ser compatíveis com a aplicação do art. 3º do Protocolo n° 1, e os legisladores possuem ampla discrição para isso[18].

Em segundo lugar, a posição do TCFR no acórdão de 19 de abril de 2016 é muito contraditória. Primeiramente, assinala a proibição imperativa no art. 32 (i.e., é impossível interpretar e é impossível mudar a Constituição nessa parte), e, ao mesmo tempo, indica a incapacidade de considerar a conformidade de uma norma da Constituição − art. 16 − com outra norma − art. 32 (par. 4.1 do acórdão de 19 de abril de 2016). Além disso, o TCFR interpreta a Constituição e o direito penal existentes e conclui que, desde que a escolha da pena em forma de privação de liberdade ocorra de forma diferenciada, a restrição do direito ao voto de pessoas condenadas também passa a ser diferenciada, sendo essa a sua interpretação dos referidos "conflitos de superação" entre a prática da CEDH e legislação russa (pars. 5.2 e 5.4 do acórdão do Tribunal Constitucional da Federação Russa). Mas esta não é a resposta final. Na verdade, o Tribunal Constitucional concorda com a Corte Europeia em que o conflito não foi superado, recomendando que o legislador russo ainda faça mudanças na Lei de Execução Penal russa e otimize o sistema punitivo criminal (c. 5.5 do acórdão do TCFR de 19 de abril de 2016). Mas isso é exatamente o que a Corte Europeia propôs desde o início (parágrafo 102-111 do acórdão do caso de Anchugov e Gladkov): trabalhar com a legislação nacional para evitar a restrição automática e indiferenciada dos condenados nos direitos eleitorais.

Se a regra de "intervalo de tempo" (временного разрыва) não está funcionando, e a conclusão do parágrafo 5.5 coincide com a posição da CEDH, o único propósito para o qual foi iniciada a consideração do caso Anchugov-Gladkov no Tribunal Constitucional é proferir uma decisão na qual, na parte dispositiva, deveria estar escrito: "A aplicação é impossível" - e, assim, colocar o início da prática de recusar a implementação das decisões da CEDH. Este objetivo foi alcançado.

Nós concordamos com E.N. Kuznetsov que "o contexto em que o TCFR se manifesta, indica claramente a sua busca por argumentos e justificativas a favor do não reconhecimento

[18] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Gitonas e outros vs. Grécia; *Mohen e Clarefytes vs. Bélgica.* Acórdãos de 1 de Julho de 1997. Consultant-Plus.

de decisões inconvenientes para a Rússia" proferidas pela Corte Europeia. O problema é que o legislador e o responsável pela aplicação das leis russas devem prestar atenção à necessidade de cumprir compromissos anteriores assumidos no âmbito de tratados internacionais (KUZNETSOV, 2016, p. 242).

O mais importante em tais decisões "inconvenientes" não é o caso de Markin, que bombou em todos os meios de comunicação, para além do meio jurídico, e nem o caso de Anchugov-Gladkov. O principal caso a ser considerado é "YUKOS", para o exame do qual se desenvolveu a prática acima mencionada do TCFR. A solicitação de permissão do Ministério da Justiça para questionar a possibilidade de execução da decisão da CEDH sobre a compensação através da denúncia nº 14902/04 "*SAA Empresa Petrolífica 'Yukos' vs Rússia*" foi levado ao TCFR 13 de outubro de 2016, que então iniciou estudos prévios[19].

Note-se que o TCFR criou dificuldades objetivas no caminho para a implementação das decisões da CEDH, um "campo de incerteza" para os tribunais ao decidirem um problema, em princípio, tipicamente processual. Gostaria de juntar-me à opinião do conhecido jurista A.R. Sultanov, que lembra à magistratura que a revisão de decisões do judiciário russo com base em decisões da CEDH é necessária para liquidar a obrigação de pleno restabelecimento dos direitos e liberdades da Convenção violada, que, nesse contexto, é obrigatória em virtude do art. 46 da Convenção, bem como da Parte 3 do art. 46 da Constituição da FR[20]. Além disso, o autor lembra com razão, que, em virtude do art. 46 da Convenção, o Estado é obrigado não só a reparar os direitos e liberdades violados, mas também fornecer um relatório completo sobre as medidas tomadas ao Comitê dos Ministros do Conselho Europeu. A execução inadequada das decisões da CEDH pode levar a uma nova violação das cláusulas da Convenção (SULTANOV, 2015, p. 305). Além disso, pode ocorrer um outro resultado inesperado: para não apelar duas vezes ao Tribunal Constitucional, os cidadãos e as entidades apelam diretamente à CEDH, quando a questão poderia ser resolvida em nível nacional (SULTANOV, 2013, p. 263).

Concluindo, gostaria de enfatizar que simplesmente não existem alternativas na busca por compromissos, através de discussões e atuações concorrentes, para desenvolver formas de

[19] RUSSIA. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Denúncia nº 14902/04. SAA Empresa Petrolífica 'Yukos' vs Rússia. Disponível em: <https://ria.ru/incidents/20161014/1479243685.html>. Acesso em: 30 de dezembro de 2017.

[20] RUSSIA. Constituição da Federação Russa, de 12 de dezembro de 1993. Artigo 46. *[...] Cada pessoa tem direito a recorrer, de acordo com os tratados internacionais da Federação Russa, aos organismos interestatais para proteger os direitos e as liberdades humanas, se estão esgotados no país todos os meios de proteção judicial*.

implementar as decisões da CEDH. Do contrário, o legislador nacional e o próprio Tribunal Constitucional minam a base de sua própria autoridade. Com a introdução de uma indenização na legislação e na prática judicial dessa instituição, para assegurar a duração razoável dos processos e a execução das decisões, foi possível reduzir significativamente o número de pedidos de cidadãos russos à Corte Europeia. O caráter compulsório das demandas ao Tribunal Constitucional da Federação Russa pode mudar a situação na direção oposta, reduzindo a atratividade dos processos constitucionais, e, no geral, aumentando os prazos para a proteção do direito violado.

REFERÊNCIAS

AKHMEDOV, S.M. Производство по пересмотру судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в системе пересмотра судебных актов в арбитражном процессе: автореф. дис. … канд. юрид. наук [*A produção da revisão de atos judiciais em circunstâncias recém-descobertas no sistema de revisão de atos judiciais no processo de arbitragem: resumo do autor ... candidato às ciências jurídicas*]. Moscou, 2008.

ANISHINA, V.I. Проблемы применения российскими судами решений Европейского Суда по правам человека [Os problemas de aplicação pelos tribunais russos das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem] Международное публичное и частное право [*Direito Internacional Público e Privado*], n. 2, p. 14-17, 2008.

BLAZHEEV, V.V. Пересмотр судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам в меха- низме судебной защиты прав и законных интересов граждан и организаций [Revisão de decisões judiciais em caso de circunstâncias recentemente descobertas no mecanismo de proteção judicial de direitos e interesses legítimos de cidadãos e organizações]. Законы России: опыт, анализ, практика [*Leis da Rússia: experiência, análise, prática*], n. 11, p. 61-72, 2008.

BOWER, G.S. *The Doctrine of Res Judicata*. London: Butterworth & Co., 1924.

CONSELHO DA EUROPA. Recommendation n. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights. Disponível em: <URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147>. Acesso em: 30 dez. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Gitonas e outros vs. Grécia; *Mohen e Clarefytes vs. Bélgica.* Acórdãos de 1 de Julho de 1997.

_____. Markin v. Rússia. Decisão da CEDH de 7 de outubro de 2010, Acórdão da Grande Câmara da CEDH de 22 de março de 2012.

_____. Anchugov e Gladkov v. Rússia. Decisão da CEDH de 4 de julho de 2013.

FILATOV, M.A. О процессуальных механизмах исполнения постановлений Европейского Суда по правам человека [Sobre os mecanismos processuais para a execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem]. Вестник ВАС РФ., n. 9, p. 41-51, 2013.

KOCHURINA, T.A. Институт пересмотра вступивших в законную силу судебных постановлений по вновь открывшимся или новым обстоятельствам: взаимодействие гражданского процессуального и международ- ного права [O instituto da revisão de decisões judiciais vigentes em caso de circunstâncias recém-descobertas ou novas: interações entre o processo civil e o processo internacional]. Российский юридический журнал [Revista Jurídica Russa], n. 3, p. 207-210, 2011.

KOVLER, A.I. Соотношение европейского конвенционного и национального конституционного права – обострение проблемы (причины и следствия) [A correlação entre a Convenção Europeia e o direito constitucional pátrio: o agravamento do problema (causas e conseqüências)]. Российский ежегодник Конвенции по правам человека [*Anuário Russo da Convenção sobre os Direitos Humanos*], n. 1, p. 19-64, 2015.

KUZHELEVA, M. Y. Решения Европейского Суда по правам человека в конституционном праве РФ [Decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no direito constitucional da Federação Russa]. Проблемы правоприменения в современной России [*Problemas de aplicação da lei na Rússia moderna*], Омск, p. 57-59, 2015.

KUZNETSOV, E.N. К вопросу об исполнимости в России решений Европейского Суда по правам человека [Sobre questão do cumprimento na Rússia dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem]. Вестник гражданского процесса [*Boletim de Processo Civil*], n. 4, p. 235-243, 2016.

MAXEINER, J. Legal certainty: a European alternative to American Legal Indeterminacy? *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 15, p. 541–608, 2007.

MOSCHZISKER, R. Res Judicata. *The Yale Law Journal*, v. 38, n. 3, 1929.

PETROVA I.A.. Пересмотр судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в гражданском и арбитражном процессах: сравнительно-правовой аспект: дис. … канд. юрид. наук [*Revisão de atos judiciais sobre circunstâncias recentemente descobertas em processos civis e de arbitragem: aspecto jurídico comparativo: ... candidato às ciências jurídicas*]. Moscou, 2010.

RUSSIA. Código de Infrações Administrativas da Federação Russa, de 30 de dezembro de 2001.

_____. Código de Processo Arbitral da Federação Russa, de 24 de julho de 2002.

_____. Código de Processo Civil da Federação Russa, de 14 de novembro de 2002.

_____. Constituição da Federação Russa, de 12 de dezembro de 1993.

_____. Emenda à Lei Federal Constitucional Sobre o Tribunal Constitucional da Federação Russa, de 15 de dezembro de 2015.

_____. Suprema Corte da Federação Russa. Acórdão nº 31, Plenário da Suprema Corte da Federação Russa, de 11 de dezembro de 2012. *Gazeta Russa [Российская газета]*, 21 de dezembro de 2012.

_____. Suprema Corte da Federação Russa. Acórdão nº 21 do Pleno da Suprema Corte da Federação Russa, de 27 de junho de 2013. *Gazeta Russa [Российская газета]*, 5 de julho de 2013.

_____. Suprema Corte da Federação Russa. Acórdão nº 21 do Pleno da Suprema Corte da Federação Russa, de 27 de junho de 2013. *Gazeta Russa [Российская газета]*, 5 de julho de 2013.

_____. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Acórdão nº 187-O-O, de 15 de janeiro de 2009.

_____. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Acórdão nº 27-P, de 6 de dezembro de 2013. Coletânea da Legislação da Federação Russa, n. 50, art. 6670, 2013.

_____. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Acórdão nº 12-P, de 19 de abril de 2016. Coletânea da Legislação da Federação Russa, n. 17, art. 2480, 2016.

_____. Tribunal Constitucional da Federação Russa. Denúncia nº 14902/04. SAA Empresa Petrolífica 'Yukos' vs Rússia. Disponível em: <https://ria.ru/incidents/20161014/1479243685.html>. Acesso em: 30 de dezembro de 2017.

SALVIA, M. de. Прецеденты Европейского Суда по правам человека [*Precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos*]. São Petersburgo: СПб, 2004.

SAHNOVA, T.V. Курс гражданского процесса [*Curso de Processo Civil*]. M.: Статут [*Moscou: Ed. Statut*], 2014.

SULTANOV, A.R. Борьба за правовую определённость или поиск справедливости [*A luta pela segurança jurídica ou pela busca da justiça*]. M.: Статут [*Moscou: Ed. Statut*], 2015.

_____. Продолжение дела «Маркин против России» [Continuação do caso "Markin v. Russia"]. Вестник гражданского процесса [*Boletim do Processo Civil*], n. 5, p. 260-285, 2013.

TEREKHOV, V.V. Границы законной силы судебного решения: территориальный и темпоральный аспекты: дис. … канд. юрид. наук [*Limites de validade da decisão judicial: aspectos territoriais e temporais: ... candidato às ciências jurídicas*]. Омск, 2014.

_____. Законная сила судебного решения: пространственные и временные пределы [*A força jurídica do julgamento: limites espaciais e temporais*]. М.: Юрлитинформ [*Moscou*: *Editora Yurlitinform*], 2015.

TEREKHOVA, L.A. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты [*O sistema para a revisão de atos judiciais no mecanismo de proteção judicial*]. Moscou: Wolters Kluwer, 2007.

_____. Надзорное производство в гражданском процессе: проблемы развития и совершенствования [*O processo de supervisão no processo civil: problemas de desenvolvimento e aperfeiçoamento*]. Moscou: Wolters Kluwer, 2009.

_____. Применение Постановлений Европейского Суда по правам человека в практике российских судов [Aplicação dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na prática dos tribunais russos]. Вестник Омского университета. Серия «Право» [*Boletim da Universidade de Omsk. Série "Direito"*], v. 47, n. 2, p. 138-146, 2016.

ZHILIN, G.A. К вопросу о правовой природе пересмотра судебных постановлений по вновь открыв- шимся или новым обстоятельствам [Sobre a questão da natureza jurídica da revisão das decisões judiciais sobre circunstâncias recentemente descobertas ou novas]. Закон [*Lei*], n. 7, p. 104-114, 2014.

Submissão: 25/12/2017
Aceito para Publicação: 31/12/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

CULTURA DE PAZ E DIÁLOGO NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO ENTRE AS RELIGIÕES NA CONTENÇÃO DO EXTREMISMO QUE LEVA AO TERRORISMO

CULTURE OF PEACE AND DIALOGUE IN THE CONTEXT OF COOPERATION BETWEEN RELIGIONS IN THE FIGHT AGAINST EXTREMISM LEADING TO TERRORISM

Alex Sander Xavier Pires*

RESUMO: As instabilidades sócio-políticas vêm se intensificando nos últimos anos com maior visibilidade dos conflitos armados e atos de violência, especialmente contra civis, motivados por discursos de ideologia religiosa conducentes a perseguições e extermínios injustificados de pessoas contrários às premissas de direitos humanos. Assim, as Nações Unidas intensificaram a campanha para consecução do princípio maior de garantia da paz em ambiente de segurança internacional para todos, centrado na difusão de uma cultura de paz inspirada na eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião acolhedora da indução de um Direito à Paz (A/RES/71/189), que favorece a análise da coerência do discurso atual pelo viés normativo inspirado no diálogo assentado nas Resoluções da Assembleia Geral, especialmente a A/RES/71/249.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura de paz. Diálogo. Cooperação. Religião. Terrorismo.

ABSTRACT: In recent years, socio-political instability has intensified with increased visibility of armed conflicts and acts of violence, especially against civilians, motivated by discourses of religious ideology leading to unjustified persecutions and murders of people opposed to human rights premises. The United Nations has therefore stepped up its campaign to achieve the principle of guaranteeing peace in an international security environment for all, converging to spread a culture of peace inspired by the elimination of all forms of intolerance and discrimination based on the religion that induces A Right to Peace (A/RES/71/189), which favors the analysis of the coherence of the current discourse by the normative bias inspired by the dialogue based on the Resolutions of the General Assembly, especially A/RES/71/249.

KEYWORDS: Culture of Peace. Dialogue. Cooperation. Religion. Terrorism.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Carta das Nações Unidas: fundamentos, propósitos e princípios inspiradores da Declaração sobre o Direito à Paz que recepciona a cultura de paz e o diálogo no âmbito da compreensão e da cooperação entre religiões. 2 A/RES/53/243 nos domínios da A/RES/71/189: Cultura de Paz inserida no microssistema de Direito à Paz. 3 A/RES/36/55: eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções. 4 A/71/407: ponderação sobre a cultura de paz e diálogo. 5 A/RES/71/249: promoção do diálogo, da compreensão e da cooperação entre religiões e culturas em prol da paz. 6 A/RES/70/109: um mundo contra a violência e o extremismo violento. 7 A/RES/70/291. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As instabilidades sócio-políticas vem se intensificando nos últimos anos com maior visibilidade dos conflitos armados e atos de violência, especialmente contra civis, inspirados em discursos de ideologia religiosa que levam a perseguições e extermínios injustificados de

* Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, Argentina. Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, vinculado à Universidade Cândido Mendes. Docente no Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), Portugal. Investigador convidado do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade da Universidade Nova de Lisboa (CEDIS/FD/UNL). Investigador do Centro de I&D em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa – *Ratio Legis* – (RL/UAL). Advogado.



pessoas por avessos às premissas de direitos humanos. Tal fato impõe uma indagação de fundo: sabendo-se que as Nações Unidas foi criada para aproximar Estados e favorecer o diálogo na persecução da paz, como se encontra, no atual estágio, o discurso sobre a questão da paz e do diálogo, num ambiente de violência devido, em muito, ao extremismo que leva ao terrorismo?

A indagação faz lembrar que já se vão quase 70 anos de aprovação da A/RES/3/217, de 10 de dezembro de 1948, indutiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de sorte que, dada a extensão do tema, é fundamental sua delimitação à análise do discurso da Assembleia Geral das Nações Unidas por ocasião do 71º período de sessões[1] – cingida a leitura dos textos normativos –, especialmente a A/RES/71/249, de 22/12/2016, responsável pela Promoção do diálogo, da compreensão e da cooperação entre religiões e culturas em prol da paz; na íntima relação com a A/RES/71/189, de 19/12/2016 indutiva da Declaração sobre o Direito à Paz, e com a A/70/675, acolhedora do Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas sobre o Plano de Ação para Prevenir o Extremismo Violento; em vias de se concluir pela sistematização normativa das condutas expectadas para fortalecimento da cultura de paz e do diálogo no âmbito da cooperação entre as religiões na contenção do extremismo que leva ao terrorismo.

1 CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS: FUNDAMENTOS, PROPÓSITOS E PRINCÍPIOS INSPIRADORES DA DECLARAÇÃO SOBRE O DIREITO À PAZ QUE RECEPCIONA A CULTURA DE PAZ E O DIÁLOGO NO ÂMBITO DA COMPREENSÃO E DA COOPERAÇÃO ENTRE RELIGIÕES

A Declaração sobre o Direito à Paz, nos termos da A/RES/71/189[2], começa por determinar que os princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas (U.N. Charter ou Charter of the United Nations)[3], de 26 de junho de 1945, devem servir de guia para interpretação e aplicação do conteúdo normativo, de sorte que os objetivos da Carta conjugados com a observância e aplicação dos mecanismos para consecução da finalidade do instrumento passam a integrar o sistema de aplicação da Declaração, tanto para si como para os demais atos normativos que tenham nela justificação, como o são a Declaração e o Programa de Ação sobre

[1] Até o encerramento do presente texto (15/12/2017), não haviam sido publicadas oficialmente as orientações e resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas acerca do tema, no âmbito do 72º Período de Sessões das Nações Unidas.
[2] Disponível em: <http://undocs.org/A/RES/71/189>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[3] Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/UN Charterharter.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2017.

uma cultura de paz (A/RES/53/243[4]), e a Promoção do diálogo, da compreensão e da cooperação entre religiões e culturas em prol da paz (A/RES/71/249[5]); além da Declaração sobre a Preparação das Sociedades para Viver em Paz (A/RES/33/73[6]), e a Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz (A/RES/39/11[7]), resguardados os lapsos temporais.

Lembra-se, por oportuno, que a Carta das Nações Unidas traz como finalidade: a) a preservação das gerações futuras do flagelo da guerra; b) a reafirmação dos direitos fundamentais, da dignidade do ser humano, e da igualdade de direitos[8]; c) o estabelecimento de condições para a concretização da justiça, e de bases para o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional; e, d) a promoção, inspirada pelo princípio da liberdade mais ampla, para o progresso social, e para melhores condições de vida.

Outrossim, são mecanismos antevistos na Carta para consecução das finalidades: a) prática da tolerância; b) convívio em paz por inspiração das práticas de boa vizinhança; c) busca da manutenção da paz; d) persecução da segurança internacional; e) reconhecimento, em nível de garantia, de uso consciente e limitado das forças armadas; e, f) emprego de mecanismos internacionais para promoção do progresso econômico e social de todos os povos.

No âmbito dos propósitos, determina a Carta das Nações Unidas: a) a manutenção da paz e da segurança, internacionais[9] (U.N Charter, art. 1, 1, primeira parte); b) o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações em vias de fortalecer a paz universal[10] (U.N Charter, art. 1, 2, primeira parte); c) a consecução da cooperação internacional para resolução dos problemas de caráter econômico, social, cultural, ou humanitário (U.N Charter, art. 1, 3, primeira parte); d) a consecução da cooperação internacional para promoção e estímulo do respeito aos direitos humanos para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião

[4] Disponível em: <http://www.un-documents.net/a53r243a.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[5] Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/249>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[6] A/RES/33/73: Declaração sobre a Preparação das Sociedades para Viver em Paz. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a33r73.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[7] A/RES/39/11: Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/459/88/IMG/NR045988.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[8] Igualdade de direitos, tanto dos homens entre si (leia-se, também, entre homens e mulheres), como das nações, grandes e pequenas.
[9] Para manutenção da paz e da segurança internacionais deve-se "tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz" (UN CHARTER, art. 1, 1, *in fine*).
[10] Para o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações em vias de fortalecer a paz universal, consignou-se o "respeito ao princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos", além de outras medidas apropriadas (UN CHARTER, art. 1, 1, *in fine*).

(U.N Charter, art. 1, 3, segunda parte); e) a consecução da cooperação internacional para promoção e estímulo do respeito às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (U.N Charter, art. 1, 3, terceira parte); e, f) a assunção de "centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução" dos objetivos comuns (U.N Charter, art. 1, 4).

Ademais, as Nações Unidas, além de coactar os Estados não Membros a observância dos preceitos para manutenção da paz e da segurança internacionais (U.N Charter, art. 2, 6) e garantir a não intervenção ou a obrigação de submissão em assuntos concernentes aos interesses essencialmente da jurisdição dos Membros (U.N Charter, art. 2, 7), prevê os seguintes princípios, sem prejuízo de outros: a) igualdade de todos os seus membros (U.N Charter, art. 2, 1); b) boa-fé no cumprimento das obrigações assumidas no âmbito da Carta (U.N Charter, art. 2, 2); c) resolução pacífica das controvérsias internacionais (U.N Charter, art. 2,3); d) vedação a prática da ameaça, nas relações internacionais, entre Estados (U.N Charter, art. 2, 4, primeira parte); e) vedação do uso da força "contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado" (U.N Charter, art. 2, 4, segunda parte); f) vedação de práticas incompatíveis com os propósitos das Nações Unidas (U.N Charter, art. 2, 4, *in fine*); g) prestação de assistência em qualquer ação tomada em função da Carta (U.N Charter, art. 2, 5, primeira parte); e, h) abstenção de prestar auxílio a qualquer Estado que esteja sobre interferência, preventiva ou coercitiva, das Nações Unidas (U.N Charter, art. 2, 5, *in fine*).

2 A/RES/53/243 NOS DOMÍNIOS DA A/RES/71/189: CULTURA DE PAZ INSERIDA NO MICROSSISTEMA DE DIREITO À PAZ

A consecução da paz internacional, para além de propósito da Carta das Nações Unidas de 1945 (U.N.Charter, art. 1, 1, primeira parte) e fundamento dos Direitos Humanos (DUDH[11], preâmbulo), intui a instauração de instrumentos básicos que compõem o microssistema de

[11] Introduzida pela A/RES/3/217. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a3r217a.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Direito à Paz fortalecido pela Declaração introduzida pela Resolução A/RES/71/189, aprovada em 19 de dezembro de 2016, em conjunto com a Declaração sobre a Preparação das Sociedades para Viver em Paz (A/RES/33/73), a Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz (A/RES/39/11), e a Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz (A/RES/53/243).

Especificamente no âmbito da Declaração sobre uma Cultura de Paz acolhida na Resolução A/RES/53/243, de 06 de outubro de 1999, inspirada e possibilitada pelo término da guerra fria, reconhecem-se três assertivas: a primeira, as guerras nascem na mente dos seres humanos, de forma que é ali que se deve fortalecer a paz (premissa dantes declarada na Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura); a segunda, a percepção que a paz, mais do que a simples ausência de conflito, requer um processo positivo, dinâmico e participativo, de promoção do diálogo em vias de se buscar a solução negociada em um espírito de entendimento e cooperação de todos os atores; e, a terceira, a concreta necessidade de se perquirir a eliminação de todas as formas de discriminação e intolerância.

A justificar as assertivas, a Declaração assume que o sucesso na implementação da cultura de paz somente é possível pela disseminação de valores, atitudes, comportamentos, e estilos de vida dedicados exclusivamente ao fomento da paz entre as pessoas, os grupos e as nações (art. 2); sendo a educação, em todos os níveis e voltada a difusão dos direitos humanos, o meio fundamental para sua edificação (art. 4), enquanto todos devem se comprometer com o seu fortalecimento, ou seja, os governos têm a função primordial de promovê-la (art. 5), a sociedade civil tem o compromisso com o seu desenvolvimento pleno (art. 6), a grande mídia deve contribuir com a difusão da informação qualificada e educativa (art. 7), as Nações Unidas devem seguir com sua missão de desempenhar a função crítica conducente ao fortalecimento do movimento (art. 9), e os pais, professores, políticos, jornalistas, órgãos e grupos religiosos, intelectuais, todos os que realizem atividades científicas, filosóficas, criativas e artísticas, sanitaristas, humanitaristas, diretores de organizações governamentais e não governamentais, a quem assiste a função chave de promover a cultura de paz (art. 8).

Outrossim, a cultura de paz, enquanto conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida se baseia: a) no respeito a vida, no fim da violência, na promoção da prática de não violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação (art. 1, a); b) no respeito aos princípios da soberania, da integridade territorial, da independência política dos Estados, e da não interferência nos assuntos eminentemente de jurisdição interna

dos Estados (art. 1, b); c) no respeito irrestrito e na difusão dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 1, c); d) no compromisso com a solução pacífica de conflitos (art. 1, d); e) no esforço para satisfação das necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente (art. 1, e); f) no respeito e promoção do direito ao desenvolvimento (art. 1, f); g) no respeito e difusão da igualdade de direitos e oportunidades, especialmente entre mulheres e homens (art. 1, g); h) no respeito e promoção do direito de todas as pessoas as liberdades de expressão, de opinião e de informação (art. 1, h); e, i) na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações (art. 1, i).

3 A/RES/36/55: ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO FUNDADAS NA RELIGIÃO OU NAS CONVICÇÕES

Ao integrar os princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas e os direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a A/RES/36/55[12], de 25 de novembro de 1981, ao introduzir a "Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e de discriminação fundadas na religião ou nas convicções" enfatiza a liberdade de pensamento, consciência e religião (DUDH, art. 18[13]), em tom de igualdade sem distinção de qualquer natureza (DUDH, art. 2[14]), oponível contra pessoas ou contra o próprio Estado.

De mais relevante no âmbito da difusão da cultura de paz e do diálogo para a cooperação entre as religiões é a própria denegação da intolerância religiosa e a orientação para sua eliminação, o que se percebe, dentre tantos outros fundamentos, na definição de "intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções" (A/RES/36/55, art. 2, 2), bem como na dúplice delimitação, tanto da discriminação (A/RES/36/55, art. 3) como da liberdade de

[12] A/RES/36/55: Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e de discriminação fundadas na religião ou nas convicções. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/406/81/IMG/NR040681.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[13] DUDH, Artigo 18º. "Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou convicção, sozinho ou comunidade com outras pessoas, tanto no público como no privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos".
[14] DUDH, Artigo 2°. "Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania".

pensamento, consciência, religião ou convicção (A/RES/36/55, art. 1, 3 c/c art. 6), que foi renovada enquanto direito imanente ao ser humano[15].

A "intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções" passou a ser entendida como "toda distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas crenças e cuja finalidade ou efeito seja a abolição ou o comprometimento do reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais"[16] (A/RES/36/55, art. 2, 2).

Nestes termos, a discriminação constitui ofensa a dignidade humana e negação aos princípios da Carta das Nações Unidas, devendo ser combatida pelos Estados como violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (A/RES/36/55, art. 3), tanto em nível de ideologia (adoção de medidas eficazes a prevenção e eliminação de toda discriminação por motivos de religião ou convicção [A/RES/36/55, art. 4, 1]) como no domínio das leis (criação de normas jurídicas protetivas ou derrogação de leis contrárias a liberdade de pensamento, religião ou convicção, indutivas de intolerância ou discriminação).

Se a liberdade de pensamento, consciência, religião ou convicção tem sua maior garantia no domínio das leis, é justamente neste âmbito que se dá sua restrição, uma vez que a dita liberdade está sujeita unicamente às limitações prescritas em lei e, ainda assim, "que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais"[17] (A/RES/36/55, art. 1, 3).

Outrossim, a dita garantia e limitação em lei desvela as seguintes liberdades: a) praticar cultos ou celebrar reuniões religiosas, podendo, para tanto, instituir e manter seus próprios locais; b) criar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas; c) confeccionar, adquirir e utilizar artigos e materiais para realização dos cultos ou reuniões; d)

[15] O direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião inclui "a liberdade de ter uma religião ou qualquer crença de sua escolha, assim como a liberdade para manifestar sua religião ou crença, individual ou em comunidade com outras pessoas, em público ou em privado, para o culto, a observância, a prática e o ensino"; tradução livre e pessoal de: "include freedom to have a religion or whatever belief of his choice , and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching" (A/RES/36/55, art. 1, 1). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/406/81/IMG/NR040681.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

[16] Tradução livre e pessoal de: "any distinction, exclusion, restriction or preference based on religion or belief and having as its purpose or as its effect nullification or impairment of the recognition, enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms on an equal basis". Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/406/81/IMG/NR040681.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

[17] Tradução livre e pessoal de: "[...] are necessary to protect public safety, order, health or morals or the fundamental rights and freedom of others". Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/406/81/IMG/NR040681.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

escrever, publicar e difundir publicações pertinentes nestas esferas; e) ensinar a religião e difundir as convicções em locais apropriados; f) pedir e receber contribuições financeiras de particulares ou de instituições; g) capacitar, nomear, escolher e designar seus dirigentes pelos critérios que correspondam as suas necessidades; h) observar dias de descanso e celebrar cerimônias; i) estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre as questões de religião ou de convicções, nacional ou internacionalmente (A/RES/36/55, art. 6).

4 A/71/407: PONDERAÇÃO SOBRE A CULTURA DE PAZ E DIÁLOGO

O Relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas nº 71/407, de 26 de setembro de 2016 (A/71/407[18]), complementa[19] a A/RES/70/19[20] (promoção do diálogo, da compreensão e da cooperação entre religiões e culturas em prol da paz) – reconduzida pela A/RES/71/249, de 22 de dezembro de 2016, de título homônimo –, e a A/RES/70/20[21] (acompanhamento da Declaração e do Programa de Ação sobre uma cultura de paz) que dá prosseguimento a A/RES/53/243 (Declaração e Programa de Ação sobre uma cultura de paz), colacionando dados práticos sobre a cultura de paz e o diálogo no domínio da compreensão e da cooperação entre as religiões e culturas, cuja promoção pende à prevenção de conflitos e à mediação voltadas à contenção do extremismo que leva à violência (em especial, ao terrorismo e ao xenofobismo) fundada na intolerância religiosa, cultural e social.

O Relatório concluiu, dentre outros pontos, que a política de gestão de conflitos deve dar lugar à prevenção e à mediação (A/71/407, item 56), ao mesmo passo que o diálogo entre culturas e religiões, e a avaliação das questões peculiares locais devem ser considerados para fins de instauração de políticas públicas eficientes e convergentes à cultura de paz, na persecução do desenvolvimento sustentável duradouro – deve considerar as necessidades atuais e futuras – (A/71/407, item 58), reconhecendo-se que não há um modelo único oponível à promoção de uma cultura de paz e de diálogo entre culturas e religiões (A/71/407, item 59).

Pontualmente, o Relatório se divide em cinco partes: a) promoção da compreensão

[18] Disponível em: <http://undocs.org/A/71/407>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[19] Além de se perfilar aos preceitos da Agenda 2030 para um desenvolvimento sustentável (A/RES/70/1). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[20] Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/19>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[21] Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/20>. Acesso em: 30 jul. 2017.

mútua e do conhecimento recíproco da diversidade cultural, étnica, linguística e religiosa; b) apoio aos esforços de reconciliação e paz mediante o diálogo; c) criação de um marco de valores comuns para fomentar a coesão social; d) difusão dos princípios e instrumentos para o diálogo entre culturas e religiões através de uma educação de qualidade e dos meios de comunicação; e) promoção do diálogo para o desenvolvimento sustentável e suas dimensões éticas, religiosas, sociais e culturais.

5 A/RES/71/249: PROMOÇÃO DO DIÁLOGO, DA COMPREENSÃO E DA COOPERAÇÃO ENTRE RELIGIÕES E CULTURAS EM PROL DA PAZ

A A/RES/71/249, de 22 de dezembro de 2016, dá prosseguimento a A/RES/70/19, de 03 de dezembro de 2015, quanto à "promoção do diálogo, da compreensão e da cooperação entre religiões e culturas em prol da paz", o que o faz reconhecendo, a um só tempo, que o diálogo inspirado pela compreensão mútua entre religiões e culturas constitui dimensões importantes do diálogo entre civilizações e para a cultura da paz, e impõe valiosa contribuição a promoção da coesão social, da paz e do desenvolvimento.

No âmbito apologia ao ódio religioso, rechaça-se a incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência, principalmente nos meios de comunicação; ao mesmo tempo que destaca a moderação como valor social assentada no diálogo, na tolerância, na compreensão e na cooperação entre regiões e culturas como hábil a neutralizar o extremismo em todos os seus aspectos.

Ademais, a aversão ao ódio religioso e ao extremismo no domínio da fruição do diálogo, da tolerância, da compreensão e da cooperação, permite integrar ao argumento, a A/RES/69/312[22], de 6 de julho de 2015, referente à Aliança de Civilização das Nações Unidas, e a Carta de 22 de dezembro de 2015 dirigida ao Presidente da Assembleia Geral pelo Secretário-Geral (A/70/675[23]) que integra a dinâmica da A/71/407, de 26 de setembro de 2016.

A A/RES/69/312 reconhece a diversidade do mundo, a ponto de asseverar que todas as culturas e civilizações contribuem para o enriquecimento da humanidade, de sorte que todos devem respeitar e compreender as diversidades, religiosa e cultural, além de incentivar a tolerância, o respeito, o diálogo e a cooperação entre as diferentes culturas, civilizações e povos.

[22] Disponível em: <http://undocs.org/A/RES/69/312>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[23]Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/456/16/PDF/N1545616.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A conclamação do dever de respeito e de compreensão da diversidade (especialmente a religiosa e a cultural), nos limites da A/RES/69/312, não deve ser aplicada para justificar ou vincular ao extremismo violento, independentemente de suas formas e manifestações, com nenhuma religião, nacionalidade, civilização ou grupo étnico.

A ressalva ecoa nos diplomas das Nações Unidas, inclusive na Carta de 22 de dezembro de 2015 destinada ao Presidente da Assembleia Geral pelo Secretário-Geral sobre a Estratégia Global contra o Terrorismo (A/70/675) que apresenta o Plano de Ação para prevenir o extremismo violento (A/70/674[24]). Lê-se na Carta, além da renovação dos malefícios do extremismo violento, o rol de sete esferas prioritárias de concentração que devem acompanhar os planos de ação nacional de cada Estado-membro, nos limites do plano de ação global das Nações Unidas contra o Terrorismo.

As sete esferas prioritárias de concentração são: a) o diálogo e a prevenção de conflitos; b) o fortalecimento da boa governança, dos direitos humanos e do estado de direito; c) a participação das comunidades; d) a capacitação dos jovens; e) a igualdade de gênero e a capacitação da mulher; f) a educação, o desenvolvimento de competências e a facilitação do emprego; g) as comunicações estratégicas, particularmente através da internet e dos meios sociais.

6 A/RES/70/109: UM MUNDO CONTRA A VIOLÊNCIA E O EXTREMISMO VIOLENTO

Ainda no âmbito da A/RES/71/249, recorda-se a A/RES/70/109[25], de 10 de dezembro de 2015, dedicada à formação da consciência contra a violência e do recrudescimento da luta contra o extremismo, em que se lê, para além da perpetuação do discurso de observância aos propósitos e aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas[26], de não intervenção

[24]Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/456/22/PDF/N1545622.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[25] Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/70/109>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[26] Com a particular ênfase no incentivo às relações de amizade baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e à autodeterminação dos povos, além da adoção de medidas e de práticas adequadas para fortalecimento da paz mundial, da realização da cooperação internacional para solução de problemas de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e o estímulo e a defesa dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em sua plenitude.

ilegítima[27], e de manutenção da paz intuída pela tolerância e pelo convívio harmônico entre pessoas facilitado pelo diálogo, o rechaço aos atos de intolerância, extremismo violento, violência sectária, e terrorismo.

O rechaço aos atos de intolerância, extremismo violento, violência sectária, e terrorismo, é abordado em cinco áleas: a) a aversão a qualquer tipo de violência por se lhe reconhecer a causa de mortes injustificadas de inocentes, destruição de bens e culturas, e o deslocamento forçado de pessoas; b) o reconhecimento que as guerras e conflitos armados podem levar à radicalização e a difusão do extremismo violento, além de obstaculizar o desenvolvimento da sociedade e por em perigo o bem-estar da humanidade; c) a assunção que o extremismo violento, além de injustificado independentemente de sua motivação, constitui grave ameaça a segurança e ao bem-estar das sociedades; d) o dever dos Estados de observarem, na luta contra o extremismo violento, suas obrigações no domínio do direito internacional e em vias de preservar o estado de direito, especialmente o respeito e a garantia aos direitos humanos, aos direitos dos refugiados, o direito humanitário e as liberdades fundamentais; e) a reafirmação que o extremismo violento, independentemente de sua forma ou manifestação, não deve ser associado a nenhuma religião, nacionalidade, civilização ou grupo étnico.

As considerações do preâmbulo da A/RES/70/109 levaram a dezesseis proposições com ênfase: a) no destaque a observância das obrigações internacionais, tanto para abstenção de se recorrer a ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, como no dever de resolução pacífica das controvérsias internacionais; b) na convocação de todos os Estados Membros para que se unam contra as formas de violência (extremismo violento independentemente das formas e das manifestações, e da violência sectária), com a orientação de que se apurem as causas locais que levem a esta situação em vias de serem propostas medidas pontuais; c) na elevação da condenação à violência contra a mulher ao domínio da religião que conduz ao extremismo violento; d) o dever de formação de consciência pública qualificada de propagação da tolerância e do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, com a respectiva alocação do combate ao extremismo violento e à violência sectária no âmbito da educação, da ciência, da cultura, da comunicação e da informação, com particular destaque a educação em direitos humanos que é alçada a condição

[27] A não intervenção ilegítima é posta no sentido dos Estados-membros se absterem, em suas relações internacionais, de recorrerem a ameaça e ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado.

de importância fundamental; e) na recomendação para participação conjunta, da comunidade, dos Estados e dos Organismos internacionais, na luta contra o extremismo violento e demais manifestações de violência; f) no reconhecimento da liberdade de expressão posto a serviço da paz e da liberdade religiosa, quanto à prestação de informação qualificada pela tolerância e pelo respeito mútuo, através dos meios de comunicação dedicados a contribuir positivamente com a luta contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e as formas conexas de intolerância.

7 A/RES/70/291

Além da A/RES/70/109, a A/RES/71/249 recorda, também, a A/RES/70/291[28], de 1º de julho de 2016, cingida à análise da Estratégia Global das Nações Unidas contra o Terrorismo (dada a temática, encontra acolhida na A/RES/60/288[29], de 20 de setembro de 2006, responsável pela normatização da dita Estratégia). Nestes domínios, em razão da proposta de análise e de reinserção de proposições e orientações, a A/RES/70/291 envereda por setenta e dois itens, dos quais treze alocados por cinco grupos se referem diretamente à presente abordagem, via reconhecimento:

A) da importância, para fins de proteção, participação ativa, diálogo e oitiva quando da implementação de políticas públicas para combate do terrorismo e do extremismo violento, das mulheres (A/RES/70/291, item 12), dos jovens (A/RES/70/291, item 13), das crianças – em sentido amplo e nos limites do direito internacional e dos direitos humanos – (A/RES/70/291, item 18), e das vítimas do terrorismo em todas as suas formas (A/RES/70/291, item 23);

B) da função das organizações, estruturas e estratégias regionais na luta contra o terrorismo, ao que incentiva a intensificação do diálogo e da cooperação inter-regional, além da adoção de práticas de combate ao terrorismo que levem em consideração as particularidades locais (A/RES/70/291, item 30); premissa que deve ser estendida aos Estados, para cooperação ampla na prestação da assistência judicial recíproca (A/RES/70/291, item 32), na fiscalização e

[28] Disponível em: <http://undocs.org/a/res/70/291>. Acesso em: 30 jul. 2017.
[29] A A/RES/60/288 introduziu, além da Estratégia Global das Nações Unidas, o Plano de Ação fundado em quatro áreas: a) medidas para fazer frente às condições que propiciam a propagação do terrorismo; b) medidas para prevenir e combater o terrorismo; c) medidas destinadas a aumentar a capacidade dos Estados para prevenção ao terrorismo e luta contra ele, e ao fortalecimento do papel do sistema das Nações Unidas a esse respeito; d) medidas para assegurar o respeito dos direitos humanos para todos e o império da lei como base fundamental da luta contra o terrorismo. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/504/88/PDF/N0550488.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

concessão de pedidos de refúgio e de asilo (A/RES/70/291, item 33), na intolerância e aversão ao terrorismo (A/RES/70/291, item 34), no aperfeiçoamento do intercâmbio de informações (A/RES/70/291, item 35), na investigação sobre o recrutamento de combatentes e na fiscalização de fronteiras (A/RES/70/291, item 44);

C) em destaque, que a tolerância, o pluralismo, o respeito pela diversidade, pelo diálogo entre as civilizações, pela melhoria da compreensão entre as religiões e as culturas, e o respeito entre os povos, em nível nacional, regional e mundial, evitam a escalada do ódio, bem como inculcam elementos importantes para promoção da cooperação e do combate ao terrorismo, além da anulação do extremismo violento que conduz ao terrorismo (A/RES/70/291, item 37);

D) da importância das tecnologias da informação e da comunicação para, além de combater o discurso de ódio que arregimenta simpatizantes ao terrorismo (A/RES/70/291, item 54), prestem-se ao discurso de tolerância e incentivo ao diálogo entre o povos (o que se pode estender as religiões e culturas) e a paz (A/RES/70/291, item 42).

CONCLUSÃO

A análise finda sobre a contemporaneidade do discurso normativo das Nações Unidas sobre a cultura de paz e o diálogo para favorecimento da cooperação entre as religiões no âmbito da contenção do extremismo que leva ao terrorismo, por ocasião do 71º período de Sessões da Assembleia Geral, permite propor a seguinte sistematização para aplicação normativa:

1. O tema constitui a base das inquietudes sobre a Pauta do 71º Período de Sessões da Assembleia Geral das Nações Unidas;

2. As medidas fortalecem o microssistema de Direito à Paz, no sentido que dá coerência e permite a fruição das premissas da cultura de paz, especialmente o acesso à proteção do Estado e às liberdades fundamentais;

3. Reitera-se a importância da diversidade religiosa e cultural para a humanidade;

4. Integra-se, definitivamente, a cultura de paz no âmbito do diálogo entre religiões e culturas;

5. Reforça-se a igualdade entre os indivíduos, no domínio do dever de tolerância e repulsa a discriminação;

6. Reconhece-se o aumento da violência, principalmente contra os civis, propondo a inversão do paradigma atuário dos Estados-membros, em cooperação ou isoladamente, para

que se imponham políticas de prevenção e de mediação de conflitos em detrimento das políticas de reação à violência.

7. Reverbera o dever de todos, especialmente os Estados, de combate as origens do extremismo que leva ao terrorismo, com a especial previsão em ordem de abrangência.

REFERÊNCIAS

A/70/674: Plano de Ação para prevenir o extremismo violento. Disponível em: < https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/456/22/PDF/N1545622.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/70/675: Carta de 22 de dezembro de 2015 dirigida ao Presidente da Assembleia Geral pelo Secretário-Geral. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/456/16/PDF/N1545616.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/71/407: Promoção de uma Cultura da Paz e do Diálogo, a compreensão e a cooperação entre religiões e culturas. Disponível em: <http://undocs.org/A/71/407>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/33/73: Declaração sobre a Preparação das Sociedades para Viver em Paz. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a33r73.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/36/55: Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e de discriminação fundadas na religião ou nas convicções. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/406/81/IMG/NR040681.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/39/11: Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/459/88/IMG/NR045988.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/53/243: Declaração sobre a Cultura de Paz. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a53r243a.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/60/288: Estratégia Global de Contra-Terrorismo das Nações Unidas. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/504/88/PDF/N0550488.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/69/312: Aliança de Civilização das Nações Unidas. Disponível em: <http://undocs.org/A/RES/69/312>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/70/1: Agenda 2030 para um Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/70/19: Promoção do diálogo, da compreensão e da cooperação entre religiões e culturas em prol da paz. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/19>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/70/109: Um mundo contra a violência e o extremismo violento. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/70/109>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/70/291: Análise da Estratégia Global das Nações Unidas contra o Terrorismo. Disponível em: <http://undocs.org/a/res/70/291>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/71/189: Declaração sobre o Direito à Paz. Disponível em: <http://undocs.org/A/RES/71/189>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A/RES/71/249: Promoção do diálogo, da compreensão e da cooperação entre religiões e culturas em prol da paz. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/249>. Acesso em: 30 jul. 2017.

DUDH (Declaração Universal sobre Direitos Humanos), introduzida pela A/RES/3/217. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a3r217a.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

U.N. Charter. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/UN Charterharter.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Submissão: 07/11/2017
Aceito para Publicação: 19/12/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

O TERRORISMO E O USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL

TERRORISM AND USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW

Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazi*

David Fernando Santiago Villena del Carpio**

RESUMO: O presente artigo aborda a questão do terrorismo sob a perspectiva do direito internacional. Traça um histórico do fenômeno do terrorismo, apontando suas raízes bastante antigas, e se debruça sobre as políticas dos Estados voltadas à segurança após 11/9. Considerado um marco tanto na política quanto no direito internacional, o fenômeno do terrorismo traz à tona diversas discussões, como as que dizem respeito à legalidade do uso da força para combatê-lo. Após analisar as exceções previstas no direito internacional à proibição do uso da força, o artigo aborda a possibilidade de se usar a força em legítima defesa contra entidades não estatais, nomeadamente grupos terroristas, trazendo os debates pertinentes da doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo. Direito Internacional. 11/9. Uso da Força.

ABSTRACT: *This article tackles the issue of terrorism from the perspective of International law. It sets forth a brief history of the phenomenon of terrorism, by pointing out its ancient roots, and dwells on the security-oriented States´ policies after 9/11. Regarded as a milestone both in politics and International law, the phenomenon of terrorism brings up various debates, such as those relating to the legality of the use of force in order to fight against it. After assessing the exceptions to the prohibition of the use of force which international law foresees, the article tackles the possibility of using force in self-defence against non-state actors, namely terrorist groups, putting forward the relevant theoretical discussions on the subject.*

KEYWORDS: *Terrorism. International Law. 9/11. Use of Force.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Terrorismo na História. 2 A Era do Terror: Novas Políticas a Partir do 11/9. 3 Uso da Força no Direito Internacional e Carta da ONU. 3.1 As Exceções: Legítima Defesa Individual e Coletiva e Ações do Conselho de Segurança Conforme Capítulo VII da Carta. 3.2 Controvérsias: Legítima Defesa Preventiva, Preemptiva, Proteção de Nacionais no Exterior. 4 Uso da Força no Combate ao Terrorismo Internacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O *Jus in Bellum* acompanha a humanidade desde que essa se estabeleceu em comunidades, cidades-estados e, por fim, em Estados, sendo considerada como uma forma alternativa de atingir os objetivos políticos. Até antes do estabelecimento das Nações Unidas, o *Jus in Bellum* era um direito de todo Estado de declarar a guerra a outros Estados, situação modificada com as Nações Unidas, pelo qual a guerra fica proibida, exceto em casos de legítima defesa individual e coletiva. No entanto, desde que o terrorismo se tornou o inimigo público número 1 dentro da comunidade mundial, o uso da força é autorizado pelo Conselho de Segurança com o objetivo de combater essa ameaça mundial. Contudo, os grupos terroristas

* Doutoranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq *Ius Gentium*.

** Doutorando junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

são atores não estatais e, diferente dos Estados, não possuem uma localização geográfica específica, podendo migrar de um Estado para outro.

Neste sentido, apresenta-se a possibilidade de invocar a legítima defesa, seja individual ou coletiva, para atacar a um Estado sob o argumento de querer atacar as células terroristas que operam no território desse Estado. Ou arguir que o Estado patrocina agentes terroristas, pelo qual é passível de sanções por parte da comunidade internacional e, até mesmo, intervenção militar. Nestes dois casos temos os exemplos do Afeganistão, invadido pelos Estados Unidos depois dos ataques terroristas do 11/9, e da Líbia, que sofreu sanções por não extraditar suspeitos de colocarem bombas em aviões.

Tendo em visto estes argumentos, o presente trabalho é estruturado em quatro pontos: em primeiro lugar, discorreremos sobre o terrorismo na história, pois ele não é um fenômeno contemporâneo, mas era utilizado para atingir diversos objetivos políticos. Em segundo lugar, analisaremos as políticas adotadas no cenário internacional para combater o terrorismo, depois dos ataques do 11/9, tornando-se prioridade na Política Externa de Segurança. Como terceiro ponto, exploraremos o uso da força dentro do Direito Internacional, assim como as exceções contidas na Carta de São Francisco, e as controvérsias suscitadas pela legítima defesa preventiva, preemptiva, proteção de nacionais no exterior. Por último, examinaremos o uso da força no combate ao terrorismo internacional.

1 O TERRORISMO NA HISTÓRIA

Hoje em dia falar de terrorismo é tomar como ponto de referência os atentados terroristas em onze de setembro de 2001, mais conhecido como 11/9, nos Estados Unidos. Esses atentados tiveram impacto no mundo inteiro, colocando o terrorismo na prioridade da Política Externa de Segurança. Essa pode ser definida como "aquela parte da política do Estado que determina suas relações com outros Estados e com a comunidade internacional[1]" (ELIASSEN, 1998, p. 1, tradução nossa).

[1] "*[...] as the part of a state's policy that determines its relations with other states and with the international community".* Sob este conceito estão englobadas a diplomacia, as alianças políticas, políticas militares ou econômicas, entre outras. Por isso, é possível afirmar que a política externa envolve vários interesses. Em relação à política de segurança, o conceito clássico dela indica que está destinada a responder às ameaças militares contra os interesses do Estado. Contudo, enquanto as relações entre a comunidade internacional tornam-se mais complexas, a política de segurança abrange também temas internos, tais como o terrorismo, mal-estar social ou atividades que têm como objetivo desestabilizar o governo (ELIASSEN, 1998).

No entanto, o terrorismo não é um fenômeno atual, nem da Era Moderna. Pode afirmar-se que, na antiguidade, havia grupo de pessoas que usavam a violência para atingir seus objetivos políticos (HOFFMAN, 2002). Por exemplo, na República Romana, a violência política se tornou parte do sistema, onde os líderes da República contratavam os serviços de guarda-costas para ir às assembleias (NIPPEL, 1984). Um exemplo do uso da violência para atingir objetivos políticos é o assassinato de Júlio César, nos últimos dias da República Romana. Assim também aconteceu com as rebeliões dos judeus quando foram absorvidos pelo Império Romano, as lutas entre as diferentes fações no Império Bizantino e o ambiente político volátil que experimentava a Itália no Renascimento (LUTZ; LUTZ, 2005). Por parte da comunidade muçulmana, encontramos aos nizaris, um ramo dos xiitas que executavam suas vítimas com ataques de faca em lugares públicos, com o objetivo dos outros líderes souberem das consequências de incomodar aos nizaris. As vítimas eram os governadores ou ocupavam altos cargos de Estados que ameaçavam a existência dos nizaris. Devido a que mastigavam haxixe, foram apelidados de hashishin ou assassinos (SLOAN, 2006).

Por outro lado, é importante compreender o significado de terrorismo. Eis onde encontramos o primeiro obstáculo, devido à variedade de opiniões sobre esta questão. Algumas definições podem ignorar as ameaças, outras focar os atentados contra a vida ou, ainda, tentar definir quem é combatente e quem não é combatente[2] (FORST, 2008).

Assim, a nível internacional, organizações como a Liga das Nações e sua sucessora, as Nações Unidas, têm dificuldade para chegar a um acordo sobre a definição de terrorismo, o que não acontece nas organizações regionais que adotaram uma definição mais genérica (SAUL, 2006). Por exemplo, na Liga das Nações se assinou em 16 de novembro de 1937, a Convenção

[2] Neste último ponto devemos levar em consideração à Segunda Convenção de Genebra de 1949, segundo a qual há seis categorias de combatentes: 1) os membros das forças armadas de uma Parte no conflito, assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários; 2) os membros de outras milícias desde que satisfaçam algumas condições (serem comandados por uma pessoa responsável; possuírem um sinal distintivo fixo; transportar as armas à vista; e, respeitar as leis e usos da guerra); 3) os membros das forças armadas fiéis a um governo ou a uma autoridade não reconhecida pela Potência detentora; 4) as pessoas que acompanham as forças armadas sem delas fazerem diretamente parte (membros civis de tripulação de aviões militares, correspondentes de guerra, entre outros); 5) os membros das tripulações a marinha mercante e as tripulações da aviação civil das Partes no conflito; e, 6) a população de um território não ocupado que se levantarem em armas para combater as tropas invasoras sem ter tido tempo de se organizar em forças armadas regulares, desde que traga as armas à vista e respeite as leis e costumes da guerra (CONVENÇÃO DE GENEBRA II, 1949, art. 13). Por outro lado, entende-se por não-combatente, principalmente à população civil, exceto se os civis participarem das hostilidades. Assim também, é proibido atacar ao pessoal civil sanitário e religioso (PROTOCOLO I ADICIONAL ÀS CONVENÇÕES DE GENEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO À PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DOS CONFLITOS ARMADOS SEM CARÁTER INTERNACIONAL, art. 15).

para a Prevenção e Punição do Terrorismo. No artigo 1 se definia o terrorismo como "atos criminosos dirigidos contra um Estado e com a intenção calculada de criar um estado de terror nas mentes de pessoas específicas ou de um grupo de pessoas ou do público em geral" (LIGA DAS NAÇÕES, 1937, art. 1). Contudo, essa convenção não se tornou efetiva. Por outra parte, a União Europeia define terrorismo como qualquer ação cujo objetivo seja causar a morte ou ferir gravemente a civis ou não combatentes com o propósito de intimidar a população ou forçar algum governo a fazer ou se abster de realizar algum ato (KESSLER, 2007).

Contudo, será o 11/9 que colocará o terrorismo dentro do cenário político internacional, gerando maiores esforços para definir o que é terrorismo assim como suas atividades afins.

2 A ERA DO TERROR: NOVAS POLÍTICAS A PARTIR DO 11/9

Em 2002 a administração de George W. Bush criou o Departamento de Segurança Nacional (*United States Department of Homeland Security*, em inglês). A diferença entre o Departamento de Defesa e o de Segurança Nacional reside em que o primeiro se encarrega dos assuntos militares, enquanto o segundo age na esfera civil, com o objetivo de prevenir ataques terroristas, proteger as fronteiras, fazer cumprir as leis de imigração, salvaguardar e proteger o ciberespaço e certificar-se da resistência às catástrofes (DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY, 2015).

Como resposta aos atentados, em 12 de setembro de 2001, foi publicada pelo CSNU a Resolução 1368 (2001), condenando os ataques terroristas. Além disso, o CSNU pedia à comunidade internacional para cooperar e cumprir os convênios internacionais contra o terrorismo, assim como as resoluções do CSNU, especialmente a Resolução 1269 (1999), de 19 de outubro de 1999 (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2001a). A Resolução 1269 pedia que os Estados membros cooperassem para prevenir os atos terroristas, incluindo a preparação e financiamento, assim como assegurassem que o solicitante de refúgio não tivesse participado de atos terroristas (CONSEJO DE SEGURIDAD, 1999).

Em 28 de setembro de 2001 foi aprovada a Resolução 1373 (2001) no CSNU, a qual, além de reforçar a Resolução 1269, focava-se no financiamento do terrorismo. Desta forma, cria-se o Comitê contra o Terrorismo, composto pelos quinze membros do CSNU, com o objetivo é fortalecer as capacidades dos Estados membros da Organização das Nações Unidas (ONU) para combater as atividades ligadas ao terrorismo como financiamento, participação ou

proteger membros ou células terroristas, dentro das suas fronteiras e em todas as regiões (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2001b). Entre as funções do Comitê contra o Terrorismo vale salientar a visita aos Estados que o solicitem, avaliando o nível dos programas nacionais de luta contra o terrorismo, assim como prestar assistência técnica àqueles programas; recomendar práticas, normas e condutas na legislação interna; assim como estabelecer alianças com organizações internacionais evitando, desta forma, a duplicidade de esforços (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2001b).

Desta forma, a atenção do CSNU se foca nas atividades terroristas executadas no mundo, assim como os Estados que patrocinavam o terrorismo, como o caso do Afeganistão. Em consequência, uma vez que as forças talibãs se retiraram de Cabul, o CSNU autorizou o estabelecimento da Força Internacional de Assistência para Segurança (ISAF, pela sua sigla em inglês), com o objetivo de prestar apoio à Autoridade Provisória Afegã na implementação do Acordo de Bonn[3] (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2001c).

Depois do 11 de setembro, foram vários os atentados terroristas que aconteceram no mundo[4], muitos de autoria da Al-Qaeda. Por causa desses ataques, a comunidade internacional passaria a concentrar sua atenção no terrorismo, tornando o terrorista o inimigo público mundial. Alguns desses atentados afetaram a estabilidade do regime político. Por exemplo, os atentados na Espanha de 11 de março de 2004 significou a perda nas eleições gerais por parte do Partido Popular, o qual visava a reeleição na presidência (REVILLA, 2005).

Neste contexto, foram assinados Convênios Internacionais que discorrem sobre o terrorismo, além de passar a considerar como ato terrorista a crimes internacionais já tipificados[5], destacando, no âmbito americano, a Convenção Interamericana contra o

[3] O objetivo do Acordo de Bonn era estabelecer as bases para o processo político após a queda do regime talibã no Afeganistão, assim como criar os laços para a cooperação internacional para o desenvolvimento e a segurança do país.

[4] Por exemplo: o atentado de Bali de 2002 (202 mortes, na sua maioria turistas australianos); os atentados de Casablanca de 2003, no Marrocos (45 mortes); os atentados de 11 de março de 2004 (191 mortes); a Massacre de Beslan, na Rússia, em 1 de setembro de 2004 (334 civis, sendo 186 deles crianças); atentados de 7 de julho de 2005 em Londres (52 mortes), entre outros.

[5] Convenção relativa às infrações e a certos outros atos cometidos a bordo de aeronaves (Tóquio, 1963); Convenção para a repressão aos atos ilícitos contra a segurança da aviação civil (Montreal, 1971); Convenção relativa à prevenção e à repressão de crimes contra pessoas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos (Nova York, 1973); Convenção Internacional contra a tomada de reféns (Nova York, 1979); Convenção sobre Proteção Física de Material Nuclear (Viena, 1979); Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos que Prestem Serviços à Aviação Civil Internacional (Montreal, 1988); Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima (Roma, 1988); Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental (Roma; 1988); Convenção sobre a marcação de Explosivos Plásticos para fins de detecção (Montreal, 1991); Convenção Internacional sobre a

Terrorismo da Organização dos Estados Americanos (OEA), assinada em 3 de junho de 2002. O objetivo da Convenção é prevenir, punir e eliminar o terrorismo. Para atingir este objetivo, a Convenção baseia-se em dez instrumentos jurídicos internacionais[6] para definir o delito de terrorismo.

É desta forma, que o terrorismo passa a ocupar um lugar de destaque dentro do cenário político internacional, tornando-se prioridade da Política Externa de Segurança. Em relação à política de segurança, o conceito clássico dela indica que está destinada a responder às ameaças militares contra os interesses do Estado.

Desta forma, a ONU, também foca seus esforços em definir o terrorismo. Assim, em 2005 Kofi Annan indicou que devia se entender por terrorismo aquele ato destinado a causar a morte ou ferir gravemente aos civis (FORST, 2008). Contudo, alguns países árabes sugeriram adicionar uma exceção nesta definição, dado que, com o problema palestino, não podia ser aplicada aos casos de resistência de ocupação estrangeira (FORST, 2008). A partir destes debates, em 2004 o CSNU aprovou a Resolução 1566, a qual não tem caráter vinculativo, definindo o terrorismo como

> os atos criminosos, nomeadamente aqueles dirigidos contra civis com a intenção de causar a morte ou lesões corporais graves ou a tomada de reféns com o objetivo de provocar um estado de terror na população em geral, num grupo de pessoas ou em determinadas pessoas, de intimidar uma população ou de forçar um governo ou uma organização internacional a realizar ou abster-se de realizar qualquer ato, que constituem infrações no âmbito das convenções e protocolos internacionais relacionados com o terrorismo...[7] (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2004, §3, tradução nossa).

Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (Nova York, 1997); Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (Nova York, 1999); além da Convenção Internacional para a repressão do terrorismo nuclear (Nova York, 2005).

[6] Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves (1970); Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1971); Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, Inclusive Agentes Diplomáticos (1973); Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns (1979); Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares (1980); Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos que Prestem Serviços à Aviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1988); Convenção para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima (1988); Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Situadas na Plataforma Continental (1988); Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba (1997) e; Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999) (CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O TERRORISMO, 2002, art. 2 (1)).

[7] "*[…] los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo*".

A definição citada está baseada também na Resolução 1373 do CSNU, relativa ao financiamento do terrorismo. No entanto, o grande problema é seu caráter não vinculativo, pelo qual é uma recomendação e não um avanço na criminalização do terrorismo.

Devido à dificuldade de chegar a um acordo, o uso do termo "terrorismo" está envolvido em polêmica, sendo utilizado de forma pejorativa para descrever uma causa como ilegal, e não para descrever uma conduta[8] (CRENSHAW, 2000). Ainda, terrorismo pode ser definido como uma violência deliberada e sistemática, realizada por pequenos grupos, cujo objetivo é intimidar uma audiência, com fins políticos e simbólicos (CRENSHAW, 2000). Além disso, "o terrorismo é uma guerra assimétrica entre um Estado e um ator não-estatal[9]" (GANOR, 2009, p. 15, tradução nossa).

Outra definição mais ampla considera que

> [O] terrorismo envolve objetivos políticos e metas. Baseia-se na violência ou na ameaça de violência. É utilizado para gerar medo em um público objetivo e para expandir o medo além das vítimas dessa violência. A violência implica uma organização e não indivíduos isolados. O terrorismo envolve um ator ou atores não estatais como os perpetradores da violência, as vítimas ou ambos. Finalmente, o terrorismo é a violência criada para gerar poder em situações em que o poder tem sido previamente deteriorado (por exemplo, a violência tenta melhorar a base de poder da organização que executa a ação)[10] (LUTZ; LUTZ, 2005, p. 7, tradução nossa)[11].

Desta definição pode-se frisar que a violência com fins políticos é o elemento característico do terrorismo. Outros elementos são[12]: a) uso ou ameaça de violência; b) público

[8] O termo *terrorismo* tenta descrever a incitação sistemática de medo e ansiedade na população, além de representar um desafio à autoridade do Estado, tal como aconteceu na França Revolucionária (CRENSHAW, 1981).

[9] *"Terrorism is a form of asymmetric warfare in which a non-state actor fights a state".*

[10] "*Terrorism involves political objectives and goals.It relies on violence or the threat of violence. It is designed to generate fear in a target audience that extends beyond the immediate victims of the violence. The violence involves an organization and not isolated individuals. Terrorism involves a non-state actor or actors as the perpetrator of the violence,the victims,or both.Finally,terrorism is violence that is designed to create power in situations in which power has previously been lacking (i.e.,the violence attempts to enhance the power base of the organization undertaking the action)".*

[11] "*Terrorism involves political objectives and goals. It relies on violence or the threat of violence. It is designed to generate fear in a target audience that extends beyond the immediate victims of the violence. The violence involves an organization and not isolated individuals. Terrorism involves a non-state actor or actors as the perpetrator of the violence, the victims, or both. Finally, terrorism is violence that is designed to create power in situations in which power has previously been lacking (i.e., the violence attempts to enhance the power base of the organization undertaking the action)".*

[12] Quanto ao perfil do terrorista, geralmente são homens jovens, conscientes da ilegalidade dos seus atos, atuando de forma imprevisível para minimizar as possibilidades das autoridades impedirem esses atos (FORST, 2008). Para Silke, o terrorista apresenta transtornos de personalidade como narcisismo ou paranoia (1998). Já Pearlstein afirma que os terroristas têm distúrbios narcísicos da personalidade, produto de lesões psíquicas da infância e adolescência, originando baixa autoestima (1991). Uma vez dentro do grupo, a socialização com pessoas parecidas

objetivo; e, c) gerar medo na sociedade. O público objetivo pode ser qualquer um, desde políticos, militares, oficiais do governo, até opositores do governo, grupos étnicos ou religiosos. Para que o terrorismo seja efetivo, a população tem que ser consciente dos ataques, caso contrário não se obteria a audiência necessária para atingir seus objetivos.

Por outro lado, Young afirma que o terrorismo pode ser justo quando "aqueles que não possuem o poder político convencional podem usar [o terrorismo] para lutar por causas justas que, de outra forma, estariam impedidos de promover[13]" (2003, p. 56, tradução nossa). No entanto, este posicionamento é frágil quando esses grupos têm como alvos vítimas inocentes, ou atacam àqueles que dizem defender, como os camponeses ou determinados segmentos da população os quais, por não concordarem com a ideologia dos terroristas tornam-se inimigos deles[14].

A seguir, analisaremos o uso da força no Direito Internacional assim como as disposições que discorrem sobre isso dentro da Carta de São Francisco de 1945.

3 USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL E CARTA DA ONU

A abstenção do uso e da ameaça da força constitui um dos fundamentos sobre os quais se sustentam tanto o edifício do direito internacional quanto a própria comunidade internacional. De fato, existe uma proibição geral para os Estados de se utilizarem da força ou da ameaça da mesma, proibição contida no artigo 2, §4 da Carta da ONU. Vale citar essa parte do artigo: "Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas" [CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, art. 2(4)]. Essa previsão é tão relevante que ela faz parte dos propósitos e princípios da Carta da ONU, sendo que um dos objetivos principais – senão o

vai formando o caráter do terrorista, de modo que o terrorismo responde a um processo dinâmico e interativo (RABBIE, 1991).

[13] "*[...] those who lack conventional political power can use to fight for just causes they are otherwise prevented from promoting".*

[14] Neste grupo encaixa-se "Sendero Luminoso", grupo terrorista peruano de ideologia marxista-maoísta, o qual dizia lutar pelos direitos dos camponeses esquecidos do governo peruano, mas suas primeiras vítimas dos ataques dele foram os próprios camponeses, pois estes últimos opunham-se à ideologia de terror e violência pregada pelo grupo terrorista Sendero Luminoso.

principal[15] – da organização desde seu surgimento é a manutenção da paz e da segurança internacionais. A proibição contida no artigo da Carta não é apenas uma obrigação advinda de tratado, mas é também norma costumeira que é considerada *ius cogens* (GRAY, 2008), isto é, uma norma peremptória de direito internacional[16].

Antes da redação da Carta da ONU, o recurso à força era considerado um meio de coerção lícito. Após ser regulamentado pelo Pacto da Sociedade das Nações[17], "[...] foi excluído como modo de resolução de controvérsias pelo famoso Pacto Briand-Kellogg, de 26 de agosto de 1928. Com a adoção da Carta da ONU, a guerra desaparece definitivamente do direito internacional positivo conforme posto no art 2, §4" (CARREAU, 2015, p. 617). Apesar dessa proibição geral, a Carta da ONU reconhece expressamente duas exceções: legítima defesa individual e coletiva, prevista pelo artigo 51[18] e as normas do Capítulo VII da Carta que reconhecem ao Conselho de Segurança a possibilidade de aplicar medidas coercitivas em situações que constituem ameaça à paz ou à segurança internacionais. Contudo, continuam surgindo várias questões ao redor desse artigo visto que os Estados têm tentado e tentam interpretar essa norma de forma mais extensa, usando vários argumentos como "[...] autopreservação dos Estados (*self-help*), a proteção de nacionais no exterior, a defesa da democracia, a luta contra o terrorismo ou crime organizado e a proteção dos direitos humanos" (BÖHLKE, 2011, p. 70).

3.1 As Exceções: Legítima Defesa Individual e Coletiva e Ações do Conselho de Segurança Conforme Capítulo VII da Carta

[15] Segundo Rezek: "No âmbito da ONU, como no de sua antecessora, a cooperação econômica, cultural e científica são propósitos periféricos. Seu objetivo precípuo – frustrado para a SDN, com a eclosão da segunda guerra – é preservar a paz entre as nações, fomentando a solução pacífica de conflitos e proporcionando meios idôneos de segurança coletiva" (REZEK, 2016, p. 16).

[16] Para uma definição de *ius cogens*, vide o artigo 53 da Convenção de Viena sobre direitos dos tratados: "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" (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969, art. 53).

[17] Em particular, os artigos 12 e 15 do mesmo.

[18] "Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais" (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, art. 51).

No que diz respeito às duas exceções previstas pela Carta da ONU no sentido de garantir licitude ao recurso à força armada, cabe destacar que a norma representada pelo artigo 51 – legítima defesa – traspõe um conceito de direito interno[19] para o direito internacional. Não há dúvida quanto à natureza consuetudinária da norma que prevê a legítima defesa, tendo essa origem anterior à própria Carta[20]. O direito de legítima defesa é qualificado como sendo natural ou inerente, contudo "o ato de legítima defesa obedecerá a determinadas condições para que não constitua uma nova agressão unilateral" (VELLOSO, 2003, p. 191). As condições para que esse ato seja qualificado como sendo realizado em legítima defesa são: proporcionalidade, necessidade e caráter imediato[21].

Ao se ler o artigo 51 da Carta da ONU, é necessário atribuir importância à expressão "ataque armado" que é realizado contra um membro da ONU, sendo esse o requisito para que se haja o exercício lícito da legítima defesa. A Corte Internacional de Justiça[22] (CIJ) especificou em diversos julgamentos que o requisito do "ataque armado" é uma condição imprescindível para poder agir em legítima defesa. No caso *Nicarágua contra Estados Unidos*, a CIJ assim se expressou: "No caso da legítima defesa individual, o exercício do direito é submetido ao fato que o Estado envolvido tenha sido vítima de um ataque armado. Confiança na legítima defesa coletiva não elimina a necessidade disso.[23]" (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1986, §195, tradução nossa, grifo nosso) Também no caso das Plataformas de petróleo, a CIJ ressaltou o requisito do ataque armado:

> Para estabelecer que fosse legalmente justificado em atacar as plataformas petrolíferas iranianas em exercício de legítima defesa, os Estados Unidos deve mostrar que foram realizados ataques contra os mesmos pelos quais o Irã era responsável; e que tais ataques eram de tal natureza que podiam ser qualificados como 'ataques armados' na acepção do artigo 51 da Carta da ONU, e como entendido no direito costumeiro

[19] Conceito clássico do direito penal.
[20] A respeito da natureza costumeira da norma da legítima defesa, vide: GRAY, 2008; CARREAU, 2015.
[21] Segundo VELLOSO (2003), o critério da proporcionalidade quer dizer que o objetivo da legítima defesa é o de pôr termo a uma agressão inicial, sendo que em nenhuma hipótese a reação defensiva deverá exceder o ato agressor. No tocante ao critério da necessidade, isso implica que o uso da força em legítima defesa deve ser restrito ao um mínimo necessário. No que diz respeito ao caráter imediato, isso quer dizer que o direito à legítima defesa extingue-se no momento em que cessa a agressão.
[22] Órgão jurisdicional da ONU, que possui duas competências: contenciosa e consultiva.
[23] "*In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the state concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this.*" *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs United States of America)*.

> internacional sobre o uso da força[24] (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2003, §51, tradução nossa).

No que diz respeito ao próprio conceito de 'ataque armado', é necessário apontar que existe diferença entre formas mais graves de uso da força (aquelas que constituem ataque armado) de outras formas menos graves[25] (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1986, §191). Dessa forma, somente a ocorrência de ataques armados engendraria a possibilidade de agir em legítima defesa, sendo que nas formas menos graves não existiria essa possibilidade[26]. No caso *Nicarágua contra Estados Unidos*, a CIJ ressaltou que as formas menos graves de uso da força podem ser encontradas na Resolução 2625 (XXV) de 1970 (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1970), adotada pela Assembleia Geral da ONU, não constituindo ataque armado (ZIMMERMANN, 2016) e, portanto, não possibilitando o exercício da legítima defesa. É o caso de destacar como afirma Robert Kolb que:

> Para esclarecer o termo 'ataque armado' no artigo 51, pode-se fazer referência à definição de agressão na Resolução 3314[27] (1974) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Certamente os dois termos não se sobrepõem completamente. A definição do artigo 51 cobre 'ataques armados' enquanto a definição da Resolução define 'agressão' em termos estritamente jurídicos. De qualquer forma, a maioria das ações que podem ser definidas como agressão pela resolução podem a fortiori ser definidas como ataque armado e, portanto, colocam-se no âmbito do artigo 51[28] (KOLB, 2009, §48, tradução nossa).

[24] "*In order to establish that it was legally justified in attacking the Iranian platforms in exercise of the right of self-defence, the United States has to show that attacks had been made upon it for which Iran was responsible; and that those attacks were of such a nature as to be qualified as 'armed attacks' within the meaning of that expression in Article 51 of the United Nations Charter, and as understood in customary international law on the use of force*" Oil Platforms.

[25] "*As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms*."

[26] Exemplos de usos menos graves da força podem ser encontrados na resolução 2625 (XXV) de 1970 emanada pela Assembleia Geral da ONU. A/RES/25/2625 (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1970).

[27] No artigo 3, são definidos os atos de agressão. Só para citar alguns: invasão ou ataque por parte de forças armadas de um Estado ao território de outro ou qualquer ocupação militar que deriva disso; bombardeio por parte de forças armadas de um Estado contra o território de outro; bloqueio de portos ou costas de um Estado por parte das forças armadas de outro; ou envio por parte ou por conta de um Estado de forças, grupos, irregulares ou mercenários, que executam atos de forças armadas contra outro Estado de gravidade tal a ser equivalentes aos atos elencados anteriormente, ou o envolvimento substancial nos mesmos (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1974).

[28] "*To clarify the term 'armed attack' in article 51, reference may be made to the definition of 'aggression' in United Nations General Assembly Resolution 3314 (1974). Of course both terms do not completely overlap. The definition in article 51 covers 'armed attacks', whereas the definition in the Resolution defines 'aggression' in strict legal terms. However, most actions which may be defined as aggression under the Resolution may a fortiori be defined as an armed attack and thus fall within the ambit of article 51*".



Voltando ao caso *Nicarágua*, a Corte ainda afirmou que ataques armados não eram limitados a ações tomadas por exércitos de um Estado cruzando fronteiras internacionais, mas abrangiam também o envio de forças irregulares para outro Estado, na hipótese em que essas forças realizassem ataques de gravidade similar àqueles das forças armadas regulares (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1986). Outro caso relevante para o tema da legalidade do uso da força no direito internacional é *Congo vs. Uganda*. Aqui, Uganda para justificar o exercício da legítima defesa contra Congo, refere-se expressamente ao artigo 3 em que se define o conceito de 'agressão', especificamente na parte em que fala-se em 'envolvimento substancial' de um Estado com um grupo armado. O posicionamento do Uganda visava incluir no 'envolvimento substancial' atos de apoio logístico[29] (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2005, §194). A Corte, porém, não aceitou os argumentos usados pela Uganda e rechaçou a justificativa da legítima defesa. Ela remeteu-se ao caso *Nicarágua* para frisar que um ataque armado, mesmo praticado por um grupo armado não estatal, deve ser atribuído a um Estado. O critério usado aqui pela Corte a fim de fazer com que a conduta de uma entidade não estatal seja juridicamente atribuída a um Estado é ainda aquele do envio ou envolvimento substancial do Estado. Como no caso concreto não houve prova de envolvimento suficiente por parte do Congo nas atividades do grupo armado não estatal[30] (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2005, §146), não houve ataque armado e, por consequência, não se sustentava a possibilidade de recorrer ao exercício da legítima defesa.

Outra exceção à proibição do uso da força mencionada no artigo 51 da Carta da ONU é a hipótese da legítima defesa coletiva. Nessa situação, um terceiro Estado age em socorro de um Estado vítima de um ataque armado. Na maioria das vezes, existe um tratado que prevê defesa coletiva – como o caso da OTAN, ou o extinto Pacto de Varsóvia – onde um ataque a um Estado membro dessas alianças é considerado como um ataque contra todos (SHAW, 2008). Na ausência de um Tratado de aliança, o exercício da legítima defesa coletiva pode ser acionado mediante solicitação expressa por parte do Estado vítima do ataque armado (BÖHLKE, 2011).

No que diz respeito à outra exceção fundamental ao recurso ao uso da força, cabe destacar os poderes atribuídos ao Conselho de Segurança pelo capítulo VII da Carta da ONU,

[29] "*Moreover, the phrase 'or its substantial involvement therein' strongly indicates that the formulation extends to the provision of logistical support*".
[30] "*The attacks did not emanate from armed bands or irregulars sent by the DRC or on behalf of the DRC, within the sense of Article 3 (g) of General Assembly resolution 3314 (XXIX)*".

no âmbito do sistema de segurança coletiva. Conforme o artigo 24 da Carta da ONU, o Conselho de Segurança é o órgão ao qual é atribuída a responsabilidade primária na manutenção da paz e da segurança internacional, sendo que pelo artigo 25 da Carta da ONU, suas decisões são obrigatórias. Nesse contexto, é o próprio órgão que possui discricionariedade na determinação de uma situação como ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão e uma vez concluído que uma determinada situação se enquadra em uma dessas três hipóteses, o órgão adota as medidas previstas pelo Capítulo VII da Carta. Nesse caso, os artigos 41 e 42 da Carta são relevantes: o artigo 41[31] prevê recurso a medidas que não comportam o uso da força, já o artigo 42 prevê recurso a medidas que comportam o uso da força. O artigo 42 é ativado quando o Conselho de Segurança "[...] considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas", podendo levar a efeito "[...] por meio de forças áreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, art. 42).

3.2 Controvérsias: Legítima Defesa Preventiva, Preemptiva, Proteção de Nacionais no Exterior

O artigo 2, §4 da Carta da ONU desde sua redação foi objeto de intensos debates doutrinários a respeito de sua interpretação e eventual alargamento da legitimidade do uso da força (em legítima defesa ou não) a outras situações não previstas expressamente pelo mesmo[32]. As tentativas se baseiam em argumentos que apelam à distância temporal presente entre a época da redação da Carta e à mudança de contexto – que exigem certa redefinição – assim como a possibilidade de colisão de diversos princípios e propósitos previstos na Carta da ONU (BÖHLKE, 2011). Recentemente, ocorreu segundo Mrázek que:

[31] O artigo 41 da Carta menciona essas medidas: ruptura das relações econômicas, ruptura das relações diplomáticas, entre outros (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

[32] Uma hipótese de possibilidade de uso da força é a da intervenção humanitária. Conforme Molier destaca, as discussões a respeito da legalidade da mesma alcançaram seu ápice após o bombardeamento da Iugoslávia por parte da OTAN em 1999 (MOLIER, 2006). Ainda, conforme Böhlke, os elementos compartilhados pelas definições da doutrina a respeito do conceito de intervenção humanitária são: i) uso da força armada; ii) por Estado ou grupo de Estados; iii) sem o consentimento do Estado onde se processa a operação; iv) com o objetivo de conter violações maciças aos direitos humanos em sentido amplo, incluindo as liberdades fundamentais e as normas do direito internacional humanitário; e v) independentemente da nacionalidade das vítimas (BÖHLKE, 2001, p. 236-237. De qualquer forma, esse tipo de situação é passível de abusos por parte dos Estados que podem escolher em qual Estado intervir conforme os interesses do momento. Nesse caso, a intervenção humanitária constituiria um pretexto para eventualmente ocupar o território de outro Estado.

> Diversos países poderosos têm invocado a legítima defesa em proteção de nacionais no exterior, em proteção dos direitos humanos e democracia em Estados estrangeiros, em caso de legítima defesa preventiva e preemptiva e no combate contra o terrorismo internacional[33] (MRÁZEK, 2011, p. 35, tradução nossa).

Há inúmeros debates a respeito da possibilidade de que um Estado não precise esperar a ocorrência de um ataque para poder-se defender do mesmo. Segundo Velloso:

> Há controvérsias quanto ao momento em que o uso da força é autorizado pelo direito internacional. A divergência opõe os partidários do princípio segundo o qual a agressão justificadora da legítima defesa só ocorre com o uso efetivo da força armada, e os adeptos do princípio da defesa preventiva contra uma intenção agressiva (VELLOSO, 2003, p. 193).

A respeito disso, Mrázek afirma que:

> Os que defendem um direito limitado de legítima defesa insistem que a força em legítima defesa pode ser usada apenas se ocorre um ataque armado. Aqueles que favorecem uma interpretação ampla se referem ao 'direito inerente' de legítima defesa que, no artigo 51 da Carta da ONU, preserva o direito de legítima defesa conforme concebido pelo direito consuetudinário internacional[34] (MRÁZEK, 2011, p. 35, tradução nossa)

A hipótese descrita há pouco se refere ao conceito de guerra preemptiva que se há quando um Estado resolve atacar por primeiro na iminência de sofrer um ataque por parte de outro. Diferente dessa tipologia de guerra é a guerra denominada "preventiva" que é dirigida contra um ataque potencial e hipotético futuro. A característica principal entre as duas tipologias mencionadas é que no ataque preemptivo, se há prova do ataque e com base nisso, se escolhe agir antes de ser atacado. Conforme SOARES: "A preempção seria um contra-ataque diante da concretude de uma agressão que comprovadamente estaria para ocorrer, e por isso, o Estado vítima teria a iniciativa de se defender realizando o primeiro combate. Teria por objetivo atacar para não ser atacado" (2013, p. 346).

Outra hipótese controvertida é uso da força para proteção de nacionais no exterior. Esse tipo de argumento foi usado no passado para justificar a ofensiva belga no Congo em 1960, a tentativa dos Estados Unidos de resgatar reféns em Teerã em 1980, entre outros (VELLOSO, 2003). Conforme MALANCZUK, "A maioria dos Estados e da doutrina concordam que os

[33] "*In the recent past, several powerful countries invoked self-defence in protection of their nationals abroad, in protection of human rights and democracy in foreign countries, in case of anticipatory or pre-emptive self-defence, and in fighting international terrorism*."

[34] "*The supporters of the limited right of self defence insist that force in self-defence can only be used if an armed attack occurs. Those in favour of the wide interpretation refer to the "inherent right" of self-defence which, in Art. 51 of the Charter, preserves the right of self-defence as provided in customary international law.*"

ataques contra um Estado de residência de um seu nacional não o direito de usar a força para defender seus nacionais sem o consentimento do governo estrangeiro (assim chamadas 'operações militares de resgate" [35] (1997, p. 317, tradução nossa). De qualquer forma, o uso da força para resgate de nacionais no exterior sem consentimento do Estado não é comum e tem sido pouco praticado pelos Estados desde a Segunda Guerra mundial, contudo o debate acadêmico é bastante intenso a respeito (GRAY, 2008).

4 USO DA FORÇA NO COMBATE AO TERRORISMO INTERNACIONAL

Conforme apontado anteriormente, os Estados frequentemente se usam de diversos argumentos para poder usar a força, inclusive unilateralmente, invocando sobretudo a legítima defesa. É o caso, por exemplo, do uso da força no âmbito do combate ao terrorismo internacional. Mesmo antes de 11/9, o Conselho de Segurança tinha definido o terrorismo como ameaça à paz e segurança internacional, como no caso da resolução 731 (1992) em que a Líbia foi criticada por não acatar os pedidos de extradição de suspeitos de colocarem bombas em aviões e da resolução 1070 (1996) adotada para com o Sudão (SHAW, 2008).

Após os ataques contra as torres gêmeas no dia 11/9, o Conselho de Segurança emanou outras resoluções condenando em termos absolutos essa tipologia de atos, tratando-se das resoluções 1368 e 1373. Nelas, o Conselho de Segurança retomava o raciocínio pelo qual essa tipologia de ataques constitui uma ameaça à paz e segurança internacional, havendo a necessidade de combatê-los por todos os meios admitidos pela Carta da ONU. Destarte, antes de 11/9 a possibilidade de recurso unilateral à força em legítima defesa era objeto de discussão. Poucos Estados – como Estados Unidos e Israel – se utilizaram da força em legítima defesa em algumas ocasiões sendo a prática estatal, portanto, bastante reduzida nesse sentido (GRAY, 2008). O cenário muda de forma bastante significativa após os atentados de 11/9. Conforme GRAY: "[...] O apoio quase universal dos Estados a um direito de legítima defesa dos Estados Unidos em resposta a 11/9 pode ser visto como dando origem ao questionamento a respeito de ter ocorrido ou não uma mudança significativa no direito[36]" (2008, p. 198, tradução nossa).

[35] "*Most states and most writers agree that attacks on a state's nationals resident abroad do not entitle the state to use force in order to defend its nationals without the consent of the foreign government (so-called 'military rescue operations' [...]).*"

[36] *"[...] The almost universal support of states for a US right of self-defence in response to 9/11 may be seen as raising the question whether there has been a significant change in the Law".*

Pelo capítulo VII da Carta, o Conselho de Segurança pode tomar as medidas que achar necessárias caso tenha qualificado o ataque terrorista como ameaça a paz e segurança internacionais. De fato, isso ocorreu imediatamente depois do 11/9, quando o órgão da ONU emanou várias resoluções que previam "[...] *inter alia*, a prevenção e supressão do financiamento de atos terroristas, [...] o congelamento de bens e recursos econômicos de pessoas e entidades envolvidas com o terrorismo[37]" (SHAW, 2008, p. 1162, tradução nossa). No caso em que um ataque terrorista seja definível como 'ataque armado' conforme o artigo 51 da Carta da ONU, é lícito para o Estado que sofre tal ataque agir em legítima defesa?

É imprescindível para poder responder ao questionamento acima colocado definir algumas questões preliminares. Antes de tudo, é necessário demonstrar que a conduta da entidade não estatal seja atribuível ao Estado, de forma a tornar esse último responsável pelos atos da mesma. É importante observar que as normas que regem a responsabilidade internacional dos Estados se dirigem a eles e a eles apenas, portanto para fazer com que os Estados sejam responsabilizados por atos de outras entidades, é necessário que exista uma conexão entre ato da entidade não estatal e o Estado. Retomando os ensinamentos da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça no emblemático caso *Nicarágua contra Estados Unidos*: "[...] um ato de particulares pode ser considerado como ato do Estado somente se é possível demonstrar que os particulares ou grupo de particulares agiram como órgãos *de facto* do Estado ou sob sua direção e controle"[38] (NIGRO, 2009, p. 1, tradução nossa). Esse trecho retoma o artigo 8 do Projeto de artigos sobre responsabilidade dos Estados de 2001, elaborado pela Comissão de direito internacional. Esse artigo prevê que: "Conduta de uma pessoa ou de um grupo de pessoas será considerada um ato de um Estado sob o direito internacional se a pessoa ou o grupo de pessoas está, de fato, agindo sob as instruções, ou sob a direção ou controle daquele Estado ao praticar a conduta"[39] (DRAFT ARTICLES ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT, 2001, tradução nossa).

[37] "*[...] inter alia the prevention and suppression of the financing of terrorist acts, [...] the freezing of financial assets and economic resources of persons and entities involved in terrorism*.

[38] "*[...] an act of private individuals can be considered as an act of State only if it is possible to demonstrate that private individuals or groups of individuals have acted as de facto organs of a State or under its direction and control*."

[39] "*The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct*".

O teste estabelecido pela CIJ – o teste do controle efetivo – tem um limiar alto no momento em que prevê um vínculo de conexão bastante forte entre a ação da entidade não estatal e o grau de controle exercido pelo próprio Estado, teste que foi sucessivamente confirmado pela Corte em outros casos, como aquele do *Genocídio* (2007). Em poucas palavras, deve existir *instrução, direção e controle* por parte do Estado sobre a conduta da entidade não estatal ou *completa dependência*. Esse seria o critério de atribuição da conduta da entidade não estatal ao Estado para que o mesmo possa ser responsabilizado.

Mas, então, o direito de legítima defesa pode ser atuado em resposta ao terrorismo? O ato terrorista se configura como 'ataque armado'? Segundo a Christine GRAY "Os ataques terroristas maciços contra o World Trade Center e o Pentágono no dia 11 de setembro de 2001 conduziram a uma reavaliação fundamental da lei da legítima defesa[40]" (2008, p. 193, tradução nossa). Ainda, segundo Scharf:

> Os ataques de 11/9 forçaram os Estados a reavaliar a noção antiga de que apenas um Estado é capaz de cometer um ataque armado contra outro dando origem ao direito de responder com a força em legítima defesa. Após 11/9, ameaças terroristas advêm de entidades não estatais que possuem muitos dos atributos de um Estado: riqueza, forças voluntárias, treinamento, organização e acesso potencial a armas de destruição de massa[41] (SCHARF, 2016, p. 26, tradução nossa).

Isso é demonstrado ainda pelo fato de que as resoluções do Conselho de Segurança emanadas logo após 11/9 condenaram os ataques e estabeleceram o direito à legítima defesa contra os mesmos. A invasão do Afeganistão por parte dos Estados Unidos foi acolhida quase à unanimidade pela comunidade internacional, sobretudo porque os Estados Unidos forneceram evidência de que al-Qaeda tivesse vínculos fortes com os ataques.

Mas será que pelo direito internacional o teste posto por Nicarágua foi observado no caso da invasão do Afeganistão? Em outras palavras, o governo do Talibã tinha exercido controle, dirigido ou instruído Al-Qaeda de forma a justificar a ação em legítima defesa dos Estados Unidos que conduziu à invasão do Afeganistão? Em 2001, o Representante estadunidense para as Nações Unidas enviou uma Carta ao Conselho de Segurança informando a tomada de medidas no exercício do direito à legítima defesa, explicando que o regime Talibã

[40] "*The massive terrorist attacks on the World Trade Center and the Pentagon on September 11, 2001 (hereafter 9/11) led to a fundamental reappraisal of the law on self-defence*".
[41] "*The 9/11 attacks forced States to reevaluate the long-standing notion that only a State has the capacity to commit an armed attack against another State giving rise to the right to respond with force in self-defense. Post-9/11, terrorist threats come from stateless entities that possess many of the attributes of a state: wealth, willing forces, training, organization, and potential access to weapons of mass destruction*".

possibilitou os ataques de 11/9 por ter disponibilizado à Al-Qaeda partes do território afegão como uma base de operações (NEGROPONTE LETTER TO UN COUNCIL SECURITY PRESIDENT, 2001). Logo após os atentados, o então presidente George W. Bush tinha afirmado que: "Nós não faremos distinções entre terroristas que cometem esses atos e aqueles que os protegem[42]" (ADDRESS TO THE NATION ON THE TERRORIST ATTACKS, 2001, tradução nossa). Essa frase do discurso de Bush representa o cerne da assim chamada "Doutrina Bush". Esse momento histórico, conforme Zimmermann:

> [...] foi o pontapé inicial de uma nova era do terrorismo internacional, e, consequentemente, a consolidação de um novo modo de responder às ameaças detectadas. Contrariando o que havia sido decidido pela Corte no caso *Nicarágua*, os Estados Unidos – e a maioria da comunidade internacional – julgaram que o direito à legítima defesa poderia ser exercido contra um Estado que meramente apoiava ou dava abrigo a um grupo terrorista em seu território, não havendo necessidade de que a participação do Estado nos ataques armados, em si, adquirisse natureza grave (ZIMMERMANN, 2016, p. 99).

A doutrina de direito internacional é dividida quanto ao abrandamento do teste estabelecido no caso *Nicarágua*. Existe uma vertente restritiva que acredita ser possível aplicar os "os critérios gerais de aplicação de conduta do direito da responsabilidade internacional e, em especial, o teste do *controle efetivo*, para interpretar o artigo 51 da Carta" (ZIMMERMANN, 2016, p. 123). Segundo essa ótica, é possível responsabilizar um Estado somente na hipótese de o mesmo ter controle efetivo sobre as ações do grupo ou se esse último age na completa dependência do Estado, ou ainda na hipótese de envio do grupo pelo Estado ou de envolvimento substancial nas atividades do grupo. Essa abordagem restritiva tenta por limites à exceção à proibição geral sobre o uso da força, mas a mesma pode ser criticada no momento que exige que um Estado – alvo de ataques terroristas - não possa agir em legítima defesa se o teste do controle efetivo não for superado. Na opinião de Starski

> [...] o critério do controle efetivo [...] Em primeiro lugar, coloca um severo ônus da prova no Estado que é atacado. [...] Segundo, é uma abordagem tudo-ou-nada e falha em refletir a real escala de envolvimento estatal, a qual termos como "apoio estatal" ou "patrocínio estatal" tentam capturar. O perigo de que a impunidade 'será invocada [...] por culpados para evitar responsabilidade por atos ilícitos' pode vir à tona e levar a uma "guerra de aluguel". Esse problema é agravado pela discrepância entre a definição de ataque armado e a proibição ao uso da força que a Corte introduziu no caso *Nicarágua*: uma vez que certas violações à proibição do uso da força não são suficientes para serem encaradas como um ataque armado, há casos em que um Estado confrontado com violência não pode proteger a si mesmo baseado no artigo 51. O direito internacional exige que um Estado que é vítima de um uso ilegal da força –

[42] *We will make no distinction between the terrorists who committed these acts and those who harbor them.*

> desde que não seja um ataque armado – evite reações forçadas. [...] a fórmula do "controle efetivo" 'prioriza o direito do Estado que abriga o grupo à não interferência sobre os dilemas de segurança do Estado vítima[43] (STARSKI, 2015, p. 472-473, tradução nossa).

Contraposta à vertente restritiva da doutrina, existe uma corrente que adota uma concepção extensiva. Esta doutrina afirma que o mero apoio logístico[44] ou outro tipo de suporte justificaria a atribuição da conduta da entidade não estatal ao Estado, sem que haja controle efetivo ou direção. Ter-se-ia, portanto, um abrandamento do limiar posto pelo teste do controle efetivo, fato que é explicado de forma oportuna por Brent:

> Esse novo critério de teste é justificado por ser o melhor compromisso entre os interesses dos Estados em garantir sua sobrevivência individual e proteger a paz e segurança globais. Em um mundo onde atores individuais podem ter acesso a arma poderosas e representam uma ameaça a vida de cidadãos igual, senão superior, à de uma guerra convencional, parece ingênuo e não realista abraçar um critério de atribuição pelos ataques armados alto como aquele posto pelo teste de *Nicaragua*. Para ser claro, o Conselho de Segurança da ONU é um mecanismo crucial pelo qual a paz e segurança mundiais são mantidos; e o direito deveria refletir isso. Mas o direito internacional arrisca perder seu respeito e relevância se ele se desconectar da realidade. Se um Estado santuário tem conhecimento de indivíduos operando dentro de suas fronteiras que conduziram ataques armados contra o território do Estado vítima, e o Estado santuário ativamente apoia esses perpetradores, muito embora não os instrua, então temos todas as razões para atribuir as ações desses indivíduos privados ao Estado para o propósito da legítima defesa. Por fim, é uma questão de equilíbrio. De um lado, há a necessidade que os Estados se protejam dos riscos de um dano iminente. De outro, a ordem internacional será muito mais segura e pacífica se os Estados – especialmente os mais poderosos – não puderem abusar do seu direito à legítima defesa. Além de tudo, o uso da força deve se, no final das contas, ser o último recurso (BRENT, 2009, p. 159, tradução nossa)[45].

[43] "*First of all, it puts a severe burden of proof on the state which is attacked. This evidentiary hurdle creates an option for states to evade responsibility by hiding in a grey zone of tacit support.90 Secondly, it is an "all or nothing"-approach and fails to reflect the factual cascade of state involvement, which terms like "state sup- port" or "state sponsorship" try to capture. The danger that impunity "will be invoked [...] by culprits to avoid responsibility for wrongful acts" might surface and lead to a "surrogate warfare". This problem is aggravated by the discrepancy between the definition of armed attack and the prohibition of the use of force that the ICJ introduced in its Nicaragua ruling: Since certain violations of the prohibition on the use of force do not suffice to be regarded as an armed attack, there are cases in which a state confronted with violence may not protect itself based on Art. 51. International law requires a state which is the victim of illegal force – as long as it is short of an armed attack – to refrain from forceful reactions. Consequently the "effective control"- formula "prioritizes the host state's right to noninterference over the victim state's security concerns*".

[44] Vide o exemplo paradigmático representado pelo caso *Congo vs. Uganda* decidido em 2005 pela Corte Internacional de Justiça, e, em específico, os argumentos utilizados pela Uganda no sentido de alargar os critérios de atribuição de um ato não estatal ao Estado, mencionando o apoio logístico.

[45] "*This new threshold test is justified as the best compromise between the interests of States in ensuring their individual survival and protecting global peace and security. In a world where individual actors have access to powerful weapons and pose an equal if not greater threat to the lives of citizens than conventional warfare, it seems naïve and unrealistic to espouse a threshold of attribution for armed attacks as high as the Nicaragua test. To be sure, the UN Security Council is a crucial mechanism by which world peace and security is maintained; and the law should reflect this. But international law risks losing its respect and relevance if disconnects from reality. If a sanctuary State has knowledge of individuals operating within its borders that have carried out armed attacks*

Conforme a doutrina Bush acima citada seria legítimo atacar um Estado que protege esses grupos terroristas, por ser esse "unwilling" ou "unable", isto é, não disposto ou não capaz de contê-los. Para a doutrina que adota a concepção extensiva, a incapacidade ou a falta de vontade de um Estado em conter a ação do grupo terrorista que se estabeleceu no seu território constituiria um critério de atribuição válido. Segundo Starski, a *harboring doctrine* "[...] objetiva criar uma conexão entre uma violação do direito internacional por parte de um Estado resultante de sua passividade em relação a atores não estatais e a atribuição de um ataque[46]" (STARSKI, 2015, p. 474, tradução nossa). Tratar-se-ia nomeadamente de uma responsabilidade omissiva – quando o Estado não combate as atividades desses grupos que perpetram ataques a partir do seu território – ou ainda responsabilidade por cumplicidade (ZIMMERMANN, 2016) – quando o Estado participa nas atividades dos grupos terroristas, ao apoiá-los – que se adicionam à responsabilidade por comissão. Contudo, autores como Garwood-Gowers afirmam que autorizar o uso da força em legítima defesa contra Estados que protegem grupos terroristas levantaria alguns questionamentos sendo que

> O primeiro refere-se à gama de objetivos que podem ser o destinatário da força usada em legítima defesa. Visto que as organizações internacionais terroristas como Al-Qaeda podem possuir células em diversos Estados, o direito pós 11/9 de usar a força contra estados que hospedam ou protegem tais grupos poderia potencialmente permitir que tais Estados sejam alvo de ação militar. [...] Estritamente ligados a essa preocupação estão os problemas potenciais referentes à duração da ação militar tomada em legítima defesa. Com a legítima defesa tradicional contra um 'ataque armado' por outro estado, o direito à legítima defesa acabava quando o 'ataque armado' era repelido. Isso era relativamente fácil de identificar. No entanto, no contexto das ameaças terroristas internacionais, poderia ser difícil determinar quando a ação em legítima defesa é completada. Isso é ilustrado pela admissão dos Estados Unidos que a assim chamada 'guerra ao terror' poderia demorar anos. [...] A terceira e mais importante preocupação concernente ao alargamento do direito à legítima defesa contra o terrorismo refere-se à disponibilização de provas e à autoridade estatal de tomar decisões unilaterais no sentido de responder com a força. A menos que não se demande aos Estados de apresentar evidência clara e não equivoca da necessidade de usar a força militar em legítima defesa contra um Estado que protege ou hospeda

on the victim State's territory, and the sanctuary State actively supports those perpetrators although it does not actually instruct them, then there is every reason to attribute the actions of the private individuals to that State for the purposes of self-defence. Ultimately, it is a question of balance. On the one hand, there is a need for States to protect themselves from the risk of impending harm. On the other hand, the international legal order will be more secure and peaceful if States — especially more powerful States — cannot abuse their right of self-defence. Moreover, the use of force should, after all, be the last resort".

[46] *"[...] aims at creating a connection between a state's violation of international law resulting from its passivity towards non-state actors and the attribution of an attack".*

> grupos terroristas, existe um perigo que esse novo direito de legítima defesa sofra abusos[47] (GARWOOD-GOWERS, 2004, p. 14-15, tradução nossa).

Esses questionamentos estão estritamente ligados ao receio de que aceitar a validade do critério de *unwilling* ou *unable* possa abrir brechas para que os Estados usem a força em legítima defesa de forma abusiva. Segundo Starski

> Já que as células terroristas são ativas em diversos Estados cujos níveis de participação de tolerância varia, a decisão de iniciar operações militares contra esses deveria ser tomada por um ente que possui autoridade internacional: dentro do quadro institucional atual esse papel pode ser preenchido apenas pelo Conselho de Segurança, que é capaz de assumir uma função de escrutínio e de jurado[48] (STARSKI, 2015, p. 499, tradução nossa).

A formulação de certas concepções extensivas demonstra a insuficiência ou insatisfação – dependendo dos pontos de vista – com certas concepções mais restritivas que são justificadas pela constatação de que a proibição contida no artigo 2, §4 da carta da ONU tem natureza de norma de *ius cogens*. Contudo, para que o critério de *unwilling* ou *unable* se sustente e possa ser considerado uma exceção à norma de *ius cogens* representada pelo artigo mencionado, é necessário que o mesmo se torne prática uniforme e geral, constante no tempo, acompanhada por uma *opinio iuris* inequívoca[49]. No entanto, conforme Starski observa, "enquanto o padrão *unwilling or unable* pode possivelmente estar na iminência de emergir, ele ainda não é direito[50]" (STARSKI, 2015, p. 500, tradução nossa).

[47] "*The first relates to the range of targets that may be the subject of force in self-defence. Given that transnational terrorist organisations such as Al-Qaida may have Cells in many different states, the post-9/11 right to use force against states that host or harbour such groups could potentially allow each of these states to be targeted by military action. [...]Closely linked to this first concern are potential problems relating to the duration of military action taken in self-defence. With traditional self-defence against an 'armed attack' by another state, the right of self-defence ended when the 'armed attack' was repelled. This was relatively straightforward to identify. However, in the context of international terrorist threats it may be difficult to determine when action in self-defence is complete. This is illustrated by the United States' admission that its so-called 'war against terrorism' may take years. [...]The third and most significant concern about the extended right of self-defence against terrorism relates to evidence provision and the authority of states to make unilateral decisions to respond with force. Unless states are required to present clear and convincing evidence of the need to use military force in self-defence against a state that harbours or hosts terrorist groups, there is a danger that this new right of selfdefence may be abused*."

[48] "*Since terrorist cells are active in different states whose levels of supportive participation varies, the decision to initiate military operations against them should be decided by a body with international legal authority: Within the current institutional framework this role can only be fulfilled by Security Council, which is capable of taking over a jurying and scrutinizing function*".

[49] Conforme previsto no artigo 53 da já mencionada Convenção de Viena.

[50] "*While the unwilling or unable-standard might possibly be on the verge of emerging, it is not yet law*".

CONCLUSÃO

Presente tanto em nível interno, quanto em nível internacional, o terrorismo não é um fenômeno recente. Definir esse conceito de forma apropriada não é uma tarefa fácil mesmo porque o fenômeno tem influência de diversos fatores e, sobretudo, da política. Em nível internacional, diversos tratados internacionais o contemplam e, ademais, algumas resoluções do Conselho de Segurança foram emitidas em resposta a ataques terroristas considerando-os como ameaça à paz e à segurança internacionais. É, principalmente, após 11/9 que o tema tem adquirido cada vez mais relevância no cenário internacional, interligando-se com outras matérias de que o direito internacional se ocupa, como a do uso da força.

Após traçar um breve histórico do terrorismo, o artigo ressalta como a política externa dos Estados têm se preocupado muito com questões de segurança, especialmente após os atentados de 2001, considerados como um marco histórico também para uma eventual redefinição do uso da força. Tratando das exceções à proibição geral do uso da força – pedra angular do direito internacional – o artigo problematizou se é possível agir em legítima defesa contra o terrorismo, partindo do pressuposto que a discussão é intricada já que se trata de agir em resposta a atos cometidos por agentes não estatais. Encontrando uma solução na aplicação do direito da responsabilidade internacional – isto é, imputando ao Estado os atos realizados por grupos terroristas – são analisadas as vertentes doutrinárias que aprofundam o tema, sendo que abraçar uma ou outra traz consequências relevantes para a expansão dos critérios de atribuição de responsabilidade aos Estados pelos atos de entidades não estatais, como os grupos terroristas. A vertente restritiva – ligada ainda aos critérios estabelecidos pelo caso *Nicarágua* – apega-se ao 'controle efetivo' como parâmetro de atribuição de uma conduta de uma entidade não estatal ao Estado. A vertente extensiva – preocupada com a questão que cada vez mais hoje em dia ataques contra Estados advêm de grupos não estatais apoiados de formas diferentes ou apenas 'tolerados' por Estados – preza por uma extensão dos critérios estabelecidos no caso *Nicarágua* julgando, por exemplo, o apoio logístico por parte de um Estado a grupos não estatais sendo suficiente para atribuição da conduta desses ao primeiro.

Por fim, destaca-se a importância da controvertida *harboring doctrine*, em que se institui uma responsabilidade omissiva em relação a um Estado que, sendo incapaz e sem vontade de combater os grupos terroristas presentes em seu território, poderia ser alvo de uma ação de legítima defesa em resposta aos ataques de grupos terroristas perpetrados a partir de seu

território. Ressalta-se que essa doutrina não espelha o direito consuetudinário vigente ao momento. De fato, para que a mesma seja considerada como parte do direito consuetudinário e exceção válida à norma de *ius cogens* representada pelo artigo 2, §4 da Carta da ONU, é necessário que a mesma se torne prática uniforme e geral, constante no tempo, acompanhada por uma *opinio iuris* inequívoca. Todas essas novas doutrinas que surgem em contraposição à vertente restritiva, demonstram a existência de uma tensão permanente entre a letra da Carta da ONU – que parece ser construída em torno de uma lógica interestatal – e a ameaça crescente constituída pela ação agressiva de grupos não estatais, em modo particular, os grupos terroristas.

REFERÊNCIAS

ADDRESS TO THE NATION ON THE TERRORIST ATTACKS. September 11, 2001. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=58057>. Acesso em: 16 mar. 2017.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2625 de 1970. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Resolução 3314 de 1974. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BÖHLKE, Marcelo. *A proibição do uso da força no direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRENT, Michael. Brent. Responding to Attacks by Non-State Actors: The Attribution Requirement of Self- Defence. *Australian International Law Journal*, v. 16, p. 133-159, 2009.

CARREAU, Dominique; Bichara, Jahyr- Philippe. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 16 mar. 2017.

CONSEJO DE SEGURIDAD. Resolución 1269. La adopción de medidas destinadas a eliminar el terrorismo internacional. 1999. Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1269%20(1999)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Resolución 1368. 2001a. Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo. 2001. Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1368%20(2001)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Resolución 1373. 2001b. Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo. 2001. Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373%20(2001)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Resolución 1386. 2001c. Sobre la situación en el Afganistán. 2001. Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1386%20(2001)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Resolución 1566. Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo. 2004. Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1566%20(2004)>. Acesso em: 19 dez. 2016.

CONVENÇÃO DE GENEBRA II, 1949. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-II-12-08-1949.html>. Acesso em: 8 mar. 2017.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 8 mar. 2017.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O TERRORISMO, Barbados, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. 19 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. 27 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. 6 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CRENSHAW, Martha. The Causes of Terrorism. *Comparative Politics*, v. 13, n. 4, p. 379-399, 1981.

_____. The Psychology of Terrorism: An agenda for the 21st Century. *Political Psychology*, v. 21, n. 2, p. 405-420, 2000.

CORTEN, Olivier. Self-defence against terrorists: what can be learned from recent practice (2005-2010)? *Journal of international Law and diplomacy*, p. 129-152, 2010.

DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY. *Budget-in-Brief*: Fiscal Year 2016. 2015. Disponível em: <https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/FY_2016_DHS_Budget_in_Brief.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2016.

DRAFT ARTICLES ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT, with commentaries, 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

ELIASSEN, Kjell. Introduction: The New European Foreign and Security Policy Agenda. In: ELIASSEN, Kjell (Ed.). *Foreign and Security Policy in the European Union*. SAGE Publications, p. 1-8, 1998.

FORST, Brian. *Terrorism, Crime, and Public Policy*. Cambridge University Press, 2008.

GANOR, Boaz. Terrorism in the Twenty-first Century. In: SHAPIRA, Shmuel et al. (Eds.). *Essentials of Terror Medicine***.** Nova Iorque: Springer-Verlag, p. 13-26, 2009.

GARWOOD-GOWERS, Andrew. Self-defence against terrorism in the post- 9/11 World. *Qut Law review*, v. 4, n. 2, p. 1-18, 2004.

GRAY, Christine. *International Law and the use of force.* Oxford: Oxford University Press, 2008.

HOFFMAN, Bruce. Rethinking Terrorism and Counterterrorism Since 9/11. *Studies in Conflict & Terrorism*, n. 25, p. 303-316, 2002.

KESSLER, Giovanni, Terrorism and war. In*:* HOCKING, Jenny; LEWIS, Collen (Eds.). *Counter-Terrorism and the Post-Democratic State*. Edward Elgar Pub, p. 20-27, 2007.

KOLB, Robert. *An introduction to the Law of the United Nations*. Portland: Hart Publishing, 2009.

LIGA DAS NAÇÕES. *Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo*. 1937. Disponível em: <https://www.wdl.org/pt/item/11579/>. Acesso em: 19 dez. 2016.

LUTZ, James; LUTZ, Brenda. *Terrorism:* Origins and Evolution**.** Palgrave Macmillan, 2005.

MALANCZUK, Peter *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. London: Routledge, 1997.

MOLIER, Gelijn. Humanitarian intervention and the Responsibility to Protect After 9/11. *Netherlands international Law review*, p. 37-62, May 2006.

MRÁZEK, Josef. The right to use force in self-defence. *Czech yearbook of Public & Private international Law*, v. 2, p. 33-56, 2011.

NEGROPONTE LETTER TO UN COUNCIL SECURITY PRESIDENT. Disponível em: <http://www.bits.de/public/documents/US_Terrorist_Attacks/negroponte.htm>. Acesso em: 16 mar. 2017.

NIGRO, Raffaella. International terrorism and the use of force against non-State actors. *Istituto per gli studi di politica Internazionale*, n. 50, p. 1-5, luglio 2009.

NIPPEL, Wilfried. Policing Rome. *Journal of Roman Studies*, v. 74, p. 20-29, 1984.

PEARLSTEIN, Richard. *The Mind of the Political Terrorist***.** Rowman & Littlefield Publishers, 1991.

PROTOCOLO I ADICIONAL ÀS CONVENÇÕES DE GENEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO À PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DOS CONFLITOS ARMADOS SEM CARÁTER INTERNACIONAL, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm>. Acesso em: 9 mar. 2017.

RABBIE, Jacob. A behavioral interaction model: Toward a social-psychological framework for studying terrorism. *Terrorism and Political Violence*, v. 3, n. 4, p. 134-163, 1991.

REVILLA MONTOYA, Pablo César. El Terrorismo Global. inicio, desafíos y medios político-jurídicos de enfrentamiento. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 5, p. 405-424, 2005.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHARF, Michael P. How the war against ISIS changes international Law. *Case Western Reserve Journal of international Law*, n. 48, p. 1-54, 2016.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SILKE, Andrew. Cheshire-cat logic: The recurring theme of terrorist abnormality in psychological research. *Psychology, Crime & Law*, v. 4, n. 5, p. 1-69, 1998.

SLOAN, Stephen. *Terrorism*: The Present Threat in Context. London: Bloomsbury Academic, 2006.

SOARES, Flávia Salum Carneiros. O direito à legítima defesa como exceção da proibição do uso da força no contexto pós-criação da ONU. *Encontro do Conpedi*. Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. São Paulo: FUNJAB, v. 22, p. 320-349, 2013.

STARSKI, Paulina. Right to Self-Defence, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the 'Unable and Unwilling' Standard? *Heidelberg Journal of International Law*, p. 455-501, setembro de 2015.

VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa no direito internacional: o artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). *Terrorismo e direito.* Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Editora forense, p. 183-207, 2003.

YOUNG, Robert. Political Terrorism as a Weapon of the Politically Powerless. In: PRIMORATZ, Igor (Ed.). *Terrorism – The Philosophical Issues*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, p. 55-64, 2004.

ZIMMERMANN, Taciano Scheidt. *O uso da força contra entidades não estatais no direito internacional*: limites teóricos-normativos da invocação da legítima defesa contra o "Estado

islâmico" em território sírio (2014-2016). Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

Submissão: 20/03/2017
Aceito para Publicação: 25/11/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

A RECONFIGURAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE SOBERANIA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INTERNACIONAL GLOBALIZADA

THE RECONFIGURATION OF THE LEGAL CONCEPT OF SOVEREIGNTY IN THE CONTEXT OF GLOBALIZED INTERNATIONAL SOCIETY

Paulo Klein Junior[*]

Giovanni Olsson[**]

RESUMO: O estudo objetiva compreender a reconfiguração do conceito jurídico de soberania no contexto da sociedade internacional globalizada. Essa temática constitui uma questão contemporânea, uma vez que retrata situações em curso na sociedade internacional. O tratado assinado após a Guerra dos Trinta Anos, chamado de Paz de Vestfália, rompeu com o sistema medieval e constituiu porta de entrada para a Modernidade. A partir de então, o conceito de soberania foi se desenvolvendo progressivamente. Após as Guerras Mundiais, a globalização despontou, bem como surgiram novos atores internacionais, que reconfiguraram a sociedade internacional. Todos esses fatores colocaram em xeque a soberania estatal fixada no advento da Idade Moderna, proporcionando uma nova compreensão do que é soberania, bem como uma possível readequação de seu conceito. A metodologia utilizada na presente pesquisa consiste no método dedutivo, pela técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania. Globalização. Sociedade Internacional.

ABSTRACT: *The study aims to understand the reconfiguration of the legal concept of sovereignty in the context of globalized international society. This subject constitutes a contemporary question, once it portraits ongoing situations in the international society. The treaty signed after the Thirty Years' War, called Peace of Westphalia, broke up with the medieval system, leading to Modernity. From this moment on, the concept of sovereignty was being developed progressively. After the two World Wars, globalization has emerged, as well as new international actors that reconfigured international society. All these issues challenge State's sovereignty emerged at the advent of Modern Age, making possible a new comprehension of what sovereignty is, and also possible reshaping of its concept. The methodology used in this work consists of the deductive method, through bibliographic research.*

KEYWORDS: *Sovereignty. Globalization. International Society.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Tratado de Vestfália e a Construção do Conceito Moderno de Soberania. 2 A Sociedade Internacional Globalizada. 3 A Soberania Revisitada no Contexto Contemporâneo. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho dedica-se a estudar a reconfiguração do conceito jurídico de soberania no contexto da sociedade internacional globalizada. A escolha deste tema justifica-se pela relevância que apresenta atualmente, por se tratar de uma problemática complexa, porque trata de situações em curso no cenário internacional.

No âmbito das Relações Internacionais, os atores não estatais passaram a ocupar um importante espaço e a exercer um destacado protagonismo no âmbito global, especialmente

[*] Mestrando em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Santa Catarina. Pesquisador bolsista CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq *Relações Internacionais, Direito e Poder*.
[**] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Santa Catarina.

após a emergência do fenômeno da globalização, que proporcionou mudanças significativas no cenário mundial. A globalização foi responsável por tornar a sociedade contemporânea em rede, agora marcada pela informação e comunicação instantâneas.

A partir disso, esses atores começaram a, pouco a pouco, ofuscar a atuação do até então soberano Estado-nação, bem como a influenciarem na própria soberania estatal, que foi saudosamente idolatrada por teóricos no final da Idade Média e início da Idade Moderna. A influência desses atores no cenário internacional, e na própria soberania, é marcada pela capacidade de modificarem inclusive as decisões do Estado a partir dos objetivos com os quais se ocupam.

Com isso, o objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar a reconfiguração do conceito jurídico de soberania no contexto da sociedade internacional globalizada. De forma específica, o presente estudo tem como propósitos: compreender a transição do sistema feudal para o sistema econômico mercantilista; estudar o surgimento da sociedade internacional a partir da Paz de Vestfália; compreender o fenômeno da globalização e seu desdobramento na sociedade internacional; e, por fim, investigar as novas nuances da soberania.

Dessa forma, visando alcançar os objetivos propostos, este estudo divide-se em três momentos: no primeiro momento, a atenção será dedicada para o estudo do Tratado de Vestfália e a construção do conceito moderno de soberania; após, o estudo direciona-se para a conceituação, desenvolvimento e caracterização da sociedade internacional globalizada; e, por fim, será analisado o conceito de soberania revisitado no contexto da contemporaneidade.

Ademais, é necessário iluminar essa nova e incitante realidade, justamente em razão do importante papel exercido pelos atores não estatais, que possuem a capacidade de influenciar o poder de decisão dos Estados e relativizar a soberania estatal. Se busca, assim, verificar a existência de outros instrumentos regulatórios para além do direito estatocêntrico que sejam eficazes na regulação da atuação desses atores no âmbito internacional, que mantenham, ou não, a noção tradicional de soberania.

A metodologia adotada na presente pesquisa consiste no método dedutivo, com pesquisa de caráter qualitativo. Para a realização deste estudo, se utilizou a técnica de pesquisa bibliográfica, e o instrumento de pesquisa utilizado foi o documental.

1 O TRATADO DE VESTFÁLIA E A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO MODERNO DE SOBERANIA

No longo período que compreendeu a Idade Média, o sistema feudal diferenciava-se amplamente da concepção contemporânea que temos de Estado e, propriamente, de sociedade. A força da Igreja Católica, os senhores feudais, e o engessamento hierárquico da estrutura social, dentre outras características amplamente conhecidas, tornaram o período de praticamente mil anos, compreendendo, num sentido amplo, os séculos V a XV, em singular referencial de organização social e política. Contudo, as suas próprias contradições foram o ponto de partida para uma nova era, chamada de Idade Moderna, que modificou de forma completa toda aquela estrutura de estreito vínculo do homem à terra e ao feudo (OLIVEIRA, 2005, p. 13-14).

Na Idade Moderna (séculos XIV e XVII), emergiu a primeira amostra do que viria a ser, posteriormente, o modo de produção capitalista, que se consolidou na contemporaneidade com os efeitos da globalização. No emergente modo de produção, se concentrou a oferta e a procura de produtos manufaturados urbanos, com o surgimento do chamado intermediário, que era uma pessoa que comprava produtos em uma região e especializava-se em vendê-los em outras, com melhores preços e bons lucros, resultando, pois, nos conceitos de mercado, consumidor e valor monetário (OLIVEIRA, 2005, p. 13-14).

Ou seja, houve uma mudança que não se havia visto durante os quase mil anos de Idade Média. Da mesma forma que a economia e a sociedade, como um todo, foram modificando-se, estudiosos passaram a tentar compreender melhor tais mudanças e produzindo reflexões que fundamentaram o estabelecimento de uma nova forma de Estado, despojado de características medievais, e que veio a se constituir no século XVI.

O Estado moderno teve sua fundamentação teórica perpassada por diversos autores, mas com muita importância nos escritos de Nicolau Maquiavel, Jean Bodin e Thomas Hobbes. O primeiro tratou sobre as especificidades da esfera política e o próprio fenômeno político, sendo polêmico e de fama ruidosa. O segundo tratou sobre o conceito de soberania e suas características. E o terceiro, por fim, enfrentou os fundamentos do poder, o estado de natureza e a instituição da sociedade política. Com todos os estudos, o Estado consolidou-se como principal ator da sociedade internacional e centro da articulação política dessa sociedade (BEDIN, 2001, p. 159-163).

A consolidação do Estado moderno, então, conjuntamente como o surgimento da sociedade internacional moderna, conforme ensinado por Bedin, foi palpada pela Paz de Vestfália de 1648. Cada Estado, detentor de sua soberania, estava em pé de igualdade com os demais Estados, isto é, livre de qualquer dependência ou vínculo de subordinação com outro (BEDIN, 2001, p. 159-163). Ou seja, como trazido nas concepções de Hobbes, no âmbito internacional, estavam todos os países numa condição de estado de natureza, se diferenciando, pois, da sociedade política interna de cada nação.

Contribuindo com a explicação, BOSON (1994, p. 37) afirma que, na Paz de Vestfália, assinalou-se um amadurecimento de concepções que desmantelaram o medievalismo continental, sendo contrário à supremacia da religião e de impérios, havendo, portanto, uma consciência geral de uma comunidade de Estados que se encaram em pé de igualdade, os quais podem estabelecer livremente suas políticas e estatutos políticos. Todos livres para estabelecerem suas formas de ação a partir de interesses nacionais e estratégias de ocupação de espaços políticos. Quer dizer, foi um divisor de águas entre o poder da Igreja representado pelo papa e o poder soberano dos Estados modernos.

Destarte, imperativo tratar do que efetivamente foi a Paz de Vestfália, como fato histórico. A partir do ano de 1618, ocorreu a Guerra dos Trinta Anos, que teve sua conclusão com a assinatura de uma série de tratados que constituem o que se convencionou chamar de a Paz de Vestfália, em 1648. Quase todos os países europeus da época participaram das negociações de paz, que se concentraram em duas conferências principais: uma realizada em *Münster* (potências protestantes) e outra em *Osnabrück* (potências católicas) (BEDIN, 2001, p. 168-169).

O marco inicial da guerra foi um evento chamado “defenestração de Praga”, em 1618, que buscou retirar os protestantes da região da Boêmia, à época pertencente ao Sacro Império Romano-Germânico. O episódio de arremessar alguns deles de uma janela tornou-se emblemático, e, por isso, cunhou o termo “defenestrar”. Após, a guerra se “materializou numa luta entre o Império e os Estados alemães, luta de caráter religioso que opunha uma Áustria monárquica e católica aos Estados alemães, feudais e protestantes” (VIGNALI, 1993, p. 163). Aos poucos, conforme explicado por Bedin, o conflito antes local começou a abranger outros países, como França, Suécia e Espanha. A França, país católico, entrou na guerra por questões estratégicas. A Suécia, protestante, por questões religiosas, e a Espanha, católica, por questões

de família e religiosas. Tentando sintetizar sua complexidade histórica, o autor diz que a Guerra dos Trinta Anos foi um conflito "dinástico-religioso" (BEDIN, 2001, p. 170).

Para Odete Maria de OLIVEIRA (2013, p. 135-136), a Paz de Vestfália mudou a compreensão do mundo, afirmando que os Estados da Europa deveriam ser unidos com embasamento em princípios de tolerância mútua e coexistência, e não mais em meras uniões religiosas e políticas. Por isso, aponta três mudanças trazidas: em primeiro lugar, rejeição à ortodoxia religiosa; segundo, possibilidade de representação dos Estados nas discussões da Conferência Geral da Paz; e, terceiro e mais importante, permitiu a difusão da ideia de um continente com múltiplos Estados independentes e reconhecendo o direito deles de seguirem livres e independentes em suas estruturas externas.

MOREIRA (1996, p. 61) contribui, abordando que, à época, a Igreja de Roma assistia à divisão dos fiéis pela Reforma Protestante, perdendo seu poder de arbitragem no mundo. Além disso, personalidades notórias, como Maquiavel, Jean Bodin, Lutero e Calvino, apregoavam a amoralidade do poder estatal e quebra de unidades ideológicas. Assim, para o autor, a Paz de Vestfália representou o reconhecimento de que Igreja não podia mais arbitrar nem mesmo em matérias espirituais, e a forma republicana poderia conviver com a monárquica, sendo o Estado o ponto de referência das relações internacionais. Para ele, em 1648, o Estado estava completamente estabelecido na Europa.

Contudo, há de se verificar que o conflito, além de sua conotação religiosa inicial, continha um jogo de afirmação dos Estados modernos e o Sacro Império Romano-Germânico buscando sua supremacia. A França, mesmo sendo católica, apoiou a Suécia e os Estados protestantes, porque temia uma invasão da Espanha, de um lado, e do Sacro Império, de outro. Contudo, o Imperador do Sacro Império firmou alianças com o rei espanhol visando controlar o avanço do protestantismo na Europa. Até mesmo a Santa Sé apoiou a aliança. Dos conflitos, saiu vitorioso o núcleo França/Suécia/Protestantes, com secularização de principados da Santa Sé e entrada de Estados protestantes no cenário internacional (BEDIN, 2001, p. 172).

Outro ponto a destacar é que, com o término da Guerra dos Trinta Anos, o Sacro Império Romano-Germânico permaneceu existindo, mas reconstituído, por assim dizer, por um agrupamento de Estados ao mesmo tempo independentes, mas regidos pelo poder de um só imperador (WIGHT, 1985, p. 21). Ou seja, uma entidade política anômala de vários Estados, muito ligados, mas cujos membros conservam sua soberania. Essa concepção foi assumindo o conceito e a forma de um sistema de Estados, quer dizer, o "sistema de Estados europeu".



OLIVEIRA (2013, p. 136-137), nesse ponto, afirma que havia uma concepção de "unidade na diversidade", isto é, a Europa com um sistema de instituições políticas homogeneizado se comparado com o mundo "não europeu". E a diversidade, representada nos idiomas, fé religiosa, apoio à língua francesa como meio de comunicação diplomático e no meio aristocrático. Acrescenta, ainda, que a Europa poderia quase que ser considerada uma única sociedade, espécie mista de nação de nações, cujos membros estavam ligados uns aos outros por um corpo de leis internacionais. Em outras palavras, o sistema de Estados europeu, após a Paz de Vestfália, tinha pluralidade de unidades, cada qual com seus microssistemas específicos, e o que unia tais unidades era o vínculo formal à associação de comunidades políticas independentes, por meio das quais se garantiam tanto a liberdade (soberania, por assim dizer) como a individualidade cultural.

Na mesma trilha, o sistema de Estados constituído entre os séculos XV e XVIII era extremamente heterogêneo, até mesmo baseado em laços de parentesco entre os soberanos (o que também justificou as alianças durante a Guerra dos Trinta Anos, já abordada). Depois da Paz de Vestfália, esse sistema de Estados aumentou por ducados, principados, cidades livres e outros estratos, bem como as possessões controladas pela Igreja Católica, e confederações, como a Suíça e Holanda. Para OLIVEIRA (2013, p. 137), somente no século XVI o Estado começou, de forma gradativa, a apresentar a forma de poder público (governante e governados) dentro de um certo território definido.

Nesse ensejo, conforme já discorrido, a Paz de Vestfália foi concretizada em duas cidades diferentes: os protestantes em uma, e os católicos em outra. Isso se explica porque a Suécia, vencedora da guerra, não admitia um enviado do papa para estabelecer negociações, alegando sua parcialidade, exigindo, pois, que os Estados de maioria protestante se reunissem em separado. O documento assinado se denominou Tratado de Paz, que continha dentre seus princípios fundamentais: soberania dos Estados modernos, igualdade entre os Estados, sem necessidade de aprovação de outros entres, e liberdade religiosa. O papa recusou-se a assinar o documento. O imperador do Sacro Império assentiu com o acordo, transformando o império, como visto, numa instituição política mais formal, porque cada unidade deteve autonomia para celebrar tratados e estabelecer suas próprias diretrizes (BEDIN, 2001, p. 173).

Assim, o conjunto dos princípios elencados na Paz de Vestfália formou o núcleo primordial da sociedade internacional moderna. KRIPPENDORFF (1993, p. 80) atenta que o tratado, que ocorreu há quase quatrocentos anos, foi a primeira tentativa para se estabelecer

uma ordem internacional no mundo moderno. Além disso, para o estudioso, foi marco também para o surgimento do direito internacional público, conceito de equilíbrio de poderes e institucionalização da diplomacia, dentre outros. Isto é, ante todos os fatos, se rompeu totalmente com os resquícios da sociedade medieval/feudal, se formando uma sociedade internacional pautada em novos valores e novos sistemas.

Dominique CARREAU e Jahyr-Philippe BICHARA corroboram essa interpretação acerca a consagração do Estado soberano pelos Tratados de Vestfália. Para eles, o Estado moderno foi vagarosamente sendo constituído como "uma entidade política soberana, dispondo de uma administração permanente e exercendo sua jurisdição exclusiva sobre um território e uma população bem determinados" (2015, p. 11). Da mesma forma que ensinado por Oliveira e Bedin, a partir dessas premissas, ou melhor, desses elementos constitutivos do Estado moderno, as relações internacionais modernas realçariam Estados soberanos e juridicamente iguais, os quais viriam a regulamentar suas decisões por meio de tratados internacionais. Ou seja, demarcando a Paz de Vesftália como "ponto de partida do direito internacional, denominado de clássico que rege a relação entre os Estados soberanos" (CARREAU; BICHARA, 2015, p. 11).

Importante, pois, conceituar e compreender os elementos do Estado moderno, apresentados por Carreau e Bichara. Território é o resquício da noção medieval de "posse do solo" pelo senhor feudal. É o limite geográfico no qual se exercem a competência e a autoridade estatais. No interior do território, o Estado exerce jurisdição plena. Nação corresponde à noção de pertencimento dos indivíduos que habitam um Estado, de fazerem parte de uma mesma história e um desejo de manter esses laços de solidariedade e unidade. A administração permanente, por sua vez, envolve a concepção de um corpo público perene, ao ponto de que administrações privadas desaparecem, dispondo o Estado moderno do monopólio da administração pública e da força militar (CARREAU; BICHARA, 2015, p. 10).

Complementando, OLIVEIRA (2013, p. 138) atenta que reconhecer um Estado de fato como Estado de Direito (reconhecido internacionalmente perante os demais) foi, e é, um ato complexo, apresentando um duplo aspecto: político e jurídico. Além disso, ao longo de sua evolução, os Estados adquiriram o monopólio da coerção militar, assumindo assento de privilégio na vida internacional, formando, como visto, a sociedade internacional, que Oliveira trata como "uma aristocracia internacional de Estados soberanos e independentes", das quais foram surgindo grandes potências, chamadas de "oligarquias internacionais".

Sendo assim, conforme elencado pelos autores, a Paz de Vestfália foi um marco que instituiu, por assim dizer, uma era de desenvolvimento do Estado, com elementos constitutivos ainda presentes nos dias atuais. E, ainda mais importante, com o advento da noção de soberania. A partir dessa compreensão inicial acerca do Tratado de Vestfália e a construção do conceito moderno de soberania, importante adentrar, mais detalhadamente, no recorte da sociedade internacional globalizada, que vem, contemporaneamente, por atravessar fronteiras e relativizar essa soberania então construída.

2 A SOCIEDADE INTERNACIONAL GLOBALIZADA

A sociedade internacional, compreendida no seu viés clássico, compunha-se dos tradicionais Estados-nação, chamados de "atores estatais" no âmbito das Relações Internacionais. Com o passar do tempo, esse protagonismo de poder estatal, por conta de uma série de fatores, foi sendo alterado, com a inserção de outros personagens, chamados não por acaso de "atores não estatais". Com isso, se estabeleceram relações não mais "entre nações" (internacionais), mas sim "através de nações" (transnacionais), com fluxos econômicos, sociais e políticos que atravessaram as fronteiras e relativizaram a soberania.

Odete Maria de OLIVEIRA (2013, p. 192-202) ensina que "qualquer estudo sobre as Relações Internacionais concentra, desde seu início, atenção especial à referência do Estado". Isto é, representa um marco obrigatório nesse âmbito de estudos, porque foi, tradicionalmente, o único protagonista de poder. Contudo, com o avanço da globalização e formação de blocos econômicos, o conceito de soberania absoluta do ente estatal foi relativizado. Elementos territoriais, populacionais, políticos e militares, os quais são essenciais para composição dos Estados, acabaram por serem fatores que implicaram no enfraquecimento de vários deles, muito por conta das disparidades existentes.

A sociedade internacional clássica do século XIX era composta exclusivamente de Estados que apresentavam estruturas políticas hegemônicas, com exemplos esparsos de "organizações internacionais", sendo, assim, uma estrutura simples. Em 1815, por exemplo, havia apenas quinze coletividades estatais. Até antes da Primeira Guerra Mundial, não havia mais que quarenta. Se verifica que a esfera geográfica do direito internacional estendeu-se ao longo do século XIX, com o reconhecimento das repúblicas latino-americanas, do Japão, do

Império Otomano e da China, que foram sendo integrados ao conceito de nação (CARREAU; BICHARA, 2015, p. 13).

Arno DAL RI JÚNIOR (2013, p. 129) aponta que, primeiramente, havia uma comunidade internacional, que depois veio a transformar-se numa sociedade internacional. Para fundamentar essa afirmação, apresenta os pensamentos de Hugo Grotius, Thomas Hobbes e Immanuel Kant, que, de uma forma ou outra, trataram a respeito da sociedade internacional, bem como da soberania.

De Grotius, o autor extrai a ideia de que o Direito deveria dedicar-se a investigar as causas da sua investidura no fundamento da soberania do povo. E ao Direito Internacional, deveria ser imposto o exame da soberania comum, não podendo ser mensurada a forma política dos Estados (DAL RI JÚNIOR, 2013, p. 129).

Da obra de Hobbes, o autor atenta que, da mesma forma que os indivíduos, os Estados, no âmbito da sociedade internacional, se encontram num "estado de natureza", cuja principal característica contempla a condição de igualdade entre os entes. Por isso, para o pensador, nessas condições é inevitável que eles se tornem inimigos, sendo necessários regramentos para contê-los. O pensamento de Hobbes é refletido, também, nos escritos de Immanuel Kant, o qual considera o estado de natureza como um estado de guerra contínuo (DAL RI JÚNIOR, 2013, p. 132-145).

Assim, durante muito tempo, houve uma certa anarquia na estrutura internacional, sem regramentos que vinculassem os Estados soberanos. Entre as características da sociedade internacional moderna, porém, se encontram, basicamente, a abrangência de todas as entidades políticas soberanas do globo, a inexistência de um poder supranacional e articulação a partir de várias unidades políticas (BEDIN, 2001, p. 190-197). Todavia, o equilíbrio de poder não é tão igualitário quanto imaginado. Há uma constante luta pelo poder, que pode ser expressa ou acontecer nos bastidores.

Além de todas as transformações e na afirmação da sociedade internacional, despontou o fenômeno da globalização, que teve grande pertinência nas relações internacionais. Estudos recentes (OLSSON, 2013, p. 539-547) concentram a natureza do fenômeno em torno de duas visões. Em uma visão quantitativa (baseada no aumento ou acréscimo das relações internacionais), seria fenômeno antigo, surgido já com as grandes navegações. Numa visão qualitativa (observada a peculiar natureza dos fluxos internacionais), porém, seria um fenômeno recente, com surgimento entre as décadas de 1960 e 1970.

Contudo, o conceito de globalização não é tarefa fácil. OLEA E FLORES (1999, p. 288 e ss.), de um lado, atentam que a globalização é, de certa forma, um fenômeno irreversível, porque os avanços tecnológicos transformaram a vida em sociedade. De outro lado, os autores acreditam que a globalização é um fenômeno que deve ser controlado, ou seja, "apresenta potencialidades emancipatórias que devem ser retomadas, com o redirecionamento da globalização neoliberal hegemônica atual para uma globalização alternativa ou includente". Isto é, são necessárias medidas para reorientar os rumos do fenômeno, já que irreversível, utilizar de suas consequências para fins que incluam.

A respeito do mesmo tema, GUEDES (2013, p. 583) enfatiza que o fenômeno da globalização é um processo pelo qual atividades estatais são desagregadas em favor de uma estrutura de relações entre diferentes atores, que operam em um contexto que é global, ao invés de meramente internacional. Para ela, implicações da globalização para os Estados seriam a perda da soberania e perda de controle dos processos de decisões. Porém, afirma que somente alguns setores assumem essa problematização, quais sejam: economia política internacional focada na economia global, estudos culturais focados na cultura global, e sociologia global focada em movimentos transnacionais.

Há pelo menos quatro dimensões da globalização: política, econômica, jurídica e sociocultural. A econômica envolve setores como a financeirização da economia e a transnacionalidade sobre os fatores econômicos locais. A dimensão sociocultural envolve questões como identidade cultural dos indivíduos, com o uso recorrente de termos já notórios, como "aldeia global". A política traz problemáticas como a perda da centralidade política do Estado-nação. E a dimensão jurídica, por sua vez, veicula a problemática da limitação de implementação de normas estatais, referindo-se às influências no direito como meio de regulação social (OLSSON, 2013, p. 544-546).

Interessante a opinião de Malcolm M. SHAW (2006, p. 48-49) a respeito da globalização. Para o autor, esta é um movimento de interdependência encontrado em bases culturais, econômicas e de comunicação, operando independentemente de regulação nacional. Isso vem a trazer à tona disputas de natureza ideológica, que tratam, por exemplo, da relação entre livre comércio e proteção ambiental. A isso se somam pressões por democracia e direitos humanos, ambos operando como um certo contrabalanceamento à clássica ênfase da soberania territorial e jurisdição estatal, tão em descompasso frente à nova sociedade internacional.

Foi constituída, pois, uma sociedade internacional, cujas características principais são a composição por vários atores internacionais, quais sejam, Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais e empresas transnacionais. Isto é, além do tradicional ator Estado, apresentou-se um número crescente de protagonistas no cenário global, devido às reconfigurações e fragmentações, bem como o desenvolvimento do paradigma da interdependência, consolidado nos anos 1970.

Como em qualquer outra sociedade típica, a estrutura da sociedade internacional tem elementos diversos, embasados pelos diferentes momentos históricos registrados ao longo do tempo: extensão espacial, estrutura espacial, estratificação, institucionalização, polarização e homogeneidade-heterogeneidade (OLIVEIRA, 2013, p. 151).

Destarte, o Estado contemporâneo tem pouca semelhança com o seus antecessores do século XVI ou mesmo do início do século XX. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, houve turbulências na sociedade internacional, que, para CARREAU e BICHARA (2015, p. 20), foram em dois planos. No plano horizontal, entram em cena novos atores internacionais, passando a sociedade a tornar-se heterogênea. No plano vertical, novos e numerosos campos aparecem e ampliam a esfera de influência do direito internacional.

A sociedade internacional moderna jamais foi meramente internacional. Desde a sua formação é também transnacional, trazendo em si relações livres a transpor fronteiras, assim como tem sido geopolítica, abrangendo relações entre grupos de Estados, conforme a configuração espacial do poder e dos fatores naturais (físicos) fundamentadores das qualidades internas de cada entre (SANTOS JUNIOR, 2013, p. 649). Ou seja, a consolidação do sistema internacional surge de um regime de normas e regulamentos dispostos no Tratado de Vestfália, que limitava e dava poder aos contratantes.

Acrescentam CARREAU e BICHARA (2015, p. 21-2) que, "antes de tudo, e de modo geral, a soberania do Estado aparece cada vez mais como um mito, especialmente em sua vertente econômica". E, além disso, a perda da soberania econômica, devido ao crescimento considerável e regular do comércio internacional, afeta diretamente a soberania política, também: "a globalização crescente da economia convida a repensar inteiramente o conceito de soberania do Estado".

Em seguimento, e nesse contexto, no próximo tópico abordar-se-á como a soberania precisa ser reconceitualizada, ou, ao menos, rediscutida, no âmbito do Direito.

3 A SOBERANIA REVISITADA NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

De 1945 (fim da Segunda Guerra Mundial) até fins da década de 1980, o desenho das relações internacionais era embasado em três características principais: rivalidade entre os centros de poder Estados Unidos da América (EUA) e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS); questões não políticas sob tratamento estratégico-militar; e ideologia como um contínuo elo de ligação dos temas das relações. A partir do colapso do regime comunista, a questão armamentista perdeu força, e o novo desenho da ordem internacional denotou a formação de um mercado mundial, que, segundo SANTOS JUNIOR (2013, p. 637), entrelaçou o conjunto das economias nacionais, o que vem a potencializar mobilidade de fluxos econômicos, de conhecimentos, de economia, informações, etc.

A moderna ideia de soberania firmou-se, de início, pela combinação das teses de Jean Bodin e do Tratado de Vestfália, como já exposto, em poder estatal como autoridade máxima em política externa e interna (SANTOS JUNIOR, 2013, p. 630). As relações entre nações, dessa forma, estão montadas em torno da dualidade autoridade e poder, ou seja, os Estados nacionais não estão subordinados a qualquer forma de poder, a não ser por vontade própria, quando da celebração de tratados determinadores de limites legais a suas autonomias.

Partindo dessa concepção inicial, Malcolm M. SHAW (p. 198, 213, 379), a respeito da soberania, conceitua Estado como uma comunidade que consiste de território e população sujeitos a uma autoridade política organizada, e que tal Estado é caracterizado pela sua soberania. Afirma que os princípios que cercam a soberania, como não intervenção, são necessários na manutenção de um sistema razoavelmente estável de Estados equitativos. Ainda, assevera que fixar alguns limites aos poderes estatais contribui para estabilizar a ordem legal.

Luigi FERRAJOLI (2007, p. IX-X), por sua vez, afirma que a ideia de soberania não tem a ver com uma sujeição do poder à lei, nem mesmo é compatível com cartas internacionais de direitos. Assim, em sua obra, apresenta que, num Estado de Direito, onde todos se submetem à lei, se dissolve a soberania como poder livre das leis e que não reconhece superior algum. E, pois, todos os poderes são subordinados ao direito. Ou seja, Ferrajoli critica a imagem do Estado nacional unitário, citando a globalização econômica como óbice, porque ela tem exigido reformas estruturais que, de um lado, parecem enfraquecer o Estado, e, de outro, exigem Estados cada vez mais fortes, apontando a formação de blocos econômicos e fóruns internacionais como consequência.

Nessa lógica, a soberania reclama, imediatamente, para sua compreensão plena, o conceito de poder, uma vez que o Estado se diferencia dos atores não estatais por deter a autoridade máxima, inexistente nas demais formas de organização social (BARACHO, 1987, p. 16). Se entende, pois, que poder e soberania são partes de um mesmo fenômeno, no qual, a chamada teoria clássica defende o direito de "ab-rogar a lei e a qualidade exclusiva de manter o monopólio da violência como transformadores do Estado num poder inquestionável" (SANTOS JUNIOR, 2013, p. 631). Ou seja, os conceitos de Estado e soberania partem da concepção de que se forjam racionalmente pela vontade de seus membros politicamente organizados e criadores de uma ordem imperativa.

Nesse ensejo, cumpre mencionar o chamado princípio da autonomia da vontade, imperante no Direito Internacional Privado, em que têm as partes poder de acordarem o direito que lhes será aplicável. O avanço desse princípio, segundo RODRÍGUEZ (2015, p. 91), é uma relativização da soberania, sendo tendência recente no Direito Internacional privado, provavelmente vindo a se aprofundar nos próximos anos.

Em adição, SANTOS JUNIOR (2013, p. 636) trata das diferenças conceituais trazidas por autores alemães e franceses acerca da titularidade da soberania, sintetizando que, em suma, a soberania manifesta-se em uma dimensão interna e outra externa. Na interna, o Estado enquadra todos os atores constantes em um determinado território. Na externa, por sua vez, o ente tem independência política para debater com outros Estados. Ao poder público, é delegado o direito de declarar guerra contra nações inimigas.

Em outras palavras, a noção de soberania é intimamente ligada à independência do poder estatal para manter, sob sua égide, no âmbito interno, o conjunto de atores não estatais, e, na arena internacional, agir como um poder organizado na defesa dos nacionais.

Dando seguimento, CARREAU e BICHARA (2015, p. 22-23) estabelecem um panorama geral da situação estatal no mundo contemporâneo. Em um número razoável de Estados, as administrações locais são muitas vezes mais teóricas que reais, e só exercem um controle nominal sobre amplas porções do território nacional. Soberania nos novos Estados é mais um dogma do que uma realidade. Uma realidade enfrentada, segundo os autores, a título de exemplo, pelos microestados. Em dados de 2005, 87 Estados possuíam menos de 5 milhões de habitantes, 58 menos de 2,5 milhões, e 35 menos de 500 mil. Isso tudo gera instabilidade e vulnerabilidade.

Quanto à suposta crise estatal, FERRAJOLI (2007, p. 48-49) preconiza que o Estado nacional, como ente soberano, está numa crise que advém de fatores "de baixo" e "de cima". Estes, por conta da transferência, por assim dizer, de grande parte de suas funções para sedes supraestatais, como por exemplo, política monetária, controle da economia e defesa militar. Aqueles, por conta de processos de desagregação interna que vem sendo "engatilhados" pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, o que vem a tornar como precário o cumprimento, segundo o autor, de duas grandes funções estatais, quais sejam, unificação nacional e pacificação interna.

E continua, apostando numa possível integração mundial baseada no Direito. Para o autor, a soberania externa sempre teve como justificativa uma proteção contra inimigos externos (vide "estado de natureza" discorrido em Hobbes). Contudo, assevera que a decadência de blocos contrapostos, intensificação da interdependência e não obediência das diretrizes internacionais, como direitos humanos e paz, produzem profunda crise de legitimação dessas soberanias, e de relações cada vez mais assimétricas entre países ricos e países pobres. Ou seja, um sistema, que, segundo o autor, não parece ser tolerável, num longo prazo, pelos próprios ordenamentos jurídicos dos países avançados (FERRAJOLI, 2007, p. 48).

Ademais, conflitos ideológicos tornaram-se presentes, porque os regimes políticos adotados por mais de 190 Estados baseiam-se em filosofias e concepções opostas, como o exemplo dos conflitos Leste-Oeste, que persistiram por quase cinquenta anos (1945-1989). O sistema econômico, que, na modernidade clássica, abrangia as chamadas "virtudes do capitalismo", na diferença entre o político/*imperium* (reservado ao Estado garantidor) e o econômico/*dominium* (reservado à iniciativa privada), foi abalado com a Revolução Russa de 1917, a qual, até 1989, modificou o modelo econômico de mais de metade da população mundial. Marcante, também, a atual contestação dos valores ocidentais, com aparecimento de forças político-religiosas indo de encontro às noções tradicionais de Estados e de fronteiras sobre as quais o direito internacional contemporâneo continua baseado (CARREAU; BICHARA, 2015, p. 23-24).

Em toda a conjuntura apontada, com integração econômica e entrelaçamento de políticas nacionais, considera-se que o conceito de soberania fica encoberto por "brumas", conforme descrito por SANTOS JUNIOR (2013, p. 638), isto é, obscurece a atuação do Estado como detentor do poder. Dessa forma, há aqueles que defendem o fim do Estado (Oliveira, Carreau e Bichara, e Ferrajoli, por exemplo), afirmando que a soberania é um instituto

"anacrônico" nas relações internacionais. Isso sem falar que o processo de globalização dificulta o controle de fronteiras nacionais e questões migratórias e comerciais direcionadas a âmbitos flexíveis de jurisdição, por exemplo.

Isto é, o direito internacional está tão heterogêneo, que se torna cada vez mais difícil a definição de objetos comuns. Com efeito, se efetivamente as coletividades estatais estão sujeitas ao mesmo direito em virtude da igualdade soberana, essa uniformidade do direito internacional está sendo contestada por Estados mais fracos, em geral os países em desenvolvimento, que militam a favor de um direito internacional reformador, que leve em consideração as desigualdades políticas e econômicas. Essa reivindicação faz lembrar que a evolução do direito interno das democracias industriais, desde mais de um século, se baseia numa concepção "real", e não apenas "formal", da soberania do Estado, segundo a qual seria inviável tratar com igualdade sujeitos de direito que se encontram em situações de fato muito diferenciadas e desiguais (CARREAU E BICHARA, 2015, p. 25).

Contudo, embora a globalização tenha, nos anos 1980 e 1990, retirado alguns dos poderes do Estado, outros se expandiram, como a intervenção na vida privada que vai de encontro aos princípios de uma sociedade liberal, além do surgimento de novas demandas, como proteção contra a degradação do meio ambiente, contra o terrorismo, contra a xenofobia, contra o narcotráfico, dentre outros. Michael MANN (1993, p. 118), dessa forma, afirma que o Estado-nação não está declinando, mas em certas situações, se expandindo, exemplificando que setores como recursos militares, infraestrutura de comunicação, regulamentos, ideia de nação e integração social, ainda estão enquadrados por ele.

SANTOS JUNIOR (2013, p. 670-672) ainda afirma que a queda no conceito de soberania não encontra uma sustentação teórica satisfatória, fundamentando que, apesar do processo de globalização, os Estados continuam mantendo o controle dos principais mecanismos de poder. Sustenta, portanto, que, ao menos num curto período, não há como os Estados perderem suas prerrogativas, definidas por Bodin na época da Paz de Vestfália, quais sejam, responsabilidade pelo bem-estar dos nacionais, manutenção da ordem, sancionar, derrogar leis, etc. O que ocorre, na verdade, é uma desigualdade na distribuição de poder entre Estado e demais atores internacionais.

Além do mais, faz menção à teoria da interdependência, elaborada por Robert Keohane, que diferencia soberania de autonomia. Para este, autonomia é a capacidade de movimentação dos Estados no interior do sistema internacional, enquanto que soberania é a independência do

Estado para legislar sobre qualquer matéria, e que, mesmo se submetendo a acordos, não deixa de ser soberano. Assim, aponta que a ascensão do poderio econômico e de mecanismos multilaterais traz consequências para relação entre Estado e sociedade, mas não retira a soberania, não havendo, pois, eliminação da soberania (SANTOS JUNIOR, 2013, p. 672).

Não se pode deixar de corroborar que há sim crise estatal, a qual pode ser observada em diversas perspectivas, como social, política, econômica e jurídica, muito por conta dos efeitos da globalização. Dessa forma, o Estado passa, no momento contemporâneo, a desempenhar papéis diferentes daqueles da Idade Moderna, especialmente menores, pela perda de sua centralidade na organização da sociedade como um todo.

Arno DAL RI JÚNIOR (2013, p. 151), no que tange à soberania, recorda o momento delicado pelo qual vem passando a realidade internacional. Para ele, trata-se de problemas antigos que estão com uma nova roupagem. Afirma que não há teorias suficientes que possam dar soluções a tais questionamentos, tendo convicção de que seria interessante haver fortalecimento do componente histórico-filosófico da matéria, muito porque, com a ascensão de novos atores internacionais, globalização, dentre outros fenômenos, torna-se um ambiente de grandes mutações e de difícil compreensão.

É notório, destarte, que, na nova ordem política mundial, as relações sociais estão mais complexas. Com novos atores internacionais ingressando, fazem-se necessárias decisões internacionais resultantes de um processo coletivo. Além disso, conforme observado pelos autores, o Estado continua como ator importante nas relações internacionais, porque as negociações e resoluções de várias questões internacionais ainda transitam por esses entes estatais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, se buscou elucidar a reconfiguração do conceito legal de soberania no contexto da sociedade internacional globalizada. Para isso, se recorreu, de início, ao marco delimitador que rompeu com o sistema econômico e social da Idade Média (feudalismo) com a Idade Moderna: a Paz de Vestfália. Como visto, esse evento, que encerrou a Guerra dos Trinta Anos, foi um divisor de águas entre o poder eclesiástico, feudal, e o poder soberano dos Estados modernos, e foi basilar para consolidar a noção de soberania estatal, colocando os Estados em pé de igualdade formal uns com os outros.

Por isso, em seguida, tratou-se da sociedade internacional globalizada, que, de início, fora composta exclusivamente pelos soberanos Estados-nação, que, como explicado por Hobbes, estavam em "estado de natureza" no âmbito internacional. Contudo, com o passar do século XX, com a ocorrência das duas Guerras Mundiais, dentre outros fatores, foram surgindo novos atores internacionais que vieram a reconfigurar esse tradicional sistema estatocêntrico delineado séculos antes na Paz de Vestfália. Isso sem falar na influência da globalização, que, conforme estudado, numa concepção qualitativa, é um fenômeno recente, despontado nas décadas de 1960 e 1970 e que integrou o mundo em uma complexa rede.

Ante o exposto, pois, com toda a transformação ocorrida na sociedade internacional, questiona-se o contexto da soberania na Idade Contemporânea, porque não se pode negar que o original conceito e seu embasamento sofreram alterações movidas por fatores sociais, políticos e econômicos. A doutrina aponta que a soberania tem uma dimensão externa e interna, e a externa é tida tradicionalmente como absoluta. Todavia, observa-se que as disparidades entre os Estados são imensas, o que relativiza, e muito, a concepção original de soberania.

Isso sem falar nos conflitos ideológicos, influências de regimes políticos e até mesmo aspectos religiosos, que impactam a concepção de soberania. Por isso, pelo embasamento teórico verificado na realização deste estudo, conclui-se que, em certos aspectos, um retrocesso no conceito é visível, revisitando-se certas concepções da própria Idade Média, como a forte influência na vida privada dos nacionais. Em outros, embora alguns teóricos apontem que não há uma total ruptura do tradicional conceito de soberania, é possível concluir que em diversos setores já houve um rompimento com aquele contexto, como na disparidade entre poderes econômicos e tecnológicos globalizados, por exemplo.

Por fim, e embora o Estado seja, num resumo simplista, o principal ator internacional, ao menos formalmente (aqui fazendo uma alusão/comparação ao Sacro Império Romano Germânico pós Paz de Vestfália), há que se reconhecer seu declínio, já observado e debatido em diversos escritos. Assim, são imperativas decisões e remodelações da sociedade internacional que abarquem o coletivo, que não mais tratem as unidades estatais como herméticas e isoladas, mas pautadas em solidariedade, visando relembrar pressupostos de "vida em sociedade" que talvez venham se perdendo ao longo dos anos.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 63-64, p. 7-137, jul. 1986, jan. 1987.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

BOSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público*: o Estado em direitos das gentes. Belo Horizonte: Del Rey: 1994.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. *Direito Internacional*. S.t. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Tradições do Pensamento às Teorias Internacionais: Hugo Grotius, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; JÚNIOR, Arno Dal Ri (Orgs.). *Relações Internacionais*: interdependência e sociedade global. Ijuí: Unijuí, p. 115-155, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*: nascimento e crise do Estado nacional. 2. ed. Tradução de Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho. Revisão da tradução por Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUEDES, Ana Lucia. Globalização e Interdependência: Reconhecendo a Importância das Relações entre Governos e Empresas Transnacionais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; JÚNIOR, Arno Dal Ri (Orgs.). *Relações Internacionais*: interdependência e sociedade global. Ijuí: Unijuí, p. 565-598, 2013.

KRIPPENDORFF, Ekkehart. *Las relaciones internacionales como ciencia*: introducción. Trad. Angelika Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

MANN, Michael. *Nation-States in Europe and Other Continents*: Diversifying, Developing, not Dying. Daedalus, v. 123, n. 3, p. 115-140, 1993.

OLEA, Víctor Flores; FLORES, Abelardo Mariña. *Crítica de la Globalidad*: Dominación y Liberación en Nuestro Tiempo. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

OLSSON, Giovanni. Globalização e Atores Internacionais: Uma Leitura Na Sociedade Internacional Contemporânea. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; JÚNIOR, Arno Dal Ri (Orgs.). *Relações Internacionais*: interdependência e sociedade global. Ijuí: Unijuí, p. 537-563, 2013.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Teorias globais e suas revoluções*: impérios de poder e modos de produção. v. 2. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

_____. *Relações Internacionais*: estudos de introdução. 2. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. *Direito Aplicável e Arbitragem Internacional*. Tradução de Frederico E. Z. Glitz. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos. As Brumas da Soberania ou Injunções da Globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; JÚNIOR, Arno Dal Ri (Orgs.). *Relações Internacionais*: interdependência e sociedade global. Ijuí: Ed. Unijuí, p. 629-679, 2013.

SHAW, Malcolm M. *International Law*. 6. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2008.

VIGNALI, Heber Arbuet (Dir.). *Lecciones de historia de las relaciones internacionales*. T I. Montevideo: Cultura Universitaria, 1993.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. Tradução de Carlos Sérgio Duarte. Brasília: UnB, 1985.

Submissão: 04/08/2017
Aceito para Publicação: 01/11/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA EM CONTRATOS INTERNACIONAIS DE FORNECIMENTO – DESENVOLVENDO A INDÚSTRIA LOCAL

TECHNOLOGY TRANSFER IN SUPPLY INTERNATIONAL AGREEMENTS – DEVELOPING THE LOCAL INDUSTRY

Caetano Dias Corrêa*

Patrícia Loureiro Abreu Alves Barbora**

RESUMO: A transferência de tecnologia é necessária para a execução de contratos de fornecimento de equipamentos, por meio de patentes ou know-how, tendo em vista sua necessidade para a operação e manutenção regular do equipamento por parte do contratante, inclusive para além do prazo de garantia. Não obstante, os termos e condições da transferência de tecnologia não são adequadamente estabelecidos nos contratos celebrados pelos contratados. A fim de evitar futuras controvérsias sobre essa questão, é obrigatória a disposição pontual dos artigos relacionados à transferência de tecnologia no contrato celebrado pelas partes. A previsão dos termos apropriados de transferência de tecnologia em contratos internacionais é útil para melhorar a indústria local e o desenvolvimento do país. Nesse sentido, o presente trabalho visa a pontuar, a partir do método dedutivo, de que forma e são fixadas as condições referentes à transferência de tecnologia em contratos internacionais de fornecimento de equipamentos celebrados no Brasil, bem como as possibilidades de compreensão de tal dinâmica como instrumento de desenvolvimento, a partir da transmissão de conhecimento oriundo de países desenvolvidos aos países em desenvolvimento. Para tanto, em sua primeira seção, busca perceber a correta compreensão do atual panorama de conformação da sociedade – a sociedade da informação – em suas origens, características e dinâmicas, assim como do próprio conceito de desenvolvimento. Em seguida, na segunda parte, relaciona referidos temas em uma análise que compreende sua complexidade, apresentando as formas de transferência de tecnologia usualmente contratadas em especifico, por meio de contratos de fornecimento de equipamentos de engenharia.

PALAVRAS-CHAVE: Transferência de Tecnologia. Desenvolvimento. Contratos Internacionais.

ABSTRACT: *Technology transfer is necessary for the accomplishment of equipment supply agreement, either using patents or know how process. This operation serves to the regular equipment operation and maintenance by contractor also to permit the regular execution of the equipment further the guarantee term. Notwithstanding, the terms and conditions of technology transfer are not properly settle in the agreements executed by contractors. In order to avoid future controversies about this question is mandatory the punctual disposition of the articles related to technology transfer in the agreement executed by the parties. The appropriated terms of transfer of technology in international contracts is helpful to improve the local industry and the development of the country. In this sense, the present work aims to present, from the deductive method, how the conditions related to the transfer of technology in international contracts of equipment supply in Brazil are set, as well as the possibilities of understanding such dynamics as instrument of development, from the transmission of knowledge from developed countries to developing countries. For this purpose, in its first section, it seeks to verify the correct understanding of the current panorama of the formation of society - the information society - in its origins, characteristics and dynamics, as well as the concept of development itself. Then, in the second part, it relates these themes in an analysis that understands its complexity, presenting the forms of transfer of technology usually contracted in specific, through contracts of supply of engineering equipment.*

KEYWORDS: *Technology Transfer. Development. International Contracts.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Tecnologia, Desenvolvimento e Sociedade da Informação. 1.1 Aspectos Conceituais da Sociedade da Informação. 1.2 A Tecnologia como Base e como Destino da Sociedade da Informação. 1.3 Transferência de tecnologia e desenvolvimento. 2 Contratos de Transferência de Tecnologia. 2.1 Aspectos Conceituais. 2.2 Formas de Transferência de Tecnologia. 2.3 Transferência de Tecnologia por meio de Contratos de Fornecimento de Equipamentos. Conclusão. Referências.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Curso de Graduação e Especialização em Direito do Centro Universitário Católico de Santa Catarina.

** Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Visitante de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Administração de Empresas no Centro de Ciências da Administração e Socioeconômicas da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a pontuar, de maneira sucinta, a partir do método dedutivo, de que forma e com base em quais critérios jurídicos são fixados os termos, condições e cláusulas referentes à transferência de tecnologia em contratos internacionais de fornecimento de equipamentos celebrados no Brasil, bem como as possibilidades de compreensão de tal dinâmica como instrumento de desenvolvimento, a partir da transmissão de processos, informação e conhecimentos oriundos de países desenvolvidos (geralmente detentores da tecnologia) aos países em desenvolvimento.

Todavia, a correta compreensão do panorama demanda uma revisão teórica acerca do atual modelo de conformação da sociedade – a sociedade da informação – em suas origens, principais características e dinâmicas, assim como do próprio conceito de desenvolvimento, a fim de que se possa, posteriormente, relacionar referidos temas em uma análise que compreenda sua inter-relação e complexidade.

Assim, o primeiro tópico se ocupará em apresentar os aspectos conceituais necessários ao entendimento do tema proposto. O segundo, por sua vez, se debruçará especificamente sobre os contratos em tela, de modo a verificar as possibilidades de pactuação da transferência de tecnologia e suas principais consequências.

A segunda parte deste artigo, por sua vez, apresentará as formas de transferência de tecnologia usualmente contratadas em especifico, de forma consequente, por meio de contratos de fornecimento de equipamentos de engenharia.

1 TECNOLOGIA, DESENVOLVIMENTO E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

1.1 Aspectos Conceituais da Sociedade da Informação

A compreensão do tema proposto no presente texto não dispensa a observação, por mais clichê que ela possa parecer, dos processos que culminaram em uma nova conformação da sociedade e das formas de organização social, reunidos no conceito de sociedade da informação.

Primeiramente, deve-se remontar ao que se convencionou denominar de fenômeno (ou processo) de globalização, ante sua indelével característica de aproximação espacial e de compressão temporal, numa referência ao modo como a comunicação eletrônica instantânea vem desgastando as limitações da distância e do tempo na organização e na interação sociais

(HELD; MCGREW, 2001, p.11).

O desenvolvimento das tecnologias da informação e do conhecimento (telecomunicações, computador, internet etc.) ocasionou um incremento da interligação entre as diversas localidades, bem como a reflexividade de tais fluxos de comunicação, trazendo à tona uma série de novas realidades em escala global (GIDDENS; 2000, p. 20). As implicações dessa nova realidade se fazem sentir tanto no mercado e no mundo dos negócios, quanto nos aspectos mais cotidianos da existência (BAUMANN; 1999, p.7).

Os habitantes do planeta, assim, passaram a interagir em níveis crescentes. As trocas culturais adquiriram uma dimensão nunca antes vista e se passaram a se desenrolar com rapidez e abrangência. Igualmente, os mercados, dada a mobilidade inerente ao capital, assinalaram uma presença significativa por todo o mundo, transnacionalizando as cadeias produtivas e as relações de consumo, bem como possibilitando a realização instantânea de investimentos em fundos e bolsas de todos os países neles inseridos (CORRÊA; 2004, p. 233).

A sociedade da informação se insere precisamente nesse contexto do fenômeno da globalização, uma vez que sua existência e consolidação enquanto modelo social decorre de relações e estruturas desenvolvidas no âmbito das transformações civilizacionais experimentadas nos últimos anos. Igualmente, a sociedade da informação pode ser caracterizada a partir desse panorama, revelando, como decorrência desse mesmo incremento tecnológico, a conformação diversas vias interligadas de comunicação digital e o amplo recurso a meios informáticos, ocasionando, por conseguinte, uma ênfase na valorização do conhecimento, da pesquisa e da informação (WACHOWICZ; 2006, p. 72).

Dessa forma, as noções de acesso e de rede ganham especial relevo, figurando agora como conceitos operacionais que revelam não só possibilidades de compreensão da dinâmica dos meios de comunicação, mas sim como elementos fundamentais para a consolidação de um novo modelo organizacional da sociedade, em superação ao modelo de sociedade industrial.

Se antes o ambiente da fábrica e os modelos de gerenciamento da produção industrial verberavam na própria organização das instâncias de relações sociais e trocas interpessoais, atualmente são os fluxos de informação disponibilizados em rede, bem como as possibilidades de acesso a tais fluxos, que dão o tom da organização da sociedade e de suas dinâmicas sociais. Com efeito, da mesma forma que a energia elétrica viabilizou a indústria como modelo socioeconômico, a internet passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da era da informação: a rede (CASTELLS; 2003, p. 7).

Para CASTELLS (2003, p. 7), a rede possui muitas vantagens como ferramenta de organização em virtude de sua inerente flexibilidade e adaptabilidade, em oposição a estruturas centralizadas e verticalizadas. Porém apresenta dificuldades em coordenar funções e concentrar recursos em metas específicas. Todavia, em virtude das novas tecnologias de comunicação e de informação, tem sido possível à rede, enquanto modelo de organização, manter suas qualidades e agregar em si tarefas de coordenação e administração. Tem sido possível congregar a estrutura descentralizada de execução de tarefas com decisões coordenadas, a expressão individualizada e a comunicação global.

1.2 A Tecnologia como Base e como Destino da Sociedade da Informação

A contextualização realizada no item anterior permite que se perceba prontamente o lugar de destaque assumido pela tecnologia (sobretudo pela tecnologia da informação e do conhecimento) em todo esse novo cenário. Tanto a ideia de fenômeno da globalização quanto a noção de sociedade da informação comportam em seu âmago o desenvolvimento tecnológico, sempre concebido como instrumental basilar a todas as transformações simbolizadas por aqueles dois conceitos.

Ademais, também é necessário frisar que

> a tecnologia ocupa papel de inegável proeminência no contexto sócio-econômico. No plano empresarial, é ela fator que garante a conquista de novos mercados, bem como a manutenção do agente econômico em um contexto cada vez mais competitivo. Pelo prisma do Estado e da sociedade, observa-se que a detenção da tecnologia é critério fundamental para uma adequada inserção no cenário internacional, e também que essa, quando adequadamente utilizada contribui sobremaneira para o bem-estar de seus cidadãos. (KEMMELMEIER; SAKAMOTO, 2006, p. 129)

Há, portanto, uma dupla dimensão da tecnologia a ser compreendida: como ferramental necessário às transformações que originaram o novo modelo social; e como ativo, vetor de desenvolvimento econômico e social. Ou seja: no panorama da sociedade da informação, a tecnologia (ou ainda as tecnologias) da informação e do conhecimento, além de ter propiciado a amplificação do fenômeno da globalização e a transposição da sociedade industrial, apresenta-se como um dos principais instrumentos de geração de riqueza e de desenvolvimento.

Todavia, sempre que se adentra nessa segunda dimensão de abordagem da tecnologia, isto é, sempre que se analisam as perspectivas de desenvolvimento a partir da tecnologia, uma

série de questões naturalmente vem à tona. Antes de tudo, é necessário conceber a tecnologia como inserida no espectro das obras intelectuais (cuja produção é especialmente estimulada pelo panorama da Sociedade da Informação – WACHOWICZ, 2006, p. 71), as quais são, por sua vez, reguladas pelo direito sob o instituto da propriedade intelectual, que regula tanto a proteção jurídica quanto as formas de transmissão e de cessão de referidas obras intelectuais (contra seu uso indevido e desautorizado).

As relações jurídicas envolvendo a tecnologia encontram-se disciplinadas por regras e princípios que buscam regulamentar sua criação e exploração. Em virtude do próprio fenômeno da globalização, essas relações jurídicas podem ocorrer não só no panorama nacional (circunscrita às fronteiras do Estado), mas também (e cada vez mais) internacional (quando desbordam dos limites estatais). Da mesma forma, a depender do âmbito da relação, sua regulamentação pode se dar tanto pelo direito interno quanto pelo direito internacional.

A transferência de tecnologia (objeto do presente trabalho) se insere nesse contexto, devendo ser entendida como "um conjunto de atividades e processos por meio do qual uma tecnologia (incorporada em produtos e novos processos, ou desincorporada em formas tais como conhecimento, habilidades, direitos legais etc.) é passada de um usuário para outro" (BESSANT; RUSH, 1993, p. 80), ou ainda como a aquisição, entendimento, absorção e aplicação de uma tecnologia ou de um processo tecnológico (CYSNE, 1996, p. 3).

Quando essas relações jurídicas de transferência de tecnologia se dão em nível global, surge justamente a relação que se busca perceber no presente estudo, aplicada aos contratos internacionais de fornecimento de equipamentos. Nesse contexto, justamente diante das evidentes assimetrias do sistema internacional, estampadas nas relações entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, necessária se faz uma análise mais acurada, que busque justamente aliar os fluxos de transferência de tecnologia em referidos contratos ao processo de desenvolvimento desses últimos, equacionando o viés protetivo do direito da propriedade intelectual e a necessidade de acesso e difusão da informação e do conhecimento contido nas patentes e no *know how* ventilados por meio de tais contratos.

Isso porque, na grande maioria dos casos, trata-se de transferência de tecnologia cujos transmissores são oriundos de países desenvolvidos e os receptores localizados em países em desenvolvimento.



1.3 Transferência de Tecnologia e Desenvolvimento

É necessário, quando se fala em tecnologia e, consequentemente, em transferência de tecnologia, que se tenha em conta uma compreensão de sua importância para o desenvolvimento. Porém, antes de tudo, é necessário compreender o que pode ser entendido como desenvolvimento, a fim de que se possa perceber e analisar os impactos e contributos da transferência de tecnologia na conformação de sociedades desenvolvidas.

Dentre as várias vertentes teóricas a se debruçar sobre a matéria e diversos significados empregados ao conceito em questão, o presente texto abordará o desenvolvimento como sendo um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem desfrutar (SEN, 2010, p. 52).

Quer-se estabelecer uma concepção de desenvolvimento para além de um enfoque reducionista, o qual busca identificar desenvolvimento com meros crescimento econômico, aumento de renda, avanço tecnológico ou modernização, quando, na verdade, todos esses elementos devem servir como meio de expandir as liberdades humanas, as quais não dependem somente da conjuntura econômica, mas também de outros fatores, tais como culturais, sociais, políticos, bem como dos direitos civis etc. (SEN, 2010, p. 32).

Assim, enquanto meio (e não fim), as oportunidades de acesso e participação no comércio e na produção, isto é, nos mercados, podem auxiliar, potencializar, a geração de riqueza individual, além de recursos públicos para os serviços sociais (SEN, 2010, p. 25). Não se pode, contudo, incorrer no equívoco de identificar o crescimento econômico com o conceito de desenvolvimento. A ideia de crescimento econômico é mais restrita, ligada diretamente ao incremento financeiro daqueles que possuem as condições matérias de gerar riqueza, como bem explicam BARRAL e PIMENTEL (2006, p. 27):

> O crescimento econômico, que é quantitativo, por suposto não é sinônimo de desenvolvimento. As mega-empresas, que patrocinam pesquisas, que combinam recursos públicos e privados, são também as que mantém a posse e a propriedade da tecnologia de ponta. Calculam todos os detalhes dos seus custos e lucros, pressionando os governos a exigir mais proteção e assegurar o reembolso do investimento com dividendos substanciais.

O conceito de desenvolvimento é, pois, notadamente mais amplo e deve estar atrelado à ideia de liberdade.

Por sua vez, a transferência de tecnologia pode assumir a posição de importante instrumento de desenvolvimento, na medida em que, quando efetivada de maneira a não tornar o receptor um mero dependente do conhecimento produzido pelo transmissor, poderá prover liberdade e autonomia de produção.

Todavia, cumpre aqui realizar uma importante distinção. Deve-se ter em conta que

> o desenvolvimento tecnológico está diretamente relacionado ao desenvolvimento social. Porém, a relação de domínio e dependência tecnológica gera um círculo vicioso, principalmente quando essa transferência de tecnologia não vem acompanhada de investimento em pesquisa, principalmente universitária, e está destituída de caráter de colaboração, para que no futuro essa relação de dependência dê lugar a uma relação de cooperação científica ou tecnológica. (ROCHA, 2006, p. 154).

Ou seja: a transferência de tecnologia deve ser buscada não para manter a submissão (garantida, no caso, pelos instrumentos jurídicos de proteção da propriedade intelectual) mas antes para estimular a colaboração. Caso contrário, não se poderá falar de sua utilização como vetor de desenvolvimento, uma vez que ancorada claramente em uma prática oposta à ampliação da liberdade.

Apresentando um panorama um tanto quanto pessimista, fulcrado justamente nessa noção de dependência, MELLO (1993, p. 181) entende que um dos grandes problemas do Direito Internacional Econômico e da nova ordem econômica internacional é a transferência de tecnologia, que os países ricos só transferem aos pobres quando ela se encontra ultrapassada. Para o autor, a transferência de tecnologia realizada na sociedade internacional não atende aos países pobres e sofre uma série de críticas, pois, na maioria das vezes, não beneficia toda a sociedade do Estado, mas é feita apenas em proveito de uma filial ou subsidiária de uma empresa cuja matriz está no exterior. Da mesma forma, a transferência é quase sempre de técnicas consideradas obsoletas, pois a tecnologia transferida nem sempre é a que atende às necessidades do desenvolvimento, além de o preço da transferência ser muito elevado para os países pobres. Conclui, então, que o processo de transferência de tecnologia acaba por aumentar a dependência dos países pobres.

Nada obstante, constata-se que,

> apesar de a transferência tecnológica dos países desenvolvidos para aqueles em desenvolvimento ter representado uma importante e necessária contribuição para que os países periféricos alcançassem um certo grau de desenvolvimento econômico, este mesmo mecanismo de inovação tem tornado estes países tecnologicamente dependentes dos países centrais, uma dependência que gravemente afeta seu

> desenvolvimento social e que, além disto, tem se tornado difícil de ser superada. (CYSNE, 1996, p. 8).

Pode-se compreender, portanto, que a transferência de tecnologia, para que possa ser utilizada como um instrumento de desenvolvimento, pressupõe que a ideia de colaboração (com a possibilidade de realização de pesquisas que ampliem as possibilidades de utilização dos processos e conhecimentos transmitidos) venha a suplantar a noção pura e simples de proteção à propriedade intelectual. De fato, o aumento da proteção à tecnologia não significa que haja sua efetiva transferência, a qual somente será viabilizada de modo compatível ao desenvolvimento mediante a capacitação tecnológica dos centros de pesquisa local nos países em desenvolvimento (BARRAL; PIMENTEL, 2006, p.12), de modo que estes venham não só mais a verberar o que é desenvolvido fora, mas possam digerir e incrementar os processos e conhecimentos transmitidos.

Nesse sentido,

> é largamente aceito que existe uma relação forte entre a autonomia tecnológica e econômica de um país e sua capacidade para desenvolver pesquisas científicas e tecnológicas e criar condições para solucionar problemas técnicos, econômicos e sociais. Esta autonomia é fundamental para o desenvolvimento de todos os níveis da sociedade. O essencial é que o resultado de tais pesquisas possa ser fácil e rapidamente transferido e absorvido pelos setores econômicos e sociais. Para tanto, fundamental que um corpo estruturado de conhecimento possa dar ao país a capacidade necessária para produzir, transferir e/ou absorver novas tecnologias e/ou processos tecnológicos e, assim, gerar soluções para os seus problemas diários. (CYSNE: 1996, p. 7).

A transferência de tecnologia, sobretudo em contratos internacionais de fornecimento de equipamentos, deve estar atrelada, portanto, a esse panorama de desenvolvimento enquanto ampliação da liberdade.

O próximo tópico analisará especificamente as maneiras de estipulação apropriada de termos e cláusulas de transferência de tecnologia em tais contratos, bem como seu proveito como potencializados da indústria local e, por conseguinte, do desenvolvimento do país.

2 CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

2.1 Aspectos Conceituais

Considera-se tecnologia todo o conhecimento e informação capaz de agregar vantagem competitiva no setor comercial ou industrial. Neste sentido, conhecimento é entendido como o saber tecnológico e científico, seja no domínio teórico ou prático, enquanto que informação é o conjunto de esclarecimentos que permite a utilização do conhecimento. (FLORES, 2008, p. 45)

Além disso, verifica-se a importância da tecnologia não apenas como um bem imaterial, negociável e capaz de servir como mote ao desenvolvimento industrial, mas também a aplicação desta em outros projetos. Neste sentido, necessário acrescentar que "se trata de conhecimento teórico ou prático, que, por si só, ou com o auxilio de equipamento adequado, permita a realização de instalações ou serviços condizentes à obtenção de um produto, projeto e/ou a construção de um equipamento." (ZABALO VIDAURRAZAGA, 1975, p. 235)

Assim sendo, a tecnologia representa um ativo de grande importância para os setores econômicos, tanto aqueles envolvidos na pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, ou no seu aprimoramento, quanto para os envolvidos com a aplicação da tecnologia em bens e serviços.

Já a propriedade intelectual pode ser definida como uma categoria de direitos intangíveis que protegem produtos comercialmente valiosos do intelecto humano. De acordo com GARNER (2009, p. 27), "a categoria compreende principalmente direitos de marcas, direitos autorais e patentes, mas também inclui direitos de segredos comerciais, direitos de publicidade, direitos morais e direitos contra a concorrência desleal".

Sendo atribuído à propriedade intelectual o caráter de direito patrimonial, é possível que o titular, por meio de um negócio jurídico lícito, tendo sido ajustado o preço e condições negociais, transmita ou autorize a exploração por terceiros. (PIMENTEL; BARRAL, 2007, p. 16).

Destaca-se que a transmissão de tecnologia não significa a mudança do possuidor ou detentor da tecnologia, mas o repasse do conhecimento utilizado na ciência aplicada à técnica, seja industrial ou de serviços.

Estes instrumentos de transferência tanto podem regular o repasse de tecnologia patenteada como não patenteada, ou ainda mistos, relacionados à tecnologia sob patente em

conjunto com tecnologia não patenteada, protegida apenas pelo instrumento do segredo, conforme acordado entre as partes. O exemplo citado por FLORES (2008, p. 75) é a cessão de direitos patenteados e o fornecimento de *know how* por meio da prestação de assistência técnica ou treinamento de recursos humanos.

Na hipótese de o objeto contratual estar protegido por uma patente de invenção, este conhecimento tecnológico deve, obrigatoriamente, conter os elementos exigidos pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) para que seja reconhecido como tal, sendo estes: (i) novidade; (ii) atividade inventiva; e (iii) aplicabilidade industrial. Para FLORES (2008, p. 70), é necessário "que reúna no objeto a viabilidade industrial, que não seja um conhecimento do estado da técnica e de reconhecimento por um técnico no assunto e que traga na essência algo de inovador."

Nesse sentido, o direito de impedir os outros de fazer, usar, comercializar, vender, oferecer para venda ou importar uma invenção por um período especificado, concedido pelo governo federal ao inventor se o dispositivo ou processo for novo, útil e não óbvio. Por outro lado, para as tecnologias não patenteadas, a proteção concedida pelo Estado é conhecida como *know how*, que pode ser definida como "as informações, conhecimentos práticos, técnicas e habilidades necessárias para alcançar algum fim prático, especialmente Na indústria ou na tecnologia. O *know how* é considerado propriedade intangível na qual os direitos podem ser comprados e vendidos" (GARNER, 2009, p. 50).

Não obstante, como um bem imaterial, o *know how* pode ser totalmente transferido do concedente para o beneficiário, com os mesmos direitos. Normalmente, em contratos de fornecimento de transferência não só direitos de patente, mas também incluem em sua negociação direitos de *know how*.

2.2 Formas de Transferência de Tecnologia

O contrato de transferência de tecnologia é o negócio jurídico cujo objeto é a transmissão de bens imateriais (criações, segredos e software) protegidos por institutos de propriedade intelectual ou de determinados conhecimentos técnicos de caráter substancial e secreto, não suscetíveis à proteção estatal, mas com valor econômico.

Como definido pelo INPI, contratos de fornecimento de tecnologia são aqueles por meio dos quais são transmitidos conhecimentos e técnicas não amparados por direitos de propriedade

intelectual – é a transmissão de um procedimento não patenteável, do *know how* – e que necessitam da indicação precisa dos produtos e/ou processos, além da indicação do setor industrial no qual será aplicada a tecnologia.

Dentro deste contexto, os contratos de transferência de tecnologia, os quais preveem a cessão ou a concessão de licenças no âmbito da tecnologia, são vistos como instrumentos para melhorar a eficiência econômica e promover a concorrência entre as empresas. Como exemplo, neste sentido, pode-se citar o Regulamento da Comunidade Europeia CE 772/2004, o qual expõe as vantagens destes contratos: (...) podem reduzir a duplicação em matéria de investigação e desenvolvimento, reforçar os incentivos a favor de novas ações de investigação e desenvolvimento, promover a inovação incremental, facilitar a disseminação de tecnologia e fomentar a concorrência no mercado de produtos.[1]

A inovação tecnológica é necessária para o desenvolvimento e se impõe como fator relevante para obtenção de resultados estratégicos, dentre os quais o aperfeiçoamento de produtos ou processos e redução de custos, propiciando maiores lucros ou também possibilidade de adequação dos produtos ao mercado ou à legislação, especialmente ambiental e do consumidor. (PRADO, 1997, p. 97).

Assim, para empresas que não detêm capacidade técnica ou financeira para o desenvolvimento de pesquisas na área, que não desejam assumir os riscos da pesquisa ou cujo objeto não seja relacionado ao desenvolvimento de novas tecnologias, é indispensável que tais tecnologias sejam adquiridas por terceiros, ainda que por meio da contratação de fornecimento de equipamentos que já dispõem desta nova tecnologia.

A transferência de tecnologia representa benefícios não só para os adquirentes, como também para os cedentes. Para o receptor, pode-se citar a aquisição de tecnologia que lhe traga mais competitividade no mercado, como também o de completar seus próprios programas de desenvolvimento. Para o concedente, por sua vez, apresentam-se como benefícios o recebimento de royalties pela tecnologia transferida, possibilidade de utilizar as melhorias realizados pelo adquirente, dentre outros. (ASSAFIM, 2005, p. 357)

Particularmente a licença de conhecimento ou de *know how* constitui uma parte importante dos acordos internacionais de transferência de tecnologia, a qual pode ser negociada

[1] Ainda que os Regulamentos da Comunidade Europeia tenham incidência restrita a este bloco econômico, neste aritgo é utilizado como exemplo de regulamentação internacional a respeito do assunto.

de forma independente ou em associações com uma patente tecnológica.

Em se tratando de contratos de transferência de tecnologia como instrumentos de desenvolvimento econômico, há necessidade de uma contrapartida para o capital empregado nos estudos e pesquisas investidas na nova tecnologia, o que é obtido, usualmente, por meio da celebração de um contrato de transferência de tecnologia, mediante remuneração. Como afirmam KEMMELMEIER e SAKAMOTO (2007, p. 136),

> É usual que o detentor da tecnologia apresente interesse em permitir que outros se utilizem daquela pagando-lhe a respectiva contraprestação pecuniária, bem como há o interesse da outra parte em explorar essa tecnologia, evitando assim os custos da pesquisa e desenvolvimento, mas beneficiando-se com seus resultados.

Assim, a empresa responsável pela pesquisa, na qual foram investidos tempo e recursos financeiros pretende recuperar o investimento aplicado, inclusive para que o capital possa ser investido em outras pesquisas. Desta feita, os objetivos principais do desenvolver da tecnologia podem ser apresentados como sendo: (i) maximizar a remuneração, mediante a otimização de sua exploração; e (ii) utilizá-la como porta de entrada para novos mercados. (PRADO, 1997, p. 97).

No entanto, dentre os inconvenientes relacionados à transferência de tecnologia, incluem-se as pretensões egoístas dos transferentes, que longe de fomentar um verdadeiro e eficiente desenvolvimento, procuram apenas acentuar a dependência industrial entre os países, prejudicando o país receptor de tecnologia, pois uma política demasiadamente permissiva pode levar à submissão ou dependência à tecnologia estrangeira, bem como à impossibilidade de desenvolvimento de tecnologia própria (ASSAFIM, 2005, p. 359).

Ainda assim, de acordo com estatísticas do INPI os setores que mais transferem tecnologia, de acordo com o registro dos contratos correspondentes, são exatamente aqueles que têm maior volume de comércio. Ou seja, a transferência de tecnologia encontra-se diretamente relacionada ao aumento do comércio e, consequentemente, ao desenvolvimento econômico.

Neste sentido, confirma-se, como afirmado por ASSAFIM (2005, p. 359) que o progresso tecnológico é capaz de contribuir para aumentar o nível da qualidade de vida da humanidade, aumentando sua capacidade de consumo e tornando o trabalho mais digno.



2.3 Transferência de Tecnologia por meio de Contratos de Fornecimento de Equipamentos

Grande parte da transferência de tecnologia é realizada por meio de contratos privados, os quais podem ser classificados em duas categorias: (i) aqueles que têm por objeto a transferência de tecnologia, tal como a transmissão de *know how* ou cessão de patentes; (ii) contratos que têm por consequência a transferência de tecnologia, tais como fornecimento de equipamentos, *turn key*.

Neste caso, a transmissão dos conhecimentos relacionados ao processo de desenvolvimento tecnológico é vinculada ao fornecimento de um bem ou prestação de um serviço. Assim sendo, o objeto contratual não é a transferência de tecnologia, mas esta se faz indispensável à consecução do contrato. Trata-se da negociação de tecnologia incorporada a um bem material, não em estado puramente intelectual.

Nesta hipótese, a tecnologia não é o objeto do contrato, que pode versar tanto sobre construção de complexos industriais (contratos de engenharia); distribuição de produtos; franquias, fornecimento de bens, assistência técnica, consultoria, investimento e outros, sendo a tecnologia necessária para a consecução do objeto contratual. A exploração da tecnologia, pelo cedente, se faz então de maneira indireta.

Neste sentido, afirma FLORES (2007, p. 92):

> Muitos contratos realizam transferência de tecnologia de forma secundária, pois o objeto contratual é mais amplo e, na medida em que a negociação exige, a parte inclui a transferência de tecnologia como objeto acessório, parte do objeto principal. Esse é o caso dos contratos de franquia, de engenharia e projetos industriais, consórcios de patentes, distribuição e desenvolvimento tecnológico.

Assim, o valor relacionado à transferência de tecnologia é incorporado ao valor dos bens em negociação, sendo que tanto o valor da tecnologia quanto dos bens negociados seguem as regras do chamado *bargain power* respectivo do comprador e do vendedor (SANTOS, 1984, p. 125), o que por vezes dificulta ainda mais a transferência de tecnologia a países menos desenvolvidos, pois estes possuem menos capacidade de negociação (*bargain power*).

No entanto, por se tratar de bem acessório, os custos com pesquisa e desenvolvimento da tecnologia são diluídos para os diversos equipamentos negociados com vários receptores, fazendo com que a tecnologia cedida seja remunerada de forma adequada, além de agregar valor aos equipamentos negociados.

Ocorre que a transferência de tecnologia entre países desenvolvidos e menos desenvolvidos, apresenta riscos, como o pagamento de *royalties* excessivos, a aquisição de tecnologia obsoleta e inacabada, além da subordinação da economia do país receptor às grandes potências. (ASSAFIM, 2005, p. 369)

Por conta disto, o papel do Estado é de extrema importância, vez que a ação da iniciativa privada nem sempre é suficiente para regular essa questão. Assim, não só por meio de leis promulgadas pelo país, mas especialmente por meio das agências reguladores instituídas no Brasil, as quais condicionam a aprovação de novos projetos com a garantia de que nestes será utilizada tecnologia compatível àquela utilizada nos países cedentes de tecnologia. Tem-se como exemplo a proibição de instalação de equipamentos que contenham tecnologia obsoleta, obrigando que as empresas apenas importem equipamentos relacionados à energia, telefonia, dentre outros, que contenham tecnologia atual, e não obsoleta.

No entanto, é indispensável que, com estes equipamentos adquiridos, seja transferida também tecnologia, pois a capacitação tecnológica é fundamental para que o receptor possa gozar de autonomia, em relação ao transferente, quanto ao seu processo operacional, bem como à realização de adaptações e melhoramentos. (PRADO, 1997, p. 97)

Caso não ocorra, o receptor não só não terá plenas condições de gerir o bem adquirido, decorrente da falta de competência técnica, como estará permanentemente dependente do transferente, o que, para este, pode se mostrar uma excelente fonte de remuneração adicional, de forma permanente, pela prestação de serviços de assistência técnica.

Nesse exemplo, a transferência de tecnologia não é utilizada para desenvolvimento da indústria e, de forma geral, do país sede do receptor, mas apenas como uma forma de manutenção perpétua da dependência tecnologia verificada entre estes.

No que diz respeito aos contratos de fornecimento que incluem a entrega de bens, é a execução do contrato pela construção de qualquer edifício ou estrutura em qualquer terreno, na medida em que envolve o fornecimento de quaisquer bens através da sua incorporação no edifício, estrutura ou trabalhos. Neste caso, o fornecimento do equipamento não é suficiente para a execução do projeto e é necessária a integração dos equipamentos e do local em que serão instalados. Além disso, esses equipamentos precisam de procedimentos específicos para serem operados e mantidos.

Esses contratos de fornecimento de equipamentos têm como consequência a transferência de tecnologia e representam o produto da aplicação de uma tecnologia. No caso,

o projeto desenvolvido não é uma construção apenas, assim como não se pode falar que se trata apenas de uma tecnologia a ser incorporada pelo contratante, mas sim a todo o processo que alia experiência e utilização de bens.

Determinadas informações técnicas podem ser indispensáveis para a adequada exploração autorizada. Sua ausência pode representar um obstáculo para a assimilação de tecnologia e cumprimento dos objetivos de produção. A adequada exploração justifica a transferência de tecnologia.

Assim sendo, a expertise exigida para a implantação e operação dos equipamentos será fornecida por meio da prestação de serviços de consultoria e de assistência técnica, os quais exigem o conhecimento de técnicas e procedimentos específicos, relacionados à tecnologia empregada no desenvolvimento do equipamento, sendo estes conhecimentos detidos pela fornecedora.

Na situação exposta, está clara a necessidade de transferência de tecnologia quando da celebração de um contrato de fornecimento, a qual pode se dar mediante cláusulas específicas no contrato principal, ou por meio da celebração de um contrato acessório, relacionado especificamente à transferência de tecnologia.

A transferência de tecnologia por meio de tais contratos de fornecimento, ainda que acessória ou consequente, pode ser utilizada como uma importante ferramenta para o desenvolvimento econômico e social do país, desde que as partes negociem de forma justa, a permitir a capacitação tecnológica do receptor.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a transferência de tecnologia pode ser utilizada como ferramenta para o desenvolvimento dos países, em especial dos países em desenvolvimento, receptores de tecnologia dos países desenvolvidos.

Para que isto aconteça, no entanto, mister que a transferência de tecnologia seja acompanhada da capacitação tecnológica do receptor, de modo que este possa utilizá-la de forma construtiva e como alavanca ao desenvolvimento, não somente econômico, mas especialmente social da comunidade na qual a empresa receptora está inserida.

Para tanto, o cedente de tecnologia deve estar disposto a transferir tecnologia e treinar o receptor, para que este usufrua completamente do bem negociado. Ainda que o cedente de

tecnologia pretenda limitar o acesso, cabe ao receptor utilizar seu *bargain power*, vez que a tecnologia negociada será recompensada financeiramente de modo adequado.

Neste sentido, os contratos de fornecimento de equipamentos representam um bom instrumento de desenvolvimento, em especial porque, além da capacitação tecnológica, são mecanismos aptos a renovar, modernizar e adaptar às industrias locais as necessidades de mercado e exigências legais, não só em relação ao desenvolvimento tecnológico, mas também a todo o setor que a empresa representa, cabendo apenas a devida atenção aos seus instrumentos contratuais aplicáveis.

REFERÊNCIAS

ASSAFIM, Joao Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil*: aspectos contratuais e concorrenciais da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARRAL, W. PIMENTEL, L. O. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, W. PIMENTEL, L. O. (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 11-34, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BESSANT, J. RUSH, H. Government support of manufacturing innovation: two country level case study. *IEEE Transactions of Engineereing Management*, v. 40, n. 1, p. 79-91, Feb 1993. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/freeabs_all.jsp?arnumber=206655>. Acesso em: 04 jul. 2011

CASTELLS, M. *A galáxia da internet*: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CYSNE, F. P. *Transferência de tecnologia e desenvolvimento*. 1996. Disponível em: <http:// http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/672/681>. Acesso em: 04 jul. 2011.

CORRÊA, Caetano Dias. O ímpeto global do homem na história de sua mobilidade, comunicação e pensamento. In: BOMBASSARO, Luiz Carlos. JUNIOR, Arno Dal Ri. PAVIANI, Jayme (Orgs.). *As interfaces do Humanismo Latino*. Porto Alegre: PUC-RS, 2004.

FLORES, Cesar. *Segredo industrial e Know How*. São Paulo: Lúmen Júris, 2008.

FURST, Stephen; RAMSEY, Vivin. *Keating on building contracts*. London: Sweet & Maxwell. 2001.

GARNER, Bryan (Ed.). *Black's Law Dictionary*. St. Paulo: Thomson Reuters, 2009.

GIDDENS, Anthony. *O mundo em descontrole*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HELD, David. McGREW. Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

INPI. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/tipos-de-contrato/fornecimento-de-tecnologia-ft>. Acesso em: 14 de jul. de 2010.

KEMMELMEIER, C. S. SAKAMOTO, P. Y. Transferência de tecnologia e as organizações multilaterais. Em: BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 129-148, 2006.

MELLO, C. D. de A. Direito internacional econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

PRADO, M. C. de A. *Contrato internacional de transferência de tecnologia*: patente e know how. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ROCHA, T. G. P. Proteção da propriedade intelectual pelo TRIPS e transferência de tecnologia. Em: BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 149-173, 2006.

SANTOS, Antonio Marques dos. *Transferência internacional de tecnologia*: algins problemas gerais. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Jornal Oficial da União Européia, L123, de 27 de abril de 2004.

ZABALO VIDAURRAZAGA. *Concepto y función de la tecnologia*, em la obra del Instituto de Estudios Bancarios y Bursatiles. Seminario sobre adquisición de tecnologia extrangera. Bilbao, 1975.

WACHOWICZ, M. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. Em: BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 71/102, 2006.

Submissão: 16/04/2017
Aceito para Publicação: 11/12/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: UMA ANÁLISE DOS IMPASSES À CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AND THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988: AN ANALYSIS OF THE DIFFICULTIES TO THE CONSTITUTION AS A DRIVING FORCE

Luciano Scheer[*]

Alfredo Copetti Neto[**]

RESUMO: Este artigo apresenta um estudo sobre impasses às normas compromissórias da Constituição brasileira de 1988. De modo específico, objetiva destacar as qualidades de uma Constituição comprometida com o desenvolvimento econômico e social, e compreender fatores que impedem a realização de tarefas estatais de transformação e desenvolvimento socioeconômico. A partir de pesquisa bibliográfica, o trabalho aborda características da Constituição brasileira de 1988, e retoma a teoria da Constituição Dirigente, enfatizando seus enfoques e as resistências quanto a sua efetividade. Por fim, o artigo demonstra que a Constituição brasileira, desde o início da década de 90, tem enfrentado impasses devido a fatores como: não cumprimento às normas compromissórias; desvinculação da Constituição econômica da Constituição financeira; criação da Lei de Responsabilidade Fiscal; emendas constitucionais de desnacionalização da economia e privatizações; e, mais recentemente, a Lei do "Teto dos Gastos" e a Lei que retira da Petrobrás o monopólio na exploração do pré-sal e gás natural. Sugere-se, a exemplo de importantes democracias, resgatar o papel da política e do Estado na economia, especialmente na fase atual do capitalismo financeirizado.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Dirigente. Constitucionalismo. Normas Compromissórias. Democracia. Estado Social.

ABSTRACT: *This paper presents a theoretical discussion involving the impasses of commitment standards of the Brazilian Constitution of 1988. The objective is to observe the qualities of a constitution committed to economic and social development, and to understand factors that prevent the accomplishment of state tasks of transformation and socioeconomic development. From a bibliographical research, the paper exposes different approaches on the development of constitutionalism and of a liberal, social or constitutional state. It also discusses the characteristics of the Brazilian Constitution of 1988, and retakes Directing Constitution theory, emphasizing approaches, analyzes of obstacles and effectiveness. In conclusion, the paper demonstrates since the beginning of the 1990 the Brazilian Constitution has faced impasses like: noncompliance with the arbitration standards, decoupling of the economic constitution from the financial constitution; creation of the Fiscal Responsibility Law; constitutional amendments to the denationalization of the economy and privatization; and, more recently, the "Ceiling of Expenses" law and the standards that removes from Petrobrás the monopoly in the exploration of pre-salt and natural gas in Brazil. The work proposes, with the exemples of important democracies, to rescue the role of politics and the state in the economy, especially in the current phase of financial capitalism.*

KEYWORDS: *Directive Constitution. Constitutionalism. Commitment Standards. Democracy. Walfare State.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Constituição de 1988 como Constituição Dirigente: Marcos de Origem e Teorização. 2 Obstáculos e Desdobramentos da (e na) Constituição (Dirigente) de 1988. Considerações Finais. Referências.

[*] Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Pesquisador Bolsista de iniciação científica.

[**] Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul. Doutor em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre, Itália. Professor Visitante da Università La Sapienza di Roma, Itália. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Professor Adjunto de Teoria do Direito da Universidade Estadual do Paraná (UNIOESTE).

INTRODUÇÃO

Nunca é demais lembrar que a Constituição brasileira em vigor não é fruto de divagações ideológicas. Ela simboliza o fruto de um processo amplamente debatido pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, obviamente política e socialmente plural, diversa, assim como o povo que a emanou. Como na Europa do pós-guerra, a realidade social e econômica do Brasil demandava por mudanças estruturais, principalmente a reabertura democrática com a participação eleitoral das forças políticas e sociais. A Constituição Cidadã, assim batizada por Ulysses Guimarães (1993) registrava "[...] a mudança da sociedade brasileira. Seu escopo primeiro e mais importante: o homem. Chamei-a a Constituição Cidadã, porque no cidadão instituiu seu fim e sua esperança" (GUIMARÃES, 1993, p. 15). Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa um marco importante na redemocratização do país, no reestabelecimento do Estado Democrático de Direito[1].

Com relação à observância da Constituição, principalmente durante a década de 90, nota-se certo desprezo às normas compromissórias, que sofrem ataques por meio de emendas constitucionais (EC). Embora a Constituição de 1988 determine – não por ideologia, mas pelo exemplo europeu e até norte-americano da prática possível de reconstrução das economias das nações através do Estado indutor – uma forma de Estado Constitucional *não absenteísta*[2] e coordenador do desenvolvimento, desde a década de 90, legislativo e executivo parecem sistematicamente desnacionalizar a economia.

Desse modo, percebe-se que impasses e investidas contra a Constituição ocorrem no âmbito político, ideológico, institucional, econômico e financeiro. É o caso de perguntar, por exemplo, qual seria a finalidade de medidas aparentemente contrárias às receitas históricas (adotadas mundialmente) que visam materialmente o desenvolvimento econômico e social?

Diante disso, este artigo apresenta, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, um estudo sobre o caráter político da Constituição brasileira, buscando compreender impasses e obstáculos que, desde a década de 1990, são lançadas contra ela, dificultando o desenvolvimento pleno da democracia constitucional no país.

[1] "A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado democrático de direito". (BRASIL, 1988, art. 1º)
[2] Nas palavras de BERCOVICI (1999, p. 37) "A função do Direito num Estado de Direito moderno não é apenas negativa ou defensiva, mas positiva: deve assegurar, positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural. O Estado de Direito atual não se concebe mais como anti-estatal".

O artigo está subdivido em dois tópicos. No primeiro, são abordadas características da Constituição brasileira de 1988, relacionando-as com a teoria da Constituição Dirigente, que é retomada enfatizando-se seus enfoques e apresentando-se, ainda, análises de históricas relutâncias quanto a sua efetividade. No segundo, são descritos novos obstáculos significativos que a Constituição brasileira tem enfrentado no que diz respeito ao cumprimento da norma.

1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: MARCOS DE ORIGEM E TEORIZAÇÃO

Após a Segunda Guerra, um novo paradigma do Estado de Direito[3], o Estado Constitucional, ou Estado Democrático de Direito, prometeu, normativamente, através de suas instituições e pressupostos teóricos, a transformação da realidade social por ele mesmo. Principalmente pelo fato de que, com a crise dos partidos políticos como promotores da soberania popular e demandas sociais, outro poder entrou em cena disputando este papel: o Tribunal (BERCOVICI, 2008).

O termo Estado Democrático de Direito, art. 1º da Constituição Federal de 1988, foi primeiramente trabalhado por Elías Diaz, jurista espanhol, que na década de 1960 o utilizou para designar um terceiro paradigma de Estado relacionado à ideia de democracia socialista (GALVÃO, 2012). Tal ideal político assemelha-se com o ideal da *constituição dirigente*, que também traz uma concepção de constituição totalizante vinculando os poderes políticos a um projeto de cunho socialista (GALVÃO, 2012).

A tese escrita em 1982 pelo influente jurista português Joaquim José Gomes Canotilho[4], "*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das*

[3] Os três paradigmas de Estado de Direito podem ser entendidos como: "[...] **o Estado Liberal**, ao qual corresponde a primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais marca o início do Estado de Direito sob o pressuposto das liberdades individuais que demandam uma abstençao do poder político em face dos direitos dos cidadãos. **O Estado Social** encarna a segunda geração de direitos fundamentais e se traduz, no âmbito jurídico-político, na consagraçao constitucional de direitos sociais, econômicos e culturais, somados ao caráter de abstenção estatal frente às liberdades públicas que esse novo modelo estatal iria assegurar. Por sua vez, **o Estado Constitucional** será identificado como Estado de Direito de terceira geração, assumindo o papel de delimitar o meio espacial e temporal de paulatino reconhecimento dos direitos de terceira dimensão, cujo conteúdo gira em torno de temas como a paz social, o direito às relações de consumo, a qualidade de vida e ou a liberdade ampla de informação [...]. Assim delimitam-se, então direitos difusos, vale dizer, direitos que não possuem um destinatário especifico, seja ele coletivo ou não, como marca preponderante de uma nova configuração estatal (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 33, grifo nosso).

[4] STRECK e BOLZAN DE MORAIS (2010) lembram que "dirigismo constitucional" ou "constituição dirigente" são termos usados pioneiramente por Peter Lerche *(dirigierende Verfassung)* em sua tese, posteriormente aprimorados por Canotilho.

normas constitucionais programáticas", apresenta-se com vigor após a elaboração da Constituição portuguesa, a qual era uma Constituição de caráter socialista, prevendo normas vinculativas às ações estatais e à conquista de um desenvolvimento social e econômico obstado no período ditatorial daquele país. Assim, as ideias defensivas do caráter normativo da constituição, de certa forma, tentaram dogmatizar a tese indo de encontro às correntes conservadoras contrárias ao modelo planificador e garantidor dos direitos sociais e fundamentais que, por diversos fatores, sobretudo ideológicos, alegavam ser a Constituição portuguesa de 1976 contraditória, pois haviam normas que anulavam-se entre si.

Apesar das adversidades, a tese de Canotilho ganhou visibilidade na maioria das democracias ocidentais. Desde o título, o constitucionalista aborda o problema das relações entre a constituição e a lei.

> O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais. (CANOTILHO, 1994, p. 11).

Dos princípios materiais estruturantes, tais como as noções de Estado de Direito (constitucional), Democracia e República, passa-se à imposição de tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar. Com isso, conforme explica BERCOVICI (1999), exige-se uma legitimação material que, por sua vez, dinamiza a constituição pela consagração de linhas de direção e pela tendência de sujeitar os órgãos de direção política à imposição de execuções constitucionais e na constitucionalização dos direitos econômicos e sociais. Nas palavras o autor: "A Constituição deixa de ser um instrumento de governo, definidor de normas e competências para o exercício do poder, insistindo-se na programática (tarefas e fins do Estado)" (BERCOVICI, 1999, p. 38).

Canotilho fundamenta a ideia programática e dirigente da constituição, aduzindo que o sentido normativo pode ser concebido:

> [...] como prospectivamente orientado, abrindo via ao futuro, sem perfeccionisticamente tentar captar e fechar o processo histórico. Nesta perspectiva se afirma que a lei fundamental é esboço de uma via e algo de desejado e não apenas um estatuto confirmante ou garantidor do existente. (CANOTILHO, 1994, p. 152-153).

Nesse seguimento, o sentido normativo coloca em jogo a necessidade de materialização da norma, o que depende na prática, por sua vez, da vontade dos atuantes do poder. Daí a

construção da tese na busca de criar uma teoria da constituição de modo que se vincule atuação legislativa à norma fundamental.

Diante disso, governar passa a ser a gerência de fatos conjunturais, e também o planejamento do futuro, com estabelecimento de políticas a médio e longo prazos. (BERCOVICI, 1999).

No Brasil[5], após o golpe civil-militar de 1964, o Estado Democrático de Direito voltou à tona com a Constituição de 1988, que retoma a democracia brasileira depois de 21 anos de estado de exceção. Dessa forma, o poder constituinte brasileiro incorpora o sentido constitucional da consolidação de um ideal político e uma reestruturação político-social abalada pelo golpe (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

Destarte, com tal conjuntura e efervescência sociopolítica, a constituição originada deste processo inscreve-se na ideia de constituição dirigente, cujas tarefas atribuídas ao Estado permitem o livre desenvolvimento da personalidade fundado nas próprias prestações estatais (e não mais no apego à propriedade contra a intervenção social), baseando-se na busca por melhorias sociais e econômicas, não implicando na renúncia ou sacrifício das garantias jurídico-formais do Estado de Direito.

Assim como o fascismo, na Itália, e o nazismo, na Alemanha, para além do "terrorismo de Estado" contra qualquer liberdade individual, a ditadura no Brasil foi um Estado pródigo (somente) para as elites (STRECK, 2007), aumentando omissão prestacional quanto aos direitos sociais; e o aumento do endividamento público, existente ainda hoje, que levou à submissão do país ao ajustamento externo, determinado pelo Fundo Monetário Internacional a partir de 1981, acarretando forte concentração de renda (PEREIRA, 1984).

A respeito disso, cumpre lembrar que, com todo crescimento econômico do período militar – quantitativo –, o desenvolvimento econômico, expresso na distribuição de renda – qualitativo –, foi anulado brutalmente pelo desinteresse das elites financistas e sustentadoras do regime de exceção. Em 1965, estudo inédito mostra que a fração adquirida pelo 1% mais rico, do topo da pirâmide, "era cerca de 10% do bolo total. Apenas três anos depois, a cifra vai a

[5] O constitucionalismo apresentou-se, inicialmente, com maior relevo no pós-guerra, na representatividade das constituições italiana (1947), alemã (1949), portuguesa (1976) e espanhola (1978) (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

16%. Em outras palavras, se em 1965 o 1% mais rico ganhava cerca de 10 vezes a renda média do país, em 1968 esse número subiu para 16 vezes."[6]

De acordo com BERCOVICI (1999), a Constituição de 1988 buscou construir um Estado Social a partir das disposições que garantem a função de propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170, III), os direitos trabalhistas (artigos 6º ou 11) e previdenciários (artigos 194, 195 e 201 a 204). A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e livre iniciativa, de forma a assegurar a todos existência digna, reforça a justiça social que caracteriza essa Constituição. Nela, o Estado é visto não só como garantidor de direitos, mas também aquele que fornece os meios para garantir e efetivar os direitos fundamentais[7]. Mas vale destacar que a constituição não determina apenas fins e objetivos apenas para o Estado; ela o faz para toda a sociedade, estabelecendo normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura para melhoria das condições sociais e econômicas dos cidadãos e cidadãs.

A fim de superar o "velho" paradigma liberal-individualista-normativista, a Constituição brasileira determina já no art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, estabelecendo como um de seus fundamentos o princípio da soberania nacional (CF, art. 1º, I), base de um Estado ativo e intervencionista.

As normas programáticas são visualizadas no art. 3º, quando são declarados os objetivos fundamentais da República:

> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CF, art. 3º, I, II, III, IV).

STRECK (2007, p. 6) afirma ser "[...] evidente que a Constituição de 1988 é uma Constituição classificável como social, incluindo-se no moderno Constitucionalismo, lado a lado com as Constituições europeias do pós-guerra [...]", estabelecendo o Estado como agente interventivo na busca pela regulação social e a consequente transformação da realidade através do Direito.

Esses aspectos, que atuam de forma conjunta, produzem categorias que permitem caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como Constituição Dirigente. Nas palavras de

[6] Informação disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/29/economia/1446146892_377075.html.> Acesso em: 17 dez. 2017.
[7] Para o debate em torno da teoria dos direitos fundamentais, vide BONAVIDES, 2016, p. 576-593.

BERCOVICI (1999, p. 35): "É a Constituição que fixa os princípios e diretrizes sob os quais devem ser a unidade política e as tarefas do Estado, mas não se limita a ordenar apenas a vida estatal, regulando também as bases da vida não-estatal."

Assim, a CF 88 caracteriza-se essencialmente como uma Constituição compromissória, programática, tendo como objetivos principais determinar e alargar as tarefas estatais e legislativas, promovendo a transformação da realidade em que está inserida.

2 OBSTÁCULOS E DESDOBRAMENTOS DA (E NA) CONSTITUIÇÃO (DIRIGENTE) DE 1988

A partir da problemática da programaticidade e do dirigismo constitucional, especificamente na relação entre o texto constitucional e o efetivo cumprimento pelo legislador e pelo sistema de justiça, é compreensível entender porque as normas programáticas sempre suscitaram muita divergência. A dificuldade surge pelo motivo de que falar em constituição como um programa de normas planificadoras, determinante de tarefas que alargam a atividade estatal, vai totalmente contra ao tradicional paradigma do Estado liberal-individualista-normativista, sendo muito trabalhoso à doutrina constitucionalista impregnar-lhe caráter jurídico-normativo (BONAVIDES, 2003).

O próprio Canotilho, na década passada, em nova edição da sua tese de 1994, aduz que o texto básico (a constituição em si) não pode mais servir de fonte jurídica única da Constituição de um Estado (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2010). Mas isto por que a realidade dos países europeus, com a criação da União Europeia e o enfraquecimento do Estado-Nacional, difere muito da realidade dos países Latino-americanos. Haja vista às recentes violações de direitos fundamentais (até mesmo pelo judiciário), bem como a (ainda) obscena desigualdade social.

Sobre o processo vivido no Brasil pós 88, é bastante pertinente destacar alguns desdobramentos que dificultam, até hoje, ainda mais a aplicabilidade das normas: (a) a questão reformista, expressa já no segundo ciclo de emendas constitucionais da década de 90, que iniciaram as privatizações e desnacionalização da economia brasileira; (b) a *constituição dirigente invertida* que é, tal como afirmam Gilberto BERCOVICI e Luiz Fernando MASSONETTO (2006), a blindagem da constituição financeira em detrimento da constituição

econômica, expresso na política de metas fiscais restrita em gastos com políticas públicas, e irrestrita nos gastos com juros da dívida pública. Veja-se a seguir.

Como visto anteriormente, um Estado Democrático de Direito apresenta um algo a mais. Respeitando os limites da livre iniciativa, pressupõe um Estado intervencionista na ordem econômica – desenvolvimentista –, de modo que a constituição não se basta. Ou seja, de nada adiantaria ter na Constituição normas compromissórias de direitos sociais se o Estado não dispõe de empresas estatais para gerar receitas, ou ignora fomentar seu desenvolvimento socioeconômico e sua independência tecnológica (CF, art. 219) abrindo seu mercado em excesso, em detrimento da proteção das empresas nacionais.

A respeito disso, Paulo BONAVIDES (2016) demonstra que foi o que aconteceu no dia 15 de agosto de 1995, quando foram promulgadas: a Emenda Constitucional (EC) 5, que pôs fim ao monopólio estatal da exploração e distribuição dos serviços de gás canalizado; a EC 6, que modificou o inciso IX do art. 179, o qual dava tratamento favorecido às empresas brasileiras de capital nacional, passando a suprimir o trecho "*empresas brasileiras de capital nacional",* promovendo assim a desnacionalização da economia brasileira; e a EC 8 que, da mesma forma, permitiu a abertura da economia ao capital estrangeiro prevendo a concessão dos serviços de telecomunicações.

Esse cenário caracteriza uma crescente desconstitucionalização da ordem econômica originária da Constituição de 1988, ou seja, antes de cumprir o projeto constitucional, optou-se por reformar significativamente as normas constitucionais que estabeleciam um modelo econômico de defesa do capital produtivo nacional (empresas nacionais) em prol da abertura ao capital estrangeiro. Fato conhecido também na Europa, onde o Tratado de funcionamento da União Europeia, em nome do princípio da livre concorrência, elevou a norma comunitária à norma fundamental. Desse modo, facilitou a evasão fiscal e retirou o controle sobre estes capitais por parte dos Estados membros (FERRAJOLI, 2015), algo que afeta diretamente a função arrecadatória e estratégica do Estado para a garantia de direitos fundamentais, mormente os sociais.

Se assumirmos a tese de FERRAJOLI (2006) - os direitos como condicionantes à democracia -, esse movimento desconstitucionalizante da ordem econômica sintetiza o grande e atual problema das democracias ocidentais, pois contribui para o descaso em relação aos problemas sociais que são ignorados enquanto problemas a serem resolvidos pela política representativa. No Brasil, não são poucos os exemplos mais atuais. Recentemente foi aprovada

e promulgada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 241/55, conhecida como "PEC do teto dos gastos públicos", que estabelece por 20 exercícios financeiros (20 anos) limite para as despesas primárias de cada um dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Destaca-se a mudança do Novo Regime Fiscal[8] para a determinação constitucional que vinculava os investimentos da União, com direitos sociais, a um mínimo da receita corrente líquida e impostos. Assim versavam os artigos 198, § 2º, I e 212 da CF 88, respectivamente:

> § 2º **A União,** os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, **em ações e serviços públicos de saúde** recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - **no caso da União**, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, **não podendo ser inferior a 15%** (quinze por cento); [...].
> Art. 212. A União aplicará, anualmente, **nunca menos de dezoito**, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de imposto [...] **na manutenção e desenvolvimento do ensino.** (CF, art. 198, § 2º, I e art. 212, grifo nosso).

Com o Novo Regime Fiscal implantado através da PEC 55, muda-se, por duas décadas, a lógica de aumento real nos vínculos orçamentários supracitados, pois obriga a União a corrigir o orçamento apenas com base na inflação do ano anterior, desprezando o aumento populacional e demais obstáculos peculiares a países de modernidade tardia, com baixa aplicabilidade dos direitos fundamentais, historicamente amarrados pela desigualdade e dependência econômica. Senão vejamos:

> Art. 102. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias: **I - do Poder Executivo[...]**; § 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá: [...] II - para os exercícios posteriores, ao **valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA,** publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária [...].
> Art. 105. **Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino** equivalerão: I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, **corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 102** deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (CF, art. 102, I, § 1º, II e art. 105, I e II, grifo nosso).

[8] Informação disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>. Acesso em: 28 fev. 2017.

Tivesse esta constitucionalização do congelamento de gastos (acima da inflação) sido aprovada na última década, o salário mínimo no Brasil seria R$ 550,00 reais, e não R$ 880,00 reias, como atingiu-se em 2016[9]. Seria a ditadura do superávit primário, privilegiando os juros do rentismo antes de qualquer investimento em políticas públicas, que só em 2015 e 2016, o governo brasileiro transferiu R$ 910 bilhões de reais10. Tais políticas comprovam na prática a já referida expressão "constituição dirigente invertida", isto é

> a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada. (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 73).

Mais recentemente, foi sancionada a Lei 13.365/2016, que revoga a obrigatoriedade da participação da Petrobras na exploração do petróleo da camada pré-sal. A nova lei tem origem no Projeto de Lei do Senador Jose Serra (PSDB) 131/2015[11], aprovado no Senado em fevereiro de 2016, e votado sem modificações na Câmara dos Deputados. Com isso, o país se abstém mais uma vez, agora de forma inédita – dada a importância sem precedentes, a nível nacional, da descoberta de tamanha quantidade de petróleo –, do fomento estratégico da engenharia nacional, da política de conteúdo nacional e, portanto, do respeito ao cumprimento do princípio constitucional da *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII, da CF 88).

Isso tudo facilita nossa observação quanto às dificuldades da tese dirigente, em parte devido aos sucessivos governos neoliberais na década de 90, até hoje (ainda) as normas programáticas e princípios constitucionais representam meras formalidades da Lei Maior. Pior, desde 1964, foram engendradas medidas legais que estruturaram o sistema financeiro nacional, de modo que o congresso nacional e as estruturas políticas fossem substituídas por outras, compostas por técnicos "independentes" e mandato fixo. A criação do Banco Central do Brasil,

[9] Informação disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/11/politica/1476219239_807104.html>. Acesso: em 18 dez. 2017.
[10] Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/a-ditadura-do-superavit-primario-por-paulo-kliass>. Acesso em: 18 dez. 2017.
[11]Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/30/sancionada-lei-que-revoga-obrigatoriedade-de-exploracao-do-pre-sal-pela-petrobras>. Acesso em: 28 fev. 2017.

pela Lei n.º 4.595, de 31 de Dezembro de 1964[12], exemplifica essa arquitetura financeira objetivando o afastamento da deliberação política[13] em prol da ortodoxia economica.

A última etapa do processo legislativo da década de 90, na busca de controlar os gastos públicos, depois das privatizações dos bancos estaduais (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006), foi a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 2000), a qual representa o desfecho do processo iniciado na década de 70, separando a constituição econômica da constituição financeira, como se a primeira não dependesse da segunda para o desenvolvimento socioeconômico.

Neste sentido, significa dizer que prevalece a ideia econômica ortodoxa. De forma ideológica, economistas neoclássicos, juntamente com apoio dos grandes meios de comunicação brasileiros[14], parecem ignorar a própria realidade dos fatos: o crescimento econômico, desenvolvimento nacional, o enfrentamento dos ciclos capitalistas de crise e recessão sempre foram enfrentados com intervenção estatal na economia, seja com gastos públicos e baixa taxa de juros, ou com mais regulação do mercado financeiro. Senão, vejamos numa a estratégia Americana de enfrentamento à crise do sistema financeiro de 2008, onde é possível visualizar claramente que as medidas (2009) do governo Bush e do governo Obama em 2009, resultaram num pacote de salvamento dos bancos falidos de 5,6% do PIB dos EUA, representando algo próximo dos 5,8% injetados por Franklin Delano Roosevelt no plano de enfrentamento da grande depressão de 1929, também chamado de *New Deal*[15].

[12] Para um estudo mais detalhado a este respeito, ver MASSONETTO, 2006, capítulo 1.

[13] "Esta tentativa de exclusão do orçamento e das finanças públicas do debate democrático não é, obviamente, exclusividade brasileira. Podemos destacar como exemplos deste modelo as metas fiscais rígidas de controle do déficit público impostas na União Européia pelo Tratado de Maastricht, de 1992, bem como as leis norte-americanas de 1985 (Gramm-Rudman-Hollings), 1990 (Budget Enforcement Act) e 1997 (Balanced Budget Act), que, curiosamente, exigem o orçamento equilibrado na elaboração da peça orçamentária, mas não na sua execução. Houve, ainda, uma proposta de constitucionalização do equilíbrio orçamentário, que foi derrotada por poucos votos no Senado norte-americano." (BERCOVICCI; MASSONETTO, 2006, p. 71)

[14] A esse respeito, vide estudo de Claudio Ladeira de Oliveira e Leonardo Alves Correa, *Direito, Análise do Discurso e Atores Sociais: o mito da independência do Banco Central* (2012). Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=136f951362dab62e >. Acesso em: 20 fev. 2017.

[15] Vide Alexandre Rodrigues D'Almeida, *A Estratégia Americana de Enfrentamento da Crise de 2008 e a Guerra Cambial* (2011). Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/akb/encontros/2011/65.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição brasileira de 1988 tem expresso caráter dirigente e compromissório, ou seja, determina tarefas e programas ao Estado – em todas as instâncias – na busca pela transformação da realidade e emancipação social através do desenvolvimento econômico, buscando o pleno emprego, a soberania nacional, a integração latino-americana com independência e autodeterminação dos povos, a erradicação da pobreza, bem como a garantia da igualdade e oportunidade para todos dos cidadãos brasileiros. Dessa maneira, o Estado (Constitucional) Democrático de Direito institui um *plus* normativo, um *dever-ser*, que configura a junção das liberdades individuais do constitucionalismo liberal com o compromisso da prestação dos direitos sociais do constitucionalismo social.

Neste estudo, observa-se que o caminho brasileiro em relação ao rumo apontado em 1988 tem sido árduo e dificultoso. O poder político, com raras exceções de curtos períodos, demonstrou e demonstra a tendência de colocar o fator ideológico acima da realidade histórica. Ao invés de seguir as ditas "regras do jogo" que emanam da Constituição, prefere mudá-las. Desde a década de 90, esse fator político-ideológico tem demonstrado claramente o ataque ao Estado Social estabelecido pela Constituição brasileira, privatizando empresas estatais estratégicas ao avanço desenvolvimentista e promovendo a desnacionalização da economia.

Fatores institucionais como a criação do Banco Central durante a ditadura de 1964 a 1985 (naquele período, com independência e mandatos fixos, em detrimento do cargo político), e a sequente constitucionalização em 1988 da separação entre Constituição financeira e Constituição econômica, mostram que a Constituição Dirigente brasileira se tornou, na verdade, uma *constituição dirigente invertida.* De lá para cá, a Constituição e suas normas não só foram e/ou estão sendo ignoradas como também desarticulados seus mecanismos de financiamento público, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, e, mais recentemente, a Lei do "Teto dos Gastos", que altera substancialmente, com austeridade fiscal, não só o orçamento dos três poderes, como também atinge o núcleo do Estado Social: os direitos sociais. Embora nossa democracia não seja única a estar em crise, é preciso dizer que infelizmente temos escolhido o lado oposto ao da Constituição.

Restou entendido que o fator ideológico e apaixonado, de um suposto mundo sem a presença do Estado, é o fator que baseia todos os impasses à Constituição e seu modelo, pois, quando se fala em direitos sociais, desenvolvimento e, com isso, combate às crises inerente ao

capitalismo – excetuando os debates academicistas da ortodoxia neoliberal e a sua prática nas ditaduras da América Latina –, o Estado sempre foi (e é) presente. Como visto, mesmo nos Estados Unidos, nação de forte tradição liberal, nas duas grandes crises capitalistas, 1929 e 2008, apelou-se necessariamente à regulação estatal e forte investida financeira no setor privado.

Portanto, fica evidente que se precisa, para além do respeito à normatividade constitucional (pois ela não se basta), resgatar a política e seu papel instrumental de transformação social. É urgente superarmos as divergências ideológicas, da academia aos lugares de poder, aceitar a complexidade social da contemporaneidade, juntar forças onde há convergência e construir, de fato, um Brasil soberano e justo para todos.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, p 35-51, abr/jun 1999.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando *A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica.* 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 28 fev. 2017.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional.* 31. ed, São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Curso de direito constitucional.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). O processo histórico da elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos. Trabalho elaborado por Dilsson Emílio Brusco e Ernani Valter Ribeiro. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/volumeI.pdf> Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 13.365, de 29 de novembro de 2016.

_____. Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

_____. Lei nº 13.365, de 29 de novembro de 2016.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional.* São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O Paradigma Constitucional Garantista em Luigi Ferrajoli: A Evolução do Constitucionalismo Político para o Constitucionalismo Jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia,* Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, jul/dez 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *A Democracia através dos Direitos:* o Constitucionalismo Garantista como Modelo Teórico e como Projeto Político. Tradução de Alfredo Copetti Neto e outros. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito.* São Paulo, Tese de Doutorado (Faculdade de Direito da USP), 2012.

KLIASS, Paulo. *A ditadura do superávit primário.* 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/a-ditadura-do-superavit-primario-por-paulo-kliass>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MASSONETTO, Luís Fernando. *O Direito Financeiro e o Capitalismo Contemporâneo*: A Emergência de um Novo Padrão Normativo. São Paulo, Tese de Doutorado (Faculdade de Direito da USP), 2006.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira; CORREA Leonardo Alves. *Direito, Análise do Discurso e Atores Sociais: o mito da independência do Banco Central.* 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=136f951362dab62e>. Acesso em: 05 fev. de 2017.

PEREIRA, Bresser. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Books/OsAnosFigueiredo19781985/pdf/84.06.05.Concentracao_de_renda_e_a_divida.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

RODRIGUES, Alexandre D'Almeida. *A Estratégia Americana de Enfrentamento da Crise de 2008 e a Guerra Cambial* (2011). Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/akb/encontros/2011/65.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição ou barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito.* 2007. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/constituic3a7c3a3o-oubarbc3a1rie-e28093-a-lei-como-possibilidade-lenio.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Submissão: 28/12/2017
Aceito para Publicação: 13/04/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PODER JUDICIÁRIO: PARÂMETROS NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE JUDICIARY: PARAMETERS IN THE JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Luciana Turatti[*]

Marciano Buffon[**]

Ana Christina Konrad[***]

RESUMO: O presente artigo examina os pressupostos teóricos que contribuíram para formação do conceito de "mínimo existencial", posto que, tal conceito se transformou em uma garantia na consecução dos objetivos constitucionais, e serve, em muitas oportunidades, de parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. Dentro de um contexto de insuficiência de recursos e da impossibilidade de realização e concretização plena de todos os direitos fundamentais, o mínimo existencial aparece como um elemento importante na perspectiva de sua realização, pois caracteriza uma esfera mínima que precisa ser implementada, um núcleo básico de direitos e da dignidade que precisam ser garantidos, que não pode ser negligenciado. Pretende-se ainda discorrer sobre os questionamentos presentes na definição do mínimo existencial, bem como acerca da possibilidade de sua quantificação na aplicação como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. O método empregado foi o dedutivo. Conclui-se, ao final das discussões que a utilização do mínimo existencial como parâmetro de definição de políticas públicas e das condições materiais mínimas para uma vida digna pode sinalizar o melhor caminho a ser trilhado. O que fica evidente, enfim, é que a conceituação do que compõe o mínimo existencial não pode deixar de observar os fundamentos maiores do Estado Brasileiro, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana..

PALAVRAS-CHAVE: Mínimo Existencial. Poder Judiciário. Políticas Públicas.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to examine the issue of so-called "existential minimum", since such a guarantee, and contribute to the fulfillment of constitutional objectives, can serve as a parameter for the jurisdictional control of public policies. Within a context of insufficient resources and the realization of the impossibility and full realization of all fundamental rights, the existential minimum appears as an important element in view of its accomplishment, as features a minimum sphere that needs to be implemented, a basic core rights and dignity must be guaranteed, which can not be neglected. Thus, it is intended in this article discuss the questions present in defining the existential minimum, and about the possibility of quantifying the application as a parameter to the judicial review of public policies. The method used in the construction of this article is deductive. Thus, it is concluded that the use of existential minimum as parameter setting public policy and minimum material conditions for a dignified life can signal the best way to go. What is clear, in short, it is that the concept of what makes up the existential minimum can not fail to observe the major foundations of the Brazilian State, in particular the principle of human dignity.*

KEYWORDS: *Existential Minimum. Judicial Power. Public Policy.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Mínimo Existencial: origens e perspectivas históricas. 1.1 Mínimo existencial: contornos conceituais. 1.2 Mínimo existencial: há parâmetros para sua quantificação? 1.3 O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional de políticas públicas.

[*] Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul. Professora Adjunta da Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Sistemas Ambientais e Sustentáveis da Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul. Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento da Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul.

[**] Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul.

[***] Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento da Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul. Pesquisadora Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq *Práticas Ambientais, Comunicação, Educação e Cidadania*.

1.3.1 Análise do Recurso Extraordinário n° 482.611\SC. 1.3.2 Análise do Recurso Extraordinário 410.715-5\SP. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O atual século encontra-se marcantemente caracterizado pela presença do Estado na realização de políticas públicas – especialmente no campo social - orientadas pelos princípios fundantes e pelos objetivos de um texto constitucional comprometido com a concretização de um modelo de estado que seja democrático e social de direito. Ocupando um espaço de privilegiada importância, encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para o atendimento destas premissas, cabe ao Estado buscar mecanismos e instrumentos dotados de eficiência que possam garantir, da forma mais democrática possível, a aplicação dos recursos públicos. Vale dizer que, quando vem à tona a questão da democracia, há de se ter presente que neste modelo de Estado impõe-se a necessidade de superar seus aspectos meramente formais, rumando para uma concepção substancial de democracia, eficientemente voltada à realização de direitos fundamentais sociais.

Ocorre que a realidade que permeia o atual cenário político-econômico não tem possibilitado a concretização dos direitos e garantias fundamentais em sua integralidade, cabendo ao Judiciário, muitas vezes, a escolha do que aplicar e até de onde aplicar. Evidentemente, esse ativismo judiciário sempre pressupõe uma provocação por parte do cidadão ou de grupos sociais ou ainda daqueles legitimamente autorizados.

Em vista disso, há de se examinar a questão do denominado “mínimo existencial”, uma vez que tal garantia, além de contribuir com o atendimento dos objetivos constitucionais, pode servir de parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Dentro de um contexto de insuficiência de recursos e da impossibilidade de realização e concretização plena de todos os direitos fundamentais, para todos ao mesmo tempo, o mínimo existencial aparece como um elemento importante na perspectiva de sua realização, pois caracteriza uma esfera mínima que precisa ser implementada, um núcleo básico de direitos e da dignidade que precisam ser garantidos, que não pode ser tangenciado ou negligenciado.

Assim, pretende-se no presente artigo, discorrer sobre os questionamentos presentes na definição do mínimo existencial, bem como acerca da possibilidade de sua quantificação na aplicação como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. Ou seja, ainda que se trabalhe com a lógica de que o Judiciário não deveria interferir nas questões referentes

às políticas públicas, a garantia do mínimo existencial constitui um aspecto básico de garantia ao qual o Judiciário estaria vinculado.

No que tange ao método, de acordo com Mezzaroba e Monteiro (2008), este foi o dedutivo, pois parte de argumentos gerais para particulares, ou seja, o ponto de partida é sempre um enunciado, uma ideia geral baseada na observação e, desse enunciado são extraídas premissas que encaminham para as devidas conclusões. Também utilizou-se instrumentos técnicos equivalentes ao uso de material bibliográfico e documental. A pesquisa teórica bibliográfica teve o propósito de construir os conceitos elencados, cujas ferramentas a serem utilizadas foram além de artigos de publicações periódicas, livros de doutrina, eis que há autores relevantes que se aprofundaram sobre o tema abordado. No que se refere a pesquisa documental, foi utilizada a norma legal relacionada a proposta.

1 MÍNIMO EXISTENCIAL: ORIGENS E PERSPECTIVAS HISTÓRICAS

Para que se possa compreender de forma adequada a extensão e o significado desempenhado pelo conceito de mínimo existencial na concretização dos direitos fundamentais, faz-se necessário, num primeiro momento, abordar sua origem e examinar como sua concepção foi sendo formatada ao longo do tempo.

Considerando a história moderna ZILVETI (2004) afirma que as preocupações com o mínimo existencial surgem de uma maneira muito incipiente logo após a Revolução Francesa, ressurgindo após a segunda metade do século XIX com caráter mais intervencionista, haja vista que, a partir de então, este passou a ser utilizado como parâmetro para busca da diminuição das desigualdades sociais.

Ainda após a segunda metade do século XIX, na Alemanha, foi estabelecido que, quem não tivesse condições de prover um mínimo para ter uma vida digna, deveria receber do Estado a garantia do direito a um auxílio social econômico e ainda permanecer imune da obrigação de pagar tributos (ZILVETI, 2004, p. 205).

É também na Alemanha que se encontra a primeira menção à imunidade pautada em um mínimo existencial. A lei de 25 de maio de 1873, que tratava do imposto de renda, fixou em 1.000 *thalers* (moeda alemã da época) o mínimo necessário à subsistência, provocando grande impacto no número de contribuintes de tal imposto. Como lembra o mesmo autor, de um

universo de 9.300.000 (nove milhões e trezentos mil) contribuintes, 5.000.000 (cinco milhões) ficaram imunes (ZILVETI, 2004, p. 205).

Seguindo o exemplo alemão, ao longo do século XX, outros países incorporaram a preocupação com o estabelecimento de um mínimo existencial em seus textos constitucionais. Exemplo disso é Liechtenstein, que de 1921 até hoje mantém expresso o mínimo existencial, em matéria tributária, no artigo 24, I, da sua Constituição: "o Estado estabelecerá por via legislativa um sistema tributário igualitário, por meio da fixação de um mínimo existencial isento e uma maior incidência sobre as fortunas e rendas mais altas" (ZILVETI, 2004, p. 206).

Apesar de aparecer em textos ao longo do início do século XIX, é somente a partir da metade do Século XX que o reconhecimento desta garantia toma ênfase.

Dos estudiosos alemães, um dos que se destaca na doutrina do pós segunda grande guerra é Otto Bachof, por entender que a dignidade da pessoa humana estaria vinculada à garantia de um mínimo de segurança social, que, por sua vez, não se configuraria sem a garantia de recursos materiais básicos para os indivíduos (SARLET, 2001, p. 296).

Logo após o reconhecimento da necessidade de padrões mínimos de vida a serem assegurados aos indivíduos, no início da década de 1950, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu a existência de um mínimo existencial a ser preservado pelo Estado. Mais tarde, passadas aproximadamente duas décadas, o conceito foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), em decisão histórica. Sarlet (2001, p. 297) apresenta uma tradução de um trecho da decisão:

> [...] certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais (BVerfGE 40, 121:133).

Ainda sobre o contexto alemão, Sarlet e Timm (2008, p. 19) afirmam que:

> Em que pese não existirem, de um modo geral, direitos sociais típicos notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) – excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (para muitos não considerados propriamente direitos sociais) –, a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma

> existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

A garantia do mínimo existencial não foi prevista, contudo, exclusivamente em regramentos domésticos. No cenário internacional, em especial nas declarações internacionais de direitos humanos, ela também apareceu.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz previsão expressa neste sentido, ao dispor que "toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, texto digital).

Há de se citar também o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDICP), responsável pela ampliação do catálogo de direitos constantes da Declaração de 1948. Dentre as preocupações presentes no Pacto encontra-se, no artigo 11, o reconhecimento ao direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, incluindo a alimentação, vestimenta e moradia, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Neste mesmo artigo também é reconhecido o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, devendo o Estado adotar, para tanto, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias.

Outro texto a referir tal garantia é a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Aprovada pela Resolução 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986, declarou em seu art. 1º o "direito ao desenvolvimento humano". Em seu artigo 1°, § 1°, estabelece, ainda, que "o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados"; e segue estabelecendo, no artigo 2°, § 3°, que "os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição eqüitativa dos benefícios daí resultantes".

Ainda de maneira exemplar, estabelece em seu artigo 8°, § 1° que

> Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais (DECLARAÇÃO SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, texto digital).

A Declaração do Milênio das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, texto digital) também demonstra preocupação com os direitos relacionados ao mínimo existencial, uma vez que, dentre o conjunto de objetivos-chave propostos, encontram-se os direitos humanos e a erradicação da pobreza. Enfim, não são poucos os instrumentos internacionais que preveem a proteção do núcleo essencial dos direitos pertinentes às necessidades básicas do ser humano.

Retornando ao cenário nacional, no Brasil, a Constituição Federal de 1946 (de caráter democrático e social), em seu artigo 15, §1º, determinava que seriam isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificasse como mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. Percebe-se, pois, uma preocupação – embora incipiente ainda – com o mínimo vital ou mínimo existencial, haja vista que tal dispositivo corresponde a um instrumento de proteção da incidência tributária de alguns produtos que fariam parte de um conjunto minimamente necessário à sobrevivência do cidadão (BORGES, 2001 p. 52).

No período compreendido entre a Constituição de 1946 e a Constituição de 1988, o mínimo existencial pouco apareceu na doutrina e na jurisprudência brasileira. Não obstante sua previsão constitucional, a garantia do mínimo existencial não foi o objeto de central preocupação, neste período marcado especialmente pelos vinte anos de ditadura militar (1964/1984).

A Constituição Federal de 1988 também não faz referência expressa ao princípio do mínimo existencial. No entanto, uma leitura atenta de seu texto deixa clara a incorporação implícita desta garantia, em especial quando adota como princípio basilar a dignidade da pessoa humana e, como objetivos fundamentais, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



Uma vez levantados os elementos históricos que contribuíram para a evolução da garantia ao mínimo existencial, passa-se, agora, a examinar os elementos representativos de seus contornos conceituais.

1.1 Mínimo Existencial: Contornos Conceituais

Conceituar a garantia ao mínimo existencial não constitui tarefa fácil, uma vez que tal expressão encontra-se repleta de subjetividade. Mesmo assim, pretende-se, com apoio da doutrina, traçar alguns contornos conceituais que poderão contribuir com as discussões posteriores.

Para Ana Paula de Barcellos *apud* SARLET e TIMM (2008, p. 77), o chamado mínimo existencial está vinculado às condições materiais básicas para existência humana e tem como núcleo a dignidade da pessoa humana. A autora entende ser o mesmo composto por quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

Com uma proposta diferente da de Barcellos, SARLET (2001, p. 26) informa que o que compõe o mínimo existencial reclama uma análise (ou pelo menos a possibilidade) de uma averiguação à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.

A proposta da doutrina alemã, anteriormente referida, vincula a garantia do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, a qual, vale lembrar, configura um conceito indeterminado, ou seja, não ajuda muito na conformação mais objetiva de seus parâmetros (PÉREZ LUÑO, 2005 p. 324). Neumann, referido por Sarlet, lembra que a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação. Assim, "a necessária fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente" (SARLET; TIMM, 2008, p. 20). Ou seja, para o estabelecimento do mínimo existencial, deve-se considerar o entorno, a realidade sócio-econômica da qual o indivíduo que pleiteia tal garantia faz parte.

SARLET e TIMM (2008, p. 21) seguem referindo a lição de Neumann

> Tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não

> corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.

Segundo LEAL (2009 p. 91), para a doutrina internacional, o mínimo existencial impõe condições mínimas para uma vida humana digna. As pessoas devem possuir condições mínimas de sustento físico próprio e, ainda, condições para participar da vida social de seu Estado, mantendo relacionamentos com seus pares, na sociedade na qual vivem.

Não obstante haja um certo consenso conceitual acerca da definição do mínimo existencial, há de se reconhecer que a principal dificuldade reside em comprender a amplitude de seu significado (interpretação) e consequentemente há uma inequivoca dificuldade de se estabelecer critérios objetivos para sua implementação.

De qualquer forma, a idéia de mínimo existencial pode ser compreendida como um direito às condições mínimas necessárias para uma existência humana digna. Embora não se possa considerar como componentes do mínimo existencial todos os direitos constitucionalmente protegidos, pode-se afirmar que a concretização daqueles direitos fundamentais intrinsecamente decorrentes do princípio da igualdade – notadamente numa perspectiva material – certamente ocupam um espaço insubstituível na sua garantia. Ademais, direitos como saúde, alimentação e assistência social básica, positivados no artigo 6º da Constituição Brasileira, também compõem o núcleo essencial da vida humana.

Como mencionado por Neumann, acima referido, a dignidade não é passível de quantificação. Mas, como para a maioria dos autores o mínimo existencial vincula-se à dignidade da pessoa humana, poderia este ser alvo de quantificação? Acerca desta questão discorrer-se-á no tópico que segue.

1.2 Mínimo existencial: há parâmetros para sua quantificação?

Para iniciar tal análise, cabe referir que o mínimo existencial, enquanto elemento básico relacionado à proteção e realização dos direitos fundamentais, vincula o Estado, imputando-lhe duas formas de conduta: um *status negativus* e um *status positivus*. No *status negativus*, impõe-se ao Estado uma postura não intervencionista, no sentido de garantir a liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência. Já no *status positivus* cabe ao Estado prestações positivas de natureza prestacional e assistencial (PALAYO apud LEAL, 2009, p. 91 e 92). Esta dualidade reflete e acompanha tanto a classificação das dimensões de direitos

fundamentais (direitos individuais negativos, direitos sociais positivos), assim como a própria teoria dos status de Georg Jellinek (*status negativus, status positivus*).

Acerca da instituição de parâmetros para sua definição, cabe lembrar Vieira de Andrade apud Leal (2009 p. 92), que sustenta que o tema do mínimo existencial não está relacionado somente com os aspectos qualitativos que demarcam os direitos fundamentais. Para o autor, tais parâmetros alcançam a órbita quantitativa da qualidade de vida humana mensurável.

A tarefa apresentada, não é de fácil monta. Neste sentido, LEAL (2009, p. 92) afirma que

> a perspectiva de mínimo existencial que chega, por exemplo, ao Judiciário, para fins de proteção, apresenta-se centrada – geralmente – numa ótica individual, sem levar em conta as dimensões e impactos sociais pertinentes à espécie (cada qual quer o SEU direito à saúde, não importante se, para atendê-lo, ter-se-á que sacrificar o direito à saúde de muitos), razão pela qual, na dicção de Ricardo Torres – com o que concordo no ponto -, é cada dia mais difícil estremar o mínimo existencial, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e aos direitos sociais.

Torres corrobora tal posicionamento, quando refere que o mínimo se revela como uma incógnita muito variável, pois pode abranger qualquer direito em sua dimensão essencial inalienável. Para o autor o mínimo existencial não pode ser quantificado, uma vez que envolve em especial aspectos qualitativos (valorativos), e não quantitativos (TORRES, 2002 p. 144).

Desta forma, como mencionado anteriormente, a fixação do mínimo se moldará segundo o conceito adotado de necessidades básicas pela sociedade, sendo passível de definição legal pelo legislador e sujeitando-se à apreciação do Judiciário, quando provocado em um determinado caso concreto.

Em verdade, o que se percebe é que o mínimo existencial incorpora o denominado "estado espiritual" *(geistige Situation)* de seu tempo, conforme propõe Konrad Hesse, ou seja, ele possui, assim como os direitos fundamentais, uma perspectiva histórica, cultural e contingencial. Este estado concede especial força normativa a tal garantia, que, com o apoio e a defesa da consciência geral, passa a ser compreendido, assim, como a "vontade de Constituição". Isso significa, pois, um estado espiritual que faz com que a sociedade queira fazer valer esta mesma Constituição, conferindo-lhe especial força normativa (HESSE, 1991 p. 20).

Sendo mais preciso, Leal (2009 p. 96) propõe que o Brasil hoje conta com o que denomina de "indicadores constitucionais parametrizantes" do mínimo existencial, que, em sua

opinião, são públicos e cogentes, não podendo ser desconsiderados por quem quer que seja (setor público ou privado). Neste sentido, segue:

> Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Enfim, percebe-se que a definição dos parâmetros de quantificação do mínimo existencial não podem ser relacionados de forma objetiva, até porque tal situação poderia gerar a exclusão de novos parâmetros. Não obstante, mesmo não sendo possível relacioná-los, está claro, a partir do exposto, que os princípios norteadores existem e se alicerçam nos princípios fundantes da Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer, assim que o que permanece em aberto, portanto, é a necessidade de interpretação e de sua realização no caso concreto, segundo o momento histórico e a realidade socio-cultural.

Dentro deste contexto, a atuação do Poder Judiciário ganha destaque, razão pela qual passa-se, agora, à análise de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que se possa realizar uma contextualização da forma de incorporação da garantia do mínimo existencial na jurisprudência Pátria e, por consequência, analisar de que forma esta garantia pode operar como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas.

1.3 O Supremo Tribunal Federal e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

A intenção deste item não é de discutir acerca da legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas, haja vista que tal tentativa imporia uma análise aprofundada dos propósitos inscritos no princípio da separação dos podereres e na ordem constitucional brasileira. O que se pretende então é analisar de que forma a jurisprudência tem se pautado no enfrentamento da questão concernente ao mínimo existencial.

A escolha das jurisprudências analisadas ocorreu a partir da realização de uma pesquisa no ano de 2014, junto ao sítio do STF, onde os parâmetros de busca foram as expressões “mínimo” e “existencial”. A busca acusou a presença de 13 acórdãos, dos quais identificaram-se 02 para realização de uma análise mais aprofundada, visto que um dos critérios de exclusão

dizia respeito ao fato dos demais versarem sobre direitos prestacionais. A análise dos acórdãos considerou o aspecto qualitativo.

Assim, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não será feita a partir da perspectiva da legitimidade do Poder Judiciário no exercício do controle de políticas públicas – mesmo que em alguns momentos sejam tecidos comentários acerca disso – mas sim a partir da concepção de como deve ocorrer tal controle, ou seja, de que forma esse controle tem ou não observado a garantia do mínimo existencial.

Para tanto, a seguir, serão analisados dois julgados do STF: um em que o emprego da garantia do mínimo existencial foi feito de forma direta e outro no qual o seu uso aparece como uma consequencia indireta da deliberação.

1.3.1 Análise do Recurso Extraordinário n° 482.611\SC

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, o qual entendia que a implementação do Programa Sentinela - Projeto Acorde, no município de Florianópolis, deveria ocorrer na medida das possibilidades do poder público, contrariando a decisão do juiz de primeira instância, que havia se manifestado favorável à manutenção do Programa por parte do Município.

O Programa Sentinela - Projeto Acorde foi implantado pelo município de Florianópolis – SC, no ano de 1991, com o objetivo de atender crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso e exploração sexual. E este atendimento consistia, num primeiro momento em oferecer a estrutura necessária para permanência das crianças e adolescentes, funcionando como um albergue. A partir de 2001 o programa passou a se preocupar também com a adoção de medidas preventivas, contemplando o atendimento dos familiares.

Segue o teor de parte da ementa do acórdão do Tribunal de Justiça de SC:

> Apelação cível. Ação civil pública. Programa Sentinela - Projeto Acorde. Atendimento de criança. Determinação judicial. Impossibilidade. Princípio da separação dos Poderes. Política social derivada de norma programática. Recurso provido. À Administração Pública, calcada no seu poder discricionário, compete estabelecer as políticas sociais derivadas de normas programáticas, vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que norteiam as prioridades traçadas pelo Executivo.

O Ministério Público, parte recorrente, sustentou que o acórdão impugnado teria transgredido o art. 227 da Constituição da República, que rege:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A posição do Ministério Público foi no sentido de que não poderia haver discricionariedade por parte do Poder Público para deliberar sobre a implementação ou não do Programa.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, proferida no voto do Ministro Relator Celso de Mello, foi no sentido de que "os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, "*caput*", da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social" (BRASIL, 2015, fl. 9).

Entendeu o magistrado que, em se tratando de um direito social de alta relevância, não há como se cogitar a possibilidade de discricionariedade político-administrativa decorrente de questão orçamentária. Para o Ministro, deveria, portanto, ser acolhida a pretensão recursal do Ministério Público de Santa Catarina, em face da jurisprudência firmada pelo STF sobre a questão examinada no sentido de que o cumprimento dos direitos prestacionais básicos é obrigatório, não sendo permitida a oposição, nesses casos, da reserva do possível.

Da mesma forma, entendeu que, em momento algum, acolhendo o Recurso Extraordinário, estaria o Judiciário promovendo alguma intervenção em esfera reservada aos demais poderes da República, já que a ineficiência administrativa, aliada à omissão e à incapacidade de gerir os recursos públicos, não podem ser compreendidos como obstáculos para a concretização da Constituição.

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, ainda, decisão anterior sobre o mesmo tema (AI 583.264/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Ministro deu conhecimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo

magistrado local de primeira instância que, concretamente, determinava que, o Programa Sentinela deveria ser mantido pelo município.

A questão enfrentada no Recurso Extraordinário ora analisado trouxe à tona, portanto, a discussão acerca do papel do Judiciário no contexto brasileiro, bem como a classificação dos direitos fundamentais e sua aplicação, bem como o papel do Judiciário em sua efetivação. Dentro deste contexto, destacam-se três eixos: a classificação dos direitos sociais; a reserva do possível e o chamado "mínimo existencial", sobre os quais se discorrerá a seguir.

O caso em questão versa sobre a aplicação do artigo 227 da CF/88, que se encontra dentro do capítulo da ordem social, integrando, assim o rol de direitos sociais, que pertencem ao grupo dos direitos positivos ou prestacionais.

Neste sentido referem SARLET e TIMM (2008, p. 15-16):

> Se os direitos sociais na sua dimensão de direitos a prestações (que, segundo Alexy, correspondem aos direitos a prestações em sentido estrito, no sentido de direitos subjetivos a prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito) também implicam direitos subjetivos negativos - impedindo, por exemplo, restrições que violem o seu respectivo núcleo essencial, que, por sua vez, sempre serão desproporcionais – há que destacar que a Constituição de 1988 incluiu no rol de direitos sociais, típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como dão conta, entre outros, os exemplos do direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade).

Como direito social de alta relevância, a proteção à criança e ao adolescente requer do Estado o desenvolvimento de políticas públicas que busquem dotar de máxima eficácia, segundo o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, a previsão constitucional.

Ocorre que, diante de uma demanda cada vez maior e de orçamentos cada vez mais limitados, o poder público tem alegado, como força legitimamente de se abster desta obrigação, a denominada “reserva do possível”.

A reserva do possível, segundo Sarlet, abrange uma dimensão tríplice:

> a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET; TIMM, 2008 p.30).

Devido à importância da temática, conforme o entendimento do Ministro Celso de Mello na questão analisada, não existe a possibilidade de o poder público alegar tal reserva, até mesmo porque a questão envolvida no julgamento estava adstrita ao denominado “mínimo existencial”.

> A cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A decisão indica assim que incluindo-se o conteúdo na esfera do mínimo existencial a reserva do possível não se aplica.

A questão, a saber, é se a proteção da criança e do adolescente em relação a atos de violência se enquadra no conceito de mínimo existencial, não podendo, portanto, ser confrontada com o orçamento, ou se, não sendo enquadrada como tal, pode o Judiciário forçar o Executivo a implementar políticas públicas direcionadas a este tema.

Tendo tal questionamento como pano de fundo, a segunda questão a ser enfrentada é: considerando-se o orçamento público existente, o administrador tem ou não discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social, quando estas compõem a esfera do mínimo existencial? E ainda: cabe ao Judiciário intervir nestas questões? Até onde pode ele intervir?

Enfim, percebe-se que, apesar da clara tentativa, não se consegue fugir dos questionamentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

O voto do Ministro Celso de Mello refere (fl. 2) que "a proteção aos direitos da criança e do adolescente qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, impondo, para tanto, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só de desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, (...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Verifica-se, assim, que a falta de implementação de políticas públicas na área da criança e do adolescente pode acarretar um desrespeito à Constituição e, até mesmo, uma inconstitucionalidade por omissão.

Disto se tem certeza! A questão que se coloca então é: como concretizar tais medidas em um contexto marcado por um incremento da demanda e ao mesmo tempo por uma arrecadação insuficiente para o atendimento da mesma? Talvez a aplicação do princípio da eficiência possa ser uma resposta viável.

Ser eficiente significa a "otimização do emprego dos meios disponíveis para, com eles, obter os melhores resultados possíveis, relevantes para o interesse público". A Administração deve considerar "o aspecto da economicidade, de modo a verificar o emprego adequado dos recursos no contexto das políticas públicas direcionadas à realização dos direitos fundamentais" (SARLET; TIMM, 2008, p. 136).

A questão é: quem deve avaliar se a administração está agindo de forma eficiente? Quais são os parâmetros para se estabelecer quando uma política pública é eficiente? Enfim, o desafio é grande, visto que, busca-se em um conceito aberto e indeterminado a objetivação ou o parâmetro/critério para o conceito de mínimo existencial.

Neste sentido, também é de total relevância o denominado "controle social" da administração pública. Quando se constata a existência de recursos cada vez mais escassos para a realização de políticas públicas, torna-se essencial a participação da população nas discussões acerca das prioridades orçamentárias. Exemplos como o orçamento participativo - atual Processo de Participação Popular - podem ser citados, mas devem ser aperfeiçoados, visto que eles normalmente permitem a discussão apenas sobre percentuais ínfimos do orçamento.

Além de participar das discussões orçamentárias, cabe aos cidadãos também o controle social dos gastos públicos. Sabe-se, contudo, que tal controle só se tornará efetivo se a população tiver maior conhecimento e informação para decidir, o que, todavia, nem sempre ocorre; mas este não pode ser um fator que implique no abandono da ideia de participação na deliberação de tais gastos. Pelo contrário, deve-se buscar ampliar os espaços de discussão e de participação e, nestes, a informação deve ser difundida, para que a falta de participação não implique na aplicação interessada e\ou particularizada dos recursos de todos.

Não obstante o exposto resta uma questão a ser enfrentada: qual é o papel do Poder Judiciário neste processo? Pode ele seguir decidindo de forma casuística e pontual as questões envolvendo os direitos sociais ou deve ele exercer o controle da implementação de políticas

públicas? O mínimo existencial deve ser o parâmetro delimitador da discricionariedade no âmbito das políticas públicas?

Considerando tudo que foi colocado até o momento, com o objetivo de que os princípios fundantes da atual ordem constitucional sejam observados, tem-se que cabe, sim, ao Judiciário o controle de políticas públicas, para garantir a correta aplicação do dinheiro público no desenvolvimento e realização das mesmas, acompanhar o atingimento das metas e resultados decorrentes das escolhas realizadas e garantir a aplicação do mínimo vital ou existencial.

Não cabe, contudo, ao Judiciário interferir em matéria orçamentária, sob pena de atingir a decisão dos poderes que representam a maioria, como é o caso do Legislativo.

Posição um tanto diferente é adotada pelo Ministro Celso de Mello no acórdão analisado (folhas 5 e 6), posto que este entende que o Judiciário deve suprir eventuais lacunas em matéria de implementação de políticas públicas, como se percebe na seguinte fala: "Impende assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados da estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame" (BRASIL, 2005).

As ações do Judiciário devem ficar adstritas à efetivação das políticas públicas previstas constitucionalmente e mesmo assim, muitas vezes, sem eficiência, posto que, isto pode implicar em questões orçamentárias. Enfim, deve o mesmo intervir, mas sem interferir nas competências dos demais poderes. Reconhece-se que isto é um tanto quanto difícil.

1.3.2 Análise do Recurso Extraordinário 410.715-5\SP

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Município de Santo André contra decisão que conheceu e deu provimento ao Recurso Extraordinário deduzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, envolvendo o atendimento em creche e pré-escola de crianças de até 06 (seis) anos de idade, onde se invocou o dever jurídico de prestação do direito à educação, instituído constitucionalmente, por parte do Município.

Segue o teor de parte da ementa do acórdão:

> Recurso Extraordinário - Criança de até 06 anos de idade - Atendimento em creche e pré-escola - Educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) - Compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2°) - recurso improvido.

O Município, parte agravante, sustenta que não é possível cobrar somente do Município a manutenção do sistema de ensino. Entende o mesmo, a partir do disposto na Emenda Constitucional n°. 14/96, que fixa os limites orçamentários que devem ser aplicados ao ensino e define as atribuições dos entes federados para acerca da matéria, que a oferta de ensino deve ser compartilhada entre a União, os Estados e os Municípios. Opõe, ainda, a crescente demanda em torno do atendimento em creches e a diminuição dos repasses orçamentários para atender a tal demanda. Menciona que o deferimento das medidas liminares e de sentenças obrigando a criação de vagas, a partir do disposto no Estatuto da Criança e Adolescente, promove uma indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo.

A decisão proferida no voto do Ministro Relator Celso de Mello foi no sentido de que

> o direito à educação qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, cujo adimplemento, por ser considerado um direito de segunda geração, impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de zero a seis anos de idade (BRASIL, 2005, fl. 10).

Como se constata na decisão em foco, o não cumprimento desde verdadeiro dever constitucional de fazer pode caracterizar uma inaceitável omissão do Poder Público.

Quanto à determinação, por parte do Judiciário, no sentido de ditar as políticas públicas necessárias, comenta o magistrado que não é função precípua do Judiciário a definição de políticas públicas. Não obstante, poder-se-á atribuir excepcionalmente ao mesmo tal incumbência, "se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional" (BRASIL, 2005 fl. 10). Enfim, mesmo que não seja função precípua desse, cabe mais uma vez ao Judiciário fazer tal avaliação.

Segue o Ministro mencionando que por se tratar de direito fundamental e estar intimamente ligado com os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, o Judiciário

encontra-se autorizado a adotar provimentos jurisdicionais para a concretização desse direito e o atendimento dos direitos prestacionais. A partir do disposto, a Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo.

A discussão enfrentada no Recurso Extraordinário ora analisado faz referência, num primeiro momento, à teoria do custo dos direitos. A relação que se estabelece entre esta teoria e a garantia ao mínimo existencial é direta, uma vez que, apesar de não se poder alegar que os custos do direito transformem-se em um empecilho para concretização do mínimo existencial, o mesmo acaba ocorrendo.

Percebe-se no voto do Ministro Celso de Mello (fls. 10-11) a aceitação da teoria dos custos dos direitos quando este refere que

> Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado na Carta Política.

Apesar do entendimento do Ministro ser no sentido de que, havendo alegação plausível de incapacidade econômico-financeira por parte da pessoa estatal, desta não se pode exigir a prestação devida, a cláusula da reserva do possível só poderá se aceita se houver um justo motivo objetivamente aferível.

Ou seja, não se pode permitir que o Município invoque a discricionariedade para, com base em mera conveniência ou juízo de oportunidade, julgar se deve ou não prestar o direito à educação. Em matéria de concretização de políticas públicas constitucionais, a discricionariedade deve ser limitada. A margem de discricionariedade é mínima.

Em um contexto no qual as demandas são cada vez maiores e os recursos escassos, diante de um dever de prestação social, cabe ao ente público a aplicação dos recursos da forma mais eficiente possível, uma vez que, em se tratando de direitos fundamentais, deve pautar sua atuação no sentido de, pelo menos, garantir o mínimo existencial. E certo, contudo que a questão central continua sendo a de definir no que consiste o mínimo existencial e até onde vai esta responsabilidade.

Como se pode perceber no acórdão, a garantia ao mínimo existencial não é referida diretamente no voto do Ministro, mas pode ser depreendida a partir da sua preocupação com a garantia do básico em matéria de educação.

Também fica demonstrada assim a íntima ligação entre o princípio da proporcionalidade e o conceito de mínimo existencial, visto que, o direito à educação ora defendido, não diz respeito, por exemplo, ao oferecimento de cursos de pós-graduação. Trata, pois, da garantia dos níveis básicos de educação, mesmo que se esperem políticas públicas nesse sentido, por meio do oferecimento de Doutorados gratuitos nas Universidades federais e a concessão de bolsas por órgãos de fomento como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes.

Sobre a aplicação dos recursos, HOLMES e SUNSTEIN (2000, p. 225) defendem que, pelo fato dos serviços públicos estarem vinculados a garantia do bem-estar individual e coletivo, os direitos constitucionais, pressupõem decisões políticas sobre a forma mais eficiente de se aplicar os recursos existentes, em especial pelo fato desses serem, na maioria das vezes, escassos.

E seguem os mesmos referindo que em uma democracia, as despesas geradas em prol da coletividade devem ser acompanhadas por esta. Quanto mais escassos forem os recursos públicos, mais importante a manifestação do povo. É ele quem deve estabelecer se determinado gasto "vale a pena" e se os benefícios recebidos são equivalentes aos gastos realizados (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 226). Ou seja, percebe-se claramente aqui a vinculação com o princípio da proporcionalidade.

Verifica-se, assim, que o custo dos direitos levanta não só a questão da responsabilidade democrática e da transparência do processo na alocação de recursos, mas também apresenta um núcleo relacionado à equidade e à justiça distributiva.

Trazendo sua contribuição, Leal refere que de forma geral, impera um certo "consenso" por parte dos administradores públicos contemporâneos, ocasionado pela falta de recursos, de que em determinadas situações somente o mínimo existencial pode ser ofertado e garantido. Mínimo esse entendido aqui como o núcleo da dignidade da pessoa humana (LEAL, 2009, p. 100).

Para SUNSTEIN e HOLMES (2000, p. 226), a questão aqui é se, como atualmente concebidos e implementados, os desembolsos para a proteção da sociedade beneficiam os

direitos como um todo, ou pelo menos a maioria dos seus membros, ou apenas os grupos de influência política. A distribuição dos recursos observa os critérios de equidade e justiça?

Apesar de se concordar com a postura do Ministro no presente caso - no sentido de se reconhecer o Município como responsável pela implementação da política pública educacional - entende-se que deve haver certo cuidado na aplicação dos direitos sociais, para que estes não se enquadrem como uma política de manutenção do *status quo*, onde ricos e pobres permanecem socialmente apartados. Ou seja, não basta apenas garantir direitos sociais que assegurem uma satisfação mínima das necessidades básicas de sobrevivência. Especialmente no Brasil, a realização dos direitos fundamentais social há de visar a minimização do imenso fosso social ainda reinante neste país.

Em vista disso, manutenção por parte do Estado de programas assistencialistas e sociais não deve ter o caráter perpétuo. É necessário desenvolver programas e políticas públicas voltados para uma maior capacitação dos excluídos com o objetivo de permitir que estes deixem de depender do Estado em um determinado momento e, com isso, quase que automaticamente, reduzir-se-á paulatinamente a vexatória desigualdade social no Brasil, conforme dados do RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO (2009).

Neste sentido, questionam Sunstein e Holmes de que forma é possível auxiliar os pobres, sem que isso se transforme em uma rotina de dependência, desses para com o Estado. Ou seja, a preocupação dos autores sugere a realização de programas voltados para o bem-estar da população, mas também para o aumento da autonomia e iniciativa (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 214).

Um exemplo brasileiro é o programa denominado "Bolsa-Família". Ao condicionar o acesso ao benefício à frequência escolar e à apresentação da carteira de vacinação dos filhos dependentes, investe-se indiretamente em capacitação e em saúde preventiva, com vistas a uma futura emancipação social.

Em que pese reconhecer-se que o ideal a ser objetivado é a independência do indivíduo em relação ao Estado, há de se reconhecer que, no que diz respeito a determinados direitos, tem-se que, em determinados direitos, o Estado não pode se omitir de seu constitucional dever de garanti-los. É o caso do mínimo existencial e, mais especificamente, do direito à educação enquadrado como um conteúdo integrante e necessário do mínimo existencial.

Como lembram SUNSTEIN e HOLMES (2000, p. 213), referindo-se à educação:

> Este bem, numa sociedade liberal, não é distribuído exclusivamente de acordo com o princípio do mercado. Esforços educacionais da nação não se concentram exclusivamente para aqueles que estão "dispostos a pagar". Formamos jovens talentosos de todos os escalões da sociedade para tornar-se cirurgiões cardíacos e engenheiros aeronáuticos, ao invés de simplesmente leiloar essa formação aos filhos de pais que estão em posição de fazer o lance mais alto. A nação pede talento para fins coletivos, sempre que esse talento pode ser encontrado.

O que fica evidente é que não há como se abrir mão da figura do Estado, ou minimizá-lo como pretendem os liberais. Seja na promoção de políticas públicas educacionais, seja na manutenção da propriedade, o Estado é necessário.

Mesmo no sistema americano, no qual os direitos sociais não são garantidos constitucionalmente e as liberdades individuais são exaltadas, há o entendimento de que tal liberdade não é absoluta; a figura do Estado continua existindo, demonstrando que também as liberdades privadas têm custos públicos. A manutenção da segurança, a garantia em torno das liberdades individuais e o direito de propriedade, são exemplos disso.

Tendo-se como certa a presença do Estado para a implementação de determinados direitos fundamentais e a idéia de que o cumprimento destes mesmos direitos exige gastos públicos, torna-se ainda mais importante, por sua vez, o debate público em torno da alocação dos recursos. Como refere LEAL (2009, p. 97): “Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam – em tese – advir políticas públicas concretizadoras, que operem em diversos níveis de efetivação, tais como os da elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contanto para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que constituem o espaço público efetivamente legítimo das políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e da mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização ao máximo possível, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores”.

Quanto mais democrático e deliberativo for o debate público, de melhor forma serão aplicados os recursos existentes.

Para Sunstein e Holmes, o debate público deve ser permeado pelas seguintes questões: (1) Quanto queremos gastar em cada direito? (2) Qual é o pacote ideal de direitos, uma vez que os recursos são escassos? (3) De acordo com que princípios o dinheiro dos impostos será alocado? (4) Que grupos devem ser beneficiados? (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 229).

Tal debate deveria ser conduzido pelo poder que representa a vontade da maioria, ou seja, o Poder Legislativo, sob pena de, em não o fazendo, novamente se dar espaço para uma maior deliberação por parte do Poder Judiciário.

Enfim, a análise do Recurso ora analisado demonstrou que, apesar do conceito de mínimo existencial ter sido utilizado somente de forma implícita, não há como negar que o direito à educação compõe seu núcleo essencial. Depreende-se pois, que mesmo diante de um cenário marcado pela escassez de recursos, não é permitido ao gestor público, opor a denominada reserva do possível, quando da instaruação de demandas vinculadas ao ensino público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das discussões travadas, pode-se perceber que, nos casos analisados, a referência ao mínimo existencial ocorreu de forma muito incipiente. Como são poucos os casos em que o STF se vale desse argumento para decidir, não é possível afirmar ainda que ele esteja sendo utilizado, efetivamente, como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Já nos tribunais inferiores, o seu uso parece ser mais disseminado, em especial em causas envolvendo a aplicação do direito à saúde.

Do que se tem certeza a partir da construção teórica realizada até o momento é que a utilização do mínimo existencial para tal finalidade poderia contribuir para aplicação dos preceitos constitucionais em tempos de crise. Ou seja, considerando-se que os recursos existentes não suprem as demandas instituídas a partir das garantias constitucionais, garantir um mínimo vital é o que mais aproxima a decisão de um senso de justiça.

Sabe-se contudo, que tal afirmação não resolve de todo a problemática relativa à prestação dos direitos sociais, talvez ela até mesmo a potencialize, ou, crie ainda, um impasse entre dois Poderes onde, de um lado estaria o Judiciário ordenando o cumprimento de uma prerrogativa constitucional e, de outro, o Executivo, anunciando a escassez de recursos e a preocupação com um ordem de prioridades que contemple à coletividade. Tais conflitos, no entanto, não podem atribuir a condição de norma programática ao texto constitucional, uma vez que neste caso, a parte lesada, efetivamente seria a mais fraca. Ao Judiciário não resta outra alternativa.



Ainda da análise dos Recursos Extraordinários examinados, pode-se depreender que existe um espaço a ser apropriado em matéria de conceituação do que compõe a garantia do mínimo existencial. No recurso de Santa Catarina, em que essa garantia foi utilizada expressamente, o mínimo existencial não é conceituado. O que fica claro é que o Ministro Celso de Mello entende que o direito à educação faz parte de tal garantia. Tem-se assim que a conotação da garantia se vincula a aspectos qualitativos e não quantitativos, evidenciando, novamente, a dificuldade em se falar na quantificação do que compõe o mínimo existencial.

É neste sentido que se reforça a importância da definição, por parte do Supremo Tribunal Federal, para tal garantia, haja vista que as diferentes fundamentações acerca do que vem a ser o mínimo existencial podem conduzir a consequencias jurídicas distintas.

Os aspectos a serem considerados na aplicação do mínimo existencial não devem ser matemáticos, mas sim sociais. Assim sendo, a quantificação do que compõe tal garantia se torna irrelevante para sua aplicação. A definição do mínimo existencial passa então pela eleição dos direitos fundamentais, ou do núcleo essencial, compreendidos por essa garantia.

Um dos óbices apresentados para o cumprimento dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, é seu custo de efetivação. Alguém deve pagar por eles. E, pelo que parece, o atual cenário político-econômico não comporta a execução de todos os direitos propostos no texto constitucional.

Assim, diante da falta de recursos, a utilização do mínimo existencial como parâmetro de definição de políticas públicas e das condições materiais mínimas para uma vida digna pode sinalizar o melhor caminho a ser trilhado.

O que fica evidente, enfim, é que a conceituação do que compõe o mínimo existencial não pode deixar de observar os fundamentos maiores do Estado Brasileiro, previstos na Carta Magna de 1988, e, dentre estes, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo n.º 70041750316, Primeira Câmara Cível. Relator: Jorge Maraschin dos Santos. Julgado em 27/04/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=AGRAVO+70041750316&tb=jurisnova&pesq=ementario

&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70040804098, Primeira Câmara Cível. Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 27/04/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+70040804098&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 14 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n°. 410.715-5/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22/11/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 23/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n°. 482.611/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 23/03/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado dos impostos:* Estudo Theorico e Pratico. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Mínimo existencial: um parâmetro para o controle das políticas sociais de saúde.* Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=187325>. Acesso em: 24 mai. 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights.* New York: Norton, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta:* Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais:* Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Milênio das Nações Unidas. UNRIC – Centro Regional de Informação das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>. Acesso em: 17 mai. 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva.* São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Submissão: 16/03/2017
Aceito para Publicação: 11/08/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

A RESPONSABILIDADE FISCAL COMO CÓDIGO DE CONDUTAS PARA A REALIZAÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS NA EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO OBRIGATÓRIA

FISCAL RESPONSIBILITY AS A CODE OF CONDUCTS FOR PUBLIC SPENDING ON THE IMPLEMENTATION OF MANDATORY EDUCATION POLICY

George Sarmento[*]

Lean Araújo[**]

RESUMO: O direito à educação no Brasil, positivado nas Cartas Constitucionais, foi submetido a avanços e retrocessos quando da produção das oito Constituições, no período de 1824 a 1988. O marco determinante da educação obrigatória e gratuita como direito subjetivo público se deu com a Carta Constitucional de 1988, porém, apesar da instituição de um direito que exige a ação positiva do Estado para o seu contínuo processo de concretude, os gestores têm tergiversado no seu adimplemento, esta tergiversão resulta do não comprometimento dos gestores públicos na adequada produção do orçamento público enquanto instrumento de conquistas das aspirações dos cidadãos, a partir de ações fundadas na responsabilidade fiscal, mediante a alocação de recursos para o adimplemento do direito à educação, razão pela qual o Poder Judiciário, mormente no período pós-1988, tem promovido intervenções para a efetivação do direito à educação, por vezes com forte consequência no processo de execução orçamentária.

PALAVRAS-CHAVE: Orçamento Público. Educação. Direito Subjetivo Público. Responsabilidade Fiscal. Judicialização.

ABSTRACT: *The right to education in Brazil, guaranteed in the constitutional charters, went through advancements and setbacks during the formulation of the eight constitutions, in the period between 1824 and 1988. The decisive moment for obligatory and chargeless education as Subjective Public Right was the Constitutional Charter from 1988. But, despite of the institution of a right that demands a positive State action for its continuous process of implementation, the public administrators have tergiversated in its due performance. This tergiversation is a result of lack of commitment from public administrators in adequately producing Public Budget as an instrument of citizens' achievements and aspirations, from actions grounded in Fiscal Responsibility. This is the reason why the judiciary, specially, after 1988, has promoted interventions to effect the right to education, sometimes with substantial consequence in Budget implementation.*

KEYWORDS: *Public Budget. Education. Subjective Public Right. Fiscal Responsibility. Judicializacion.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Origem e Principais Eixos da Responsabilidade Fiscal. 2 O Limite de Gastos com Pessoal e a Concretude da Política Pública de Educação. 3 Orçamento Público e seu Processo de Evolução na Ordem Constitucional Brasileira. 4 A Intervenção do Judiciário na Execução Orçamentária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A instabilidade política brasileira tem como um de seus elementos motivadores a irresponsabilidade fiscal, propagada no cenário midiático como "*pedaladas fiscais*", fundamento, inclusive, utilizado para provocar a instauração do processo de impedimento da

[*] Pós-Doutor em Direito pela Université D'Aix-Marseille, França. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

[**] Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor da Fundação Educacional Jayme de Altavila e na Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste.

Presidente da República. A implementação da jurisdição extraordinária ou política tem seus dispositivos normativos assentados da Carta Constitucional e na Lei nº 1.079/50, inclusive, o Supremo Tribunal Federal foi provocado para interpretar as normas infraconstitucionais conforme a Carta Política vigente.

No contexto atual, o tema responsabilidade fiscal adquire relevância política e jurídica, permitindo que o debate sobre o Código de Conduta do gestor público (Lei Complementar nº 101/2000) seja submetido a novas reflexões, especialmente, pela escassez de recursos presente no conturbado cenário econômico.

Este artigo se propõe a rememorar a origem da responsabilidade fiscal, o disciplinamento no Estado brasileiro, seus pilares, os limites de gastos fixados para compatibilizar receita x despesa e refletir sobre a política fiscal como a responsável pela efetividade das políticas públicas devidas pelo Estado ao seu destinatário "*o cidadão",* mormente a educação pública obrigatória.

Para melhor fundamentar o estudo da responsabilidade fiscal como pilar determinante da efetivação de direito fundamental prestacional, será imprescindível a análise de abordagem doutrinária propulsora da relevância das finanças públicas na concretude de políticas públicas, na perspectiva de Oliveira e Pazzaglini Filho e de julgados do Supremo Tribunal Federal que afirmam o limite da intervenção do Poder Judiciário nas escolhas firmadas pelos atores dos Poderes legislativo e executivo.

É preocupante que 17 (dezessete) anos após a vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal os gestores públicos adotem práticas incompatíveis com um atuar responsável, considerando, que a essência da responsabilidade fiscal é a compatibilidade entre receita x despesa, cujo processo de harmonização desses elementos implica em crescimento de receita para atendimento das políticas públicas e efetivo custeio da máquina pública, ou, quando da ausência de crescimento da receita, a redução eficiente de gastos sem comprometimento do mínimo existencial, evitando-se com o isso o descumprimento das regras de responsabilidade fiscal.

Inconteste que a responsabilidade fiscal tem como pressuposto a eficiência na produção legislativa do orçamento público, enquanto instrumento de concretude das seguintes aspirações populares: "eficiência econômica, justiça social e liberdade individual, razão por que algumas considerações sobre orçamento público serão imprescindíveis neste estudo.

Registre-se, por fim, que o propósito desta reflexão não é a abordagem sobre a

própria existência e complexa moldura do Estado Fiscal, mas tão somente consignar que a efetividade da política pública de educação obrigatória e gratuita subordina-se a adequação das escolhas dos atores do poder legislativo e executivo, a partir da realidade fiscal do ente federativo, inclusive, com a delimitação da intervenção do Poder Judiciário na constatação da ineficácia da referida política.

1 ORIGEM E PRINCIPAIS EIXOS DA RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar n° 101, editada em 4 de maio de 2000, instituiu normas de finanças públicas destinadas à responsabilidade na gestão fiscal no âmbito da União, dos Estados- membros, dos Municípios e do Distrito Federal, compreendendo o Poder Executivo, as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, bem como o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Na essência, a responsabilidade fiscal tem a finalidade de corrigir as ações da Administração Pública, seja no âmbito dos Estados-membros, dos Municípios ou da própria União, bem como limitar os gastos destes, por intermédio de técnicas gerenciais com base no planejamento, controle externo e interno, e, finalmente, a transparência das ações governamentais em relação à população, sujeitando os gestores ao processo de responsabilização, nos termos da legislação existente, acrescida da alteração imposta pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.

O Título VI (arts. 145/169) da Constituição Federal expressa de forma sistematizada a política econômico-financeira do Estado brasileiro, política esta impositiva para realização das demais políticas públicas positivadas na Carta Constitucional. A sistematização fixada na Constituição Federal para sua concretude se submete à disciplina da Lei nº 4.320/64 e ao cumprimento do código de conduta de que trata a Lei Complementar nº 101/2000. Neste cenário, é de se destacar que a Lei de Responsabilidade Fiscal promoveu o disciplinamento dos arts. 163 e 169 da CF.

OLIVEIRA (2011, p. 460) destaca que as finanças públicas são um fenômeno financeiro representado pela entrada e saída de dinheiro dos cofres públicos, estabelecendo desta forma o ingresso dos recursos púbicos por intermédio dos tributos ou outras receitas, como também a realização dos gastos públicos.

Indiscutivelmente, a responsabilidade fiscal no Brasil constitui um marco relevante no lento e gradual processo de conscientização dos gestores públicos para distinguir o público do privado. Apesar dos 17 anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, os desmandos ainda são diariamente divulgados nas três esferas de governo, o que tem ensejado a propositura de ações penais e civis para a responsabilização dos gestores incorrigíveis na realização dos gastos públicos. Essa irresponsabilidade compromete a concretude das políticas públicas e, em especial, a política pública de educação.

Observe-se a clareza do § 1º do art. 1º da LC 101/2000, ao traduzir o que representa responsabilidade fiscal, que "pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas". Na perspectiva do dispositivo normativo referido, este objetivo somente se concretiza com o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas. Mas, além disto incumbe ao gestor obedecer limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívida consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Resulta claro que a responsabilidade fiscal tem por finalidade orientar a ação dos gestores da coisa pública e que tal orientação compreende a harmonização entre receita e despesa e a concretude das políticas públicas positivadas na Carta Constitucional.

OLIVEIRA (2011, p. 464) assevera sobre os objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal que este marco representa uma verdadeira evolução conceitual, de forma a que o agente público saiba que exerce não apenas um mandato ou função, mas que é integrante de uma ordem completa de preservação dos valores sociais. Assim, é de se destacar que os eixos estruturantes da responsabilidade fiscal no Brasil estão intrinsecamente ligados aos princípios constitucionais da eficiência, da probidade, da economicidade, da publicidade, da moralidade e da impessoalidade, previstos no art. 37 da CF.

PAZZAGLINI FILHO (2001, p. 140) destaca, acerca da responsabilidade fiscal, que o seu propósito é a regulação das finanças públicas, a fim de que a sua gestão seja planejada, eficiente, econômica, proba e transparente, sendo a consequência dessa ação planejada a execução das políticas públicas positivas com a finalidade de atender às necessidades e aos anseios legítimos da sociedade brasileira.

Da análise sistematizada da Lei de Responsabilidade Fiscal quatro eixos são identificáveis: planejamento, controle, transparência e responsabilidade. Passa-se, portanto, à

análise desses eixos, sob a ótica da política pública de educação, quanto à avaliação política dos gestores no seu processo de implantação.

O primeiro eixo – planejamento – exige do gestor o dever de realizar as ações positivas voltadas à concretude da política pública de educação obrigatória e gratuita, sob o manto dos princípios universais da Administração Pública, porém de forma planejada, sem improvisação, visando sempre à escolha do melhor caminho para a obtenção de um resultado que possa efetivamente modificar a realidade, razão por que deve ser sempre submetida à avaliação a política implantada e executada.

Nesta quadra é de se identificar quais os instrumentos legais utilizados no ato de planejar. Dispõe o art. 165 da CF que os instrumentos legais a serem utilizados na tarefa de compatibilizar receita e despesa são o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. PAZZAGLINI FILHO (2001, p. 17) destaca que esses instrumentos legais não são documentos isolados, mas constituem etapas de um procedimento sistêmico, hierárquico e integrado de planejamento da atuação estatal na gestão das finanças públicas.

O plano plurianual, conforme disciplina o art. 35, § 2º, I, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, dispõe que o projeto de lei deve ser encaminhado para o Poder Legislativo dos entes federativos até o quarto mês do primeiro ano do mandato, para apreciação dos parlamentares, cujo conteúdo deve destacar as diretrizes, as metas e contemplar as ações que devem ser efetivadas, com a finalidade de viabilizar as políticas públicas normatizadas na Carta Constitucional.

Neste procedimento sistêmico é de se destacar que a elaboração do projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias deve exigir dos atores envolvidos, enquanto instrumento que é de planejamento fiscal, em harmonia com o Plano Plurianual, a tradução, de forma objetiva, das ações da administração para alocação de receitas e despesas e o montante da dívida, destacando as despesas de capital para o exercício subsequente, a fim de fixar os limites na elaboração do projeto da Lei Orçamentária Anual.

Na sequência de atos para a concretização do planejamento da administração com base nos instrumento legais, tem-se a elaboração do projeto da Lei Orçamentária Anual, o qual deverá compreender o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas estatais controladas e o orçamento de seguridade social, em perfeita harmonia e compatibilidade com os instrumentos legais destacados.

PAZZAGLINI FILHO (2001, p. 19) ressalta que o projeto deve ser instruído com um

anexo atestando a compatibilidade entre a programação dos orçamentos e as metas fiscais de Diretrizes Orçamentárias e com documentos especificando as formas compensatórias da renúncia de receitas e do aumento das despesas obrigatórias de caráter continuado, assim como a previsão de reserva de contingência para pagamento de imprevistos e de eventuais despesas.

Registre-se que a abordagem limitada sobre o procedimento na produção se deve ao fato da interdisciplinaridade da matéria em discussão e à desnecessidade de seu aprofundamento em razão do objetivo do trabalho, porém impende destacar que os gestores, na elaboração de seu planejamento, têm de compreender as políticas públicas de acordo com o grau de prioridade que a ordem constitucional lhes confere, devendo, portanto, realizar as escolhas quanto à alocação de recursos e despesas a atender às expectativas dos menos favorecidos, a fim de que os objetivos da República sejam alcançados, mormente a redução das desigualdades sociais.

Nesta quadra, insere-se indiscutivelmente a política pública de educação obrigatória e gratuita, cuja primazia será fundamentada em tópico próprio com o estudo da interpretação das normas constitucionais e dos princípios. Porém há espaço, neste momento, para identificar os atores no processo de planejamento da política publica de educação obrigatória e gratuita − início, portanto, do caminho para a judicialização desta política pública, quando não implantada ou executada de forma insatisfatória.

A positivação da política pública de educação obrigatória e gratuita como direito subjetivo público, inserta na ordem constitucional, exige dos atores governamentais, sobretudo dos integrantes do Executivo, que a elaboração da proposta orçamentária contemple de forma satisfatória todos os encargos alusivos a despesas com pessoal, custeio e investimento, a fim de viabilizar a efetividade de tal política, sem a ocorrência de retrocesso no seu contínuo processo de concretude.

Outros atores são responsáveis pela efetividade da política em destaque, incumbindo aos integrantes dos parlamentos o processo de adequação dos recursos orçamentários aos gastos exigidos para a concretude desta política. Para tanto, necessário se faz o conhecimento da realidade educacional em que se efetivará a política de educação obrigatória e gratuita, razão por que devem ser confiáveis as informações que retratam a realidade da política educacional.

Dessa necessidade observa-se o papel de atores não governamentais e mesmo

governamentais que, sem poder de decisão, podem influenciar no processo de planejamento compatível e exigível com o contínuo e permanente processo de concretude da educação obrigatória e gratuita. Identificáveis, neste cenário, os educadores, os pesquisadores, as organizações civis, os grupos privados, os conselhos escolares e os cidadãos como agentes do controle social das políticas públicas.

Indagação lógica e imediata: qual o espaço e fundamento legal dessa participação? Este espaço se encontra prescrito no parágrafo único do art. 48 da LRF, o qual consigna que a transparência será assegurada mediante a participação popular e a realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, das leis de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos.

Observa-se, portanto, que ao tempo que se identifica o espaço e o momento de participação dos atores referidos, viabiliza-se também a efetivação do eixo transparência, permitindo que se conheçam as escolhas dos atores públicos no processo de planejamento das políticas públicas. Inquestionável a relevância do preceito, porém necessário se faz que o homem, como razão da existência do Estado, reconheça-se como homem-cidadão e ator principal na transformação do Estado, a fim de que as políticas positivas se convertam em realidade. Indissociáveis à transparência do princípio democrático, decorrendo a publicidade, a participação popular e a motivação que legitimam os atos administrativos e os atos jurídicos.

Pela relevância temática do eixo transparência, impõe-se a transcrição de excertos do voto do Ministro Celso de Mello no MS 24.725, Informativo n° 331 do STF (*apud* OLIVEIRA 2011, p. 465):

> os postulados constitucionais da publicidade, da moralidade e da responsabilidade – indissociáveis da diretriz que consagra a prática republicana do poder – não permitem que temas como os da destinação, da utilização e da comprovação dos gastos pertinentes a recursos públicos, sejam postos sob inconcebível regime de sigilo. Não custa rememorar que os estatutos do poder numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério, eis que a legitimidade político-jurídica da ordem democrática, impregnada de necessário substrato ético somente é compatível com um regime do poder visível, definido, na lição de Bobbio, como "um modelo ideal do governo público em público". Ao dessacralizar o segredo, a atual Constituição do Brasil restaurou o velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, cuja incidência – sobre repudiar qualquer compromisso com o mistério – atua como fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais. O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e que não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como expressivo valor constitucional, incluindo-o, tal a magnitude desse postulado, no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais.

Evidente que apenas se avança na concretude dos direitos sociais positivados na Constituição com a efetividade dos princípios da responsabilidade, da transparência, da publicidade, da moralidade, corolários que são do princípio democrático, devendo, portanto, os recursos públicos ser alocados e empregados em função do homem-cidadão, com escolhas que privilegiem as políticas públicas que se apresentam em posição de primazia, dentre elas, e como a principal delas, o direito subjetivo à educação obrigatória e gratuita.

No curso dos eixos estruturantes da Lei de Responsabilidade Fiscal destacam-se, ainda, o controle e a responsabilidade dos gestores públicos. O controle é indissociável da transparência com a disponibilização dos documentos utilizados no planejamento e na execução dos gastos públicos. É relevante destacar que o controle interno é realizado pelas controladorias dos entes públicos e o controle externo dos órgãos estatais, pelas respectivas Casas Legislativas, com o auxilio dos Tribunais de Contas. Excepcionalmente, o controle pode ser efetivado pelo Poder Judiciário, quando obviamente este for o destinatário da provocação, que, em regra, decorre das ações intentadas pelo Ministério Público.

Os documentos disponibilizados, inclusive em meio eletrônico, de acesso público são os planos, os orçamentos e as leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Destaca-se, por força do previsto no art. 49 da LRF, que as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no órgão técnico responsável por sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade. Infere-se, portanto, que é assegurado o controle social, contudo, o que se discute é a complexidade dos documentos que registram os recursos e seus gastos, o que decerto pode impossibilitar o controle social eficaz.

Assim, a finalidade do Estado será sempre a contemplação dos interesses comuns, mormente as políticas públicas normatizadas na Carta Constitucional e que estão a exigir uma ação positiva harmônica com sua capacidade financeira, efetivadas a partir de escolhas corretas e adequadas, em estrita observância à primazia das políticas.

O quarto eixo da Lei de Responsabilidade Fiscal é representado pela responsabilidade dos agentes no descumprimento deste código de condutas. A LRF não institui as condutas que constituam infrações de natureza administrativa, cível ou criminal, mas determina que a sua regulamentação seja concretizada. Assim, foi introduzida no sistema jurídico a Lei nº 10.028,

de 19 de outubro de 2000, que promoveu modificações no Decreto-lei n° 2.848, de 7/12/40 – Código Penal, na Lei nº 1.079, de 10/4/50, e no Decreto-lei nº 201, de 27/2/67.

No essencial, este texto legal deu nova redação ao art. 339 do Código Penal, passando a vigorar com a seguinte redação: "Dar causa à instauração e investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente". Este tipo penal visa inibir o denuncismo, exigindo, portanto, de todos um comportamento responsável na relação administrador e administrado.

O texto em debate inseriu o capítulo IV no Título XI do Código Penal, definindo os crimes contra as finanças públicas. Foram editados oito novos tipos penais, alusivos todos ao descumprimento das regras de condutas constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. Observam-se ainda as modificações impostas pela Lei nº 1.079/50, que regula as infrações político-administrativas com a introdução de condutas que atentem contra a responsabilidade fiscal; na mesma linha foram as mudanças impostas pelo Decreto-lei nº 201/67.

Esse arcabouço normativo constitui o instrumento para a aplicação de sanções de natureza político-administrativa, cível e criminal aos gestores que não atendam às regras de conduta da Lei de Responsabilidade Fiscal, inquestionável avanço para que atuem de forma responsável na execução dos gastos públicos. É uma inferência lógica a compatibilização dos gastos com os recursos de que dispõe a Administração Pública.

2 O LIMITE DE GASTOS COM PESSOAL E A CONCRETUDE DA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO

O art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal considera como despesa total com pessoal o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. Neste cenário inserem-se também, com a denominação de "outras despesas com pessoal", os valores dos

contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos.

É de se destacar que neste conceito de despesa total com pessoal não se incluem as despesas de caráter indenizatório, a exemplo de diárias, ajuda de custo e vale-alimentação. Na apuração da despesa total com pessoal devem-se observar as disposições do § 2º do art. 18 da LRF, a ser efetivada com o somatório da despesa realizada no mês em referência com as despesas dos onze meses imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

A fim de disciplinar os gastos dos entes federados, o art. 19 da LRF fixou que para os fins do art. 169 da CF, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida correspondente a 50% para a União, 60% para os Estados e 60% para os Municípios.

Para que dúvida não pairasse em como proceder à repartição dos percentuais entre os órgãos que compõem a estrutura orgânica de cada um dos entes, o art. 20 da LRF assim detalhou: na esfera federal, 2,5% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União, 6% para o Judiciário, 40,9% para o Executivo e 0,6% para o Ministério Público da União; na esfera estadual, 3% para o Legislativo; 6% para o Judiciário, 49% para o Executivo e 2% para o Ministério Público dos Estados; na esfera municipal, 6% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver, e 54% para o Executivo.

Entende OLIVEIRA (2011, p. 505) que o dispositivo em destaque é inconstitucional, sob o fundamento de que a União ao descer a detalhes, especificando percentuais e impondo-os a Estados e Municípios, extrapolou a norma de competência estabelecida no § 1º do art. 24 da CF, invadindo, pois, atribuições próprias das entidades federativas.

Apesar da relevância da problemática levantada por Oliveira, é de se registrar que o art. 20 da LRF já foi submetido a controle concentrado, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado constitucional por seis votos a cinco (OLIVEIRA, 2011, p. 505).

OLIVEIRA (2011, p. 506) sustenta a sua tese de inconstitucionalidade do art. 20 da LRF e argumenta que o ente federativo poderá repartir de forma diversa os percentuais ali instituídos, permitindo que em não havendo a necessidade do percentual fixado para determinado Órgão, seja este repassado para outro, sem, contudo, ultrapassar o limite geral de gastos com pessoal.

Não há como deixar de reconhecer a importância da definição de um limite máximo de gastos com pessoal, evitando que gestores descomprometidos com a concretude das políticas

públicas assentadas na Ordem Constitucional promovam um inchaço da máquina estatal, resultando na incapacidade de investimento e custeio desta máquina. Necessitava-se, portanto, deste código de condutas para frear a voracidade dos gestores com o empreguismo.

CRUZ, JÚNIOR, GLOCK, HERZMAN e TREMEL (2001, p. 79) observam a invasão da União na autonomia dos Estados e dos Municípios, o que caracteriza a revogação da autonomia da auto-organização. Esta invasão afronta o art. 2º e o art. 60, § 4º, I e II, da CF; contudo, destacam a presença, na LRF, de avanços significativos nos aspectos de gestão e controle de gastos.

Cumpre observar quais os reflexos desses limites na efetivação da política pública de educação obrigatória e gratuita, mormente na escolha a ser realizada pelo gestor público.

Neste trabalho já ficou evidenciado que a educação obrigatória e gratuita é direito subjetivo público, o que exige uma atuação positiva do Estado para sua concretude, sob pena de responsabilização, como consta da Carta Constitucional.

Pela relevância e primazia desta política pública o legislador infraconstitucional haveria de lhe conceder tratamento diferenciado, inclusive no tocante aos gastos com pessoal, sem, obviamente, tornar ineficazes os limites instituídos. O controle da despesa total com pessoal e a verificação do cumprimento dos limites estabelecidos pelo art. 19 e 20 da LRF encontram-se disciplinados nos arts. 21 e 22 desta lei.

Dispõe o art. 21 da LRF que é nulo de pleno direito o ato que provoque aumento de despesa com pessoal e não atenda às exigências dos arts. 16 e 17, os quais consignam que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que resulte em aumento de despesa será acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício que deve entrar em vigor e nos dois subsequentes, e da declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, bem assim a ausência dos dados exigidos no art. 17 da LRF.

Adicione-se, ainda, a necessidade de atendimento aos art. 37, XIII, e 169, § 1º, da Constituição Federal.

No âmago desses comandos destaca-se que se tem como ato nulo aquele que resulte em aumento de despesa com pessoal, desacompanhado de prévio estudo a indicar o suporte financeiro para arcar com o aumento concedido, e a ausência dos dados exigidos pelo art. 17 da LRF. Desta forma, editado o ato em desconformidade com os estudos e dados

comprobatórios do suporte financeiro, nenhum efeito produzira, operando-se os dois significados do instituto da nulidade – vício e sanção.

Anote-se, ainda, que o parágrafo único do art. 21 da LRF também considera nulo de pleno direito o ato que resulte em aumento de despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20 do mesmo diploma legal.

De relevância inquestionável os comandos indicados, tendo em vista que historicamente era uma constante no serviço público a concessão de aumentos sem a capacidade financeira do ente para suportar os efeitos da ação governamental, que na maioria das vezes tinha o propósito único de extrair dividendos políticos ou inviabilizar as ações governamentais de seu sucessor.

OLIVEIRA (2011, p. 509), ao analisar os comandos indicados, reconhece o conteúdo ético dos preceitos, cujo efeito é evitar que o administrador busque "fazer média" com os servidores à custa dos cofres públicos, obstando que onere o próximo governante, sentenciado, por fim, que os preceitos prevalecem no planejamento da Administração Pública.

A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 da LRF será realizada ao final de cada quadrimestre. Como limite prudencial tem-se que a despesa total com pessoal não poderá exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite instituído, e sua consequência é a vedação aos Poderes e órgãos de conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição Federal; a criação de cargo, emprego ou função; alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; a edição de atos de provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, com ressalvas para a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; e a contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

As consequências decorrentes do não cumprimento do limite prudencial são severas, a fim de que seja restabelecido o cumprimento dos preceitos alusivos aos limites de gastos com pessoal; contudo, o inciso IV do art. 22 da LRF, compreendendo a relevância da política pública de educação, saúde e segurança, admitiu que essas áreas não fossem alcançadas pelo não provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal, e assim deixa evidente

a primazia das referidas políticas. Observe-se que na indicação das políticas públicas a primeira referência é a educação, a fim de que o administrador, no processo de escolha na execução dos gastos públicos, opte sempre pela política pública educacional.

Esta indicação exige do administrador que as ações governamentais sejam encetadas sem afetar o contínuo processo de concretude da política educacional. A inobservância da relevância da política educacional resulta no acionamento do Estado Juiz a fim de torná-la efetiva e em contínuo processo de concretude.

Bem se vê que até mesmo no rígido controle de gastos com pessoal, disciplinados na Lei de Responsabilidade Fiscal, o legislador reconhece a impossibilidade de retroceder nesta política, admitindo a imediata reposição de pessoal quando de aposentadoria ou falecimento de servidores, numa demonstração inequívoca de não admitir a carência de pessoal, mesmo quando o limite de gastos com pessoal já houver ultrapassado o limite prudencial de que trata o art. 22 da mesma lei.

Este rigor imposto ao controle de gastos exige do administrador, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22 da LRF, que o percentual excedente aos limites fixados para os Poderes ou órgãos seja eliminado nos dois quadrimestres seguintes, adotando-se as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

As providências exigidas devem ter início com a redução de despesas com cargos em comissão e funções de confiança, e em seguida, se não for suficiente a redução, devem ser exonerados os servidores que não atingiram a estabilidade. Se forem insuficientes tais providências, os estáveis serão alcançados, conforme prescrevem os §§ 4° e 5º do art. 169 da CF, observando-se, contudo, o disciplinamento instituído pela Lei nº 9.801/99.

Fica evidente que essas providências para que os gastos com pessoal retornem aos limites legais não podem alcançar, em nenhuma hipótese, os servidores da área de educação, pois diante deste rígido controle o legislador assegura sempre a reposição dos servidores da educação, em razão de aposentadoria ou falecimento, mesmo diante da situação extremada em que é ultrapassado o limite prudencial, numa clara demonstração de que não se pode retroceder no processo de concretude da política educacional obrigatória e gratuita.

Assim, a ação governamental do gestor na execução da política pública de educação obrigatória e gratuita – repita-se − não poderá retroceder nem mesmo diante dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. O cumprimento dos limites deverá atingir outras áreas da administração do Estado, mas não a área de educação. Porém, nem sempre é o

que se observa; o que se constata são entes omissivos quanto à efetividade do direito à educação gratuita e obrigatória, devido à ausência de pessoal suficiente para atender à demanda desse direito. Surge daí a necessidade de que esse direito subjetivo público seja submetido à judicialização.

3 ORÇAMENTO PÚBLICO E SEU PROCESSO DE EVOLUÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Inquestionável que o disciplinamento de políticas públicas na ordem constitucional exige para sua concretude a realização de ações positivas dos entes, subordinadas tais ações à alocação cada vez maior de recursos para suportar o seu financiamento.

A relação recursos e gastos da Administração Pública não poderia ser observada pelos entes sem que o disciplinamento dos procedimentos orçamentários, financeiros, contábeis e patrimoniais estivesse subordinado aos ditames da lei.

Assim, a título puramente ilustrativo, mas a fim de contextualizar a relevância do cumprimento das leis orçamentárias para a manutenção de sua execução regular e sem sobressalto, algumas considerações breves sobre o orçamento nas Constituições brasileiras se apresentam oportunas.

GIACOMONI (1998, p. 49) destaca que a organização das finanças no Estado brasileiro teve início com a chegada da família real, em 1808, quando foram criados o erário e o regime de contabilidade. Posteriormente, com o advento da Constituição do Império de 1824, surge a exigência de orçamento formal.

Como observado no tópico anterior, nem sempre as políticas públicas consagradas na Carta Constitucional foram efetivadas de forma imediata, e pelos mais diversos fatores, razão por que somente se pode falar no efetivo cumprimento da política financeira com o advento do Decreto Legislativo de 15/12/1830, que disciplinou as despesas e as receitas das antigas províncias para o exercício de 1.7.1831 a 30.6.1832.

GIACOMONI (1998, p. 49-52) registra, ainda, que a primeira Constituição republicana instituiu o Congresso Nacional com a função privativa de elaboração do orçamento e da tomada de contas, com o auxílio do Tribunal de Contas. Já na Carta de 1934 a elaboração fica a cargo do Presidente da República, e ao Legislativo foi atribuída a tarefa de votar e apreciar as contas.

Com o advento da Constituição polaca de 1937, a iniciativa era do Presidente da República, e a votação submetida ao Legislativo, mas limitada a sua apreciação, sem possibilidade de apresentação de emendas.

A ordem constitucional de 1946, quando da redemocratização do país, restabeleceu o orçamento misto, com participação do Executivo e do Legislativo. O regime militar manteve a iniciativa da lei orçamentária ao Presidente da República, e a apreciação ao Congresso, porém limitou as prerrogativas do Congresso quanto à apreciação de emendas que gerassem despesas, inclusive emendas ao projeto de lei.

Assentado na ordem constitucional o disciplinamento do processo legislativo para a produção das leis orçamentárias, necessitava o Estado brasileiro de legislação que empreendesse a padronização dos orçamentos nos três níveis de governo. Assim, em 1964 foi editada a Lei n° 4.320/64, que instituiu o modelo padrão para os três níveis de governo.

Com o advento da ordem constitucional de 1988, e por força do art. 165, § 9º, I e II, da CF, necessário se fez a edição de lei complementar que promova o disciplinamento sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, e estabelece normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e o funcionamento.

Não havendo até a presente data a edição da legislação complementar determinada pelo art. 165, § 9º, da Constituição para os fins dos incisos I e II, o art. 35, § 2º, da ADCT fixou para a União que o plano plurianual será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa, com vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente. Já o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, devendo, o projeto de lei orçamentária da União, ser encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

GIACOMONI (1998, p. 55) adverte que como a ordem constitucional atual confere o poder concorrente à União e aos Estados de legislarem sobre orçamento, é possível que o princípio da padronização orçamentária seja revisto.

No contexto atual, a produção legislativa sobre orçamento deve obediência aos ditames constitucionais, à Lei Complementar n° 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e à Lei n° 4.320/64. A legislação orçamentária sempre foi regida por princípios, e esses princípios encontram-se incorporados à legislação atual.

A política orçamentária objetiva primordialmente propiciar o controle parlamentar sobre o Poder Executivo, mas também funciona como instrumento de concretude das finalidades do Estado, dada a exigência de se compatibilizar a capacidade financeira com os gastos públicos. Neste processo são identificáveis alguns princípios de maior significação.

Do § 5º do art. 165 da CF extrai-se que a política orçamentária é regida pelo princípio da totalidade orçamentária, visto que a lei orçamentária compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimentos e o orçamento da seguridade social, elaborados em partes, mas consolidados num único instrumento.

Assevera GIACOMONI (1998, p. 68) que o modelo brasileiro, em linhas gerais, segue a concepção da totalidade orçamentária, em que são elaborados múltiplos orçamentos de forma independente, porém consolidados para viabilizar o conhecimento do desempenho global das finanças.

Relevante para o êxito da política orçamentária é o princípio da unidade, o qual exige que a lei orçamentária contemple todas as receitas e despesas, na forma prescrita no art. 165, § 5º, da CF.

Silva (*apud* GIACOMONI 1998, p. 68) ressalta que o princípio da universalidade permite que o Legislativo conheça todas as receitas e despesas do governo e forneça autorização prévia para a respectiva arrecadação, como também obste que o Executivo promova a realização de receita e despesa sem a prévia autorização parlamentar.

Outro princípio relevante é o da anualidade, segundo o qual o orçamento público é fixado para ter vigência por um período de um ano. Por força desse princípio, discussões relevantes foram travadas quando da entrada em vigor da Lei Complementar n° 101/2000, cujo início se deu no curso no exercício financeiro daquele ano. A questão fundamental do debate relaciona-se ao início do prazo para a adequação dos limites de despesas com pessoal. Dessa discussão resultou que o prazo de dois anos fixado para que os entes cumprissem os limites de gasto com pessoal somente teria início no exercício financeiro de 2001.

Neste cenário, merece destaque para fundamentar a primazia da política pública de educação gratuita e obrigatória o princípio da não afetação. Na essência, este princípio

estabelece que nenhuma parcela da receita total deverá ser reservada para suportar determinados gastos, porém o inciso IV do art. 167 ressalva, dentre outras políticas, a reserva da receita geral para manutenção e desenvolvimento do ensino. Observe-se que é manifesta a vontade do legislador de assegurar a concretude desta política.

Da análise do art. 5º da Lei 4.320/64, identifica-se o princípio da especialização ou discriminação da despesa, havendo, portanto, vedação de consignação de dotações orçamentárias globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvados os programas especiais de trabalho que, por sua natureza, não possam ser custeados por dotações globais, classificadas entre as despesas de capital.

O art. 165, § 8º, da CF torna evidente o princípio da exclusividade, para que a lei orçamentária tão só contenha matéria de natureza financeira, limitando-se, desse modo, a estimativa de receita e a fixação de despesas, ressaltando-se a proibição da possibilidade de autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. A ressalva também é observável no art. 7º da Lei 4.320/64.

Relevante não somente para o processo orçamentário é o princípio do equilíbrio, porquanto este alcança a própria política fiscal fixada pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Tal princípio exige o permanente controle dos gastos e do endividamento dos entes federativos. Outros princípios há, porém sem significativo relevo, já que devem ser observados em todos os atos da Administração Pública, como os de publicidade, clareza e exatidão.

A evolução que se observa nas funções do orçamento como instrumento de controle do Executivo pelo Legislativo, como instrumento de planejamento e como eficaz instrumento de gestão, leva a reconhecer a importância da programação orçamentária no processo de execução da política orçamentária. Porém, pela incompreensão ou incompetência dos gestores públicos quanto à elaboração da proposta, deixam-se de observar as políticas priorizadas pelo constituinte, especialmente a política pública de educação gratuita e obrigatória, submetendo-se a programação orçamentária à constante intervenção do Judiciário.

Neste cenário, impõe-se, minimamente, compreender quais os contornos da intervenção do Judiciário no processo de execução orçamentária.



4 A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Como visto anteriormente, o princípio da anualidade constitui um dos pilares, dentre outros, do orçamento. Neste cenário, elaborada a proposta e submetida à apreciação e aprovação, os gestores deverão executar as ações governamentais com fundamento na programação orçamentária fixada da Lei Orçamentária Anual.

Ocorre, porém, que a política pública de educação obrigatória e gratuita, como dito anteriormente, foi concebida como direito subjetivo público, assegurada a sua universalização, e, diante de sua prestação insatisfatória, o Judiciário, a partir da Constituição de 1988, tem sido o destinatário das mais diversas ações para a efetivação das ações positivas concernentes ao Estado.

RANIERI (2009, p. 41-42) afirma que a Constituição brasileira, ao definir o dever do Estado com a educação e o seu comprometimento nacional com a construção de uma sociedade justa e solidária, estabelece a educação – direito de todos – como bem jurídico, dado o seu papel fundamental para o desenvolvimento da pessoa e para o exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Nesta quadra parece inevitável o processo de judicialização da política pública de educação, quando o ente federativo deixa de realizar as ações para a efetivação da referida política. Indiscutível que a judicialização implica intervenção do Judiciário na programação financeira. Assim, resta saber quais os contornos desta intervenção.

Sobre a atuação do Judiciário na efetivação da política pública de educação, RANIERI (2009, p. 45) esclarece que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria educacional tem acompanhado a evolução desta política, reconhecendo ser inegável a atuação da Corte no que concerne à implantação de políticas públicas educacionais. Esta intervenção é fruto do Estado Social, do qual se exigem atuações interventivas para a concretude dos direitos sociais positivados.

Ainda RANIERI (2009, p. 51), em lapidar reflexão sobre a intervenção do Judiciário no processo de concretude da política pública educacional, acrescenta que o Estado de Direito é um conceito formalmente jurídico, não o sendo o Estado Social. Portanto, as limitações do primeiro são de natureza técnica, voltadas à preservação do dualismo Estado/Sociedade, do que resulta a circunscrição do fenômeno do poder ao seu contorno constitucional. Quanto ao Estado Social, adverte a autora que este é politicamente ativo, desempenha funções

interventivas e praticamente desconhece o dualismo Estado/Sociedade. Assim, é possível que determinadas intervenções venham a ultrapassar os limites do Estado de Direito em favor das aspirações sociais, tendo como consequência a alteração do caráter geral das normas.

As intervenções operadas pelo Judiciário para a efetividade das políticas públicas, em particular a política pública educacional, decorrem da utilização dos mecanismos judiciais previstos na ordem constitucional e na ordem infraconstitucional.

PANNUNZIO (2009, p. 69-71) identifica, na intervenção do Judiciário, os seguintes mecanismos: mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com atilada observação, identifica a ação judicial prevista no art. 5º, § 3º, da LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96).

O dispositivo legal aludido preceitua que o cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público têm legitimidade para peticionar perante o Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal. Destaque-se ser gratuita a ação judicial e processada pelo rito sumário.

Tais intervenções estão consolidadas na Justiça brasileira, porém as controvérsias se apresentam ativas.

MENDONÇA (2008, p. 231) assevera que críticas são sempre levantadas sobre a intervenção do Judiciário, sob o fundamento de que os magistrados não dispõem de legitimidade democrática para formular escolhas acerca do melhor emprego dos recursos públicos escassos, sobretudo por uma suposta incapacidade técnica, uma vez que o Judiciário não estaria estruturado para considerar realidades macroeconômicas e ponderar efeitos sistêmicos.

Como já advertido, essas críticas em parte são razoáveis, contudo, não podem alcançar os direitos sociais consagrados na Carta Constitucional, porquanto as escolhas dos gestores necessitam da observação das políticas descritas de forma abrangente, especialmente a política pública educacional.

Não foi sem razão que o Superior Tribunal de Justiça, para bem dimensionar a intervenção do Judiciário no processo de execução orçamentária, ressaltou que não cabe a este Poder impor ou obrigar a Administração Pública a praticar atos administrativos.

OLIVEIRA (2011, p. 477-478) destaca a decisão nos seguintes termos: "As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelos governantes. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que aqueles devem edificar".

A lei orçamentária, como já descrito, equaciona os dois elementos essenciais da atividade financeira do Estado – receita e despesa. Nesta equação o que se busca é o equilíbrio, e na busca desse equilíbrio a execução orçamentária deveria se processar sem sobressaltos decorrentes das intervenções do Judiciário. Nesse sentido, a lei orçamentária representa uma escolha do legislador para a viabilidade das políticas públicas, em razão de sua disponibilidade financeira, devendo, em regra, ser cumprida nos limites instituídos.

Observa MENDONÇA (2008, p. 255) que a lei orçamentária não pode tudo, e também reconhece inexistir fundamento para supor que o orçamento deva valer mais do que as leis em geral. Porém, isso não significa dizer que tudo é possível pelo fundamento acima, senão que a possibilidade de intervenção deve ser reconhecida quando o gestor e o legislador deixam de observar as prioridades contidas na Carta Constitucional, já que as escolhas não estão subordinadas ao arbítrio, mas à discricionariedade legal. Assim, se a ordem constitucional priorizou a política pública de educação obrigatória e gratuita, é dever dos atores públicos torná-la efetiva e sem possibilidade de retrocesso.

MENDONÇA (2008, p. 271) afirma que ao Judiciário compete verificar a existência de deveres jurídicos e subjetivos decorrentes da ordem jurídica e assegurar a sua realização, acrescentando que ao magistrado incumbe atuar com cautela.

OLIVEIRA (2011, p. 478) chega à mesma conclusão ao sentenciar que há situações em que a interferência do Poder Judiciário se faz necessária. Esta interferência, como afirmam todos os estudiosos da temática, deve se concretizar quando do descumprimento manifesto de direitos sociais positivados da Carta Constitucional, restando estabelecida na própria ordem a sua primazia. Explicita ainda que, ante a desobediência das instâncias governamentais, nasce a sanção pertinente, e para que os princípios e normas constitucionais sejam cumpridos, faz-se imprescindível a intervenção do Poder Judiciário.

É de se destacar que o Poder Judiciário não institui nem estabelece a política pública educacional, mas reconhece e determina o dever do Estado de realizá-la, a fim de que a norma constitucional se torne efetiva, em face da ação omissiva do Estado em fazê-lo nos limites

fixados pela ordem constitucional, sem que provoque desequilíbrio orçamentário, mas tão somente para corrigir a escolha inadequada dos gestores.

Retoma-se neste cenário a velha, a nova e a futura discussão: como compatibilizar a disponibilidade de recursos com os direitos sociais tutelados pela Constituição Federal?

OLIVEIRA (2011, p. 479) estuda este cenário e o aborda sob o fundamento do voto do Ministro Celso Melo na ADPF n° 45 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), cuja essência da manifestação do Ministro reside na não intervenção do Poder Judiciário na esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, a fim de controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. Para fortalecer os argumentos do voto, o Ministro sentencia que deve restar superado o vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação de serviços públicos básicos no Estado Social. Com maior firmeza, no sentido de afirmação da intervenção do Judiciário, acrescenta o Ministro que "a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como direitos".

A afirmação da mais alta Corte da Justiça brasileira não deixa dúvida acerca da possibilidade de intervenção do Judiciário, como também não nega que as escolhas efetivadas pelos demais órgãos do Estado devem ser consideradas e respeitadas, porém revela que no Estado Social não se pode negar a existência dos direitos sociais, que exigem ação positiva por parte do Estado.

Ao observar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria educacional, RANIERI (2009, p. 58) afirma que entre ambiguidades, avanços e retrocessos, a jurisprudência do STF propiciou significativos progressos na proteção do direito à educação e na definição do âmbito e dos limites da atuação estatal. Destaca como notáveis os debates sobre a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico para a efetivação do programa educacional enunciado pela Constituição.

PANNUNZIO (2009, p. 76) sustenta que a judicialização do direito à educação é afirmação inconteste, concretizada por intermédio dos mecanismos judiciais internos de acionamento do Poder Judiciário. E, no estudo percuciente que realizou, identifica no Supremo Tribunal Federal, no período 1988 a 2009, 33 (trinta e três) acórdãos que versam sobre matéria educacional.

As decisões indicadas neste trabalho demonstram a mesma linha de afirmação da judicialização do direito à educação, porém todos os acórdãos que afirmam o direito à educação como um direito subjetivo público e a necessidade de sua concretude, a partir de ações positivas, registram, também, a sua pertinência com o princípio da reserva do possível.

Nesta quadra da história brasileira não mais se admite a incapacidade dos gestores na correta alocação de recursos para cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais, especialmente a educação de seu povo sem, contudo, descuidar da correta gestão na produção da legislação orçamentária estatal, cuja consequência é o permanente aperfeiçoamento da regra de ouro orçamentária – equilíbrio entre receita e despesa -. Neste sentido o envolvimento compromissado dos Poderes Executivo e Legislativo na produção do relevante instrumento político e social – orçamento público – reduziria significamente a intervenção do judiciário no curso da execução orçamentária para oferecer concretude a política pública de educação.

CONCLUSÃO

O processo evolutivo do Estado deixa evidente que a sua finalidade é garantir ao homem o evolver de suas aptidões físicas, morais e intelectuais, reconhecendo-o como o fundamento e o limite do exercício dos poderes do Estado.

Nesse contexto, o Estado Social é construído com a finalidade de concretizar o direito à liberdade, à igualdade e à fraternidade. O Estado brasileiro, submetido à ordem constitucional de 1988, objetiva, por intermédio de suas ações positivas, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a progressiva erradicação da pobreza, da marginalidade e, acima de tudo, a redução da elevada desigualdade social observável no cenário nacional.

A partir do contexto formulado, é factível afirmar que as aspirações fundamentais dos cidadãos – eficiência econômica – justiça social – liberdade individual – resultam de equilibrado orçamento público, onde sejam alocadas adequadamente os recursos retirados da riqueza nacional e submetidos a correta redistribuição fiscal.

A concreção desses objetivos possui, necessariamente, como fundamento a implantação de políticas públicas. As políticas públicas têm como marco relevante o Estado moderno, e a sua concepção se funda no exercício do poder por previsão legal.

Neste cenário as ações do Estado, regidas pela legalidade e pela legitimidade, decorrem dos debates políticos com os diversos segmentos da sociedade, cujo resultado, especialmente nos Estados em desenvolvimento, é a positivação das políticas públicas na ordem constitucional, a partir de um processo permanente de construção do equilíbrio fiscal do Estado.

A ordem constitucional brasileira dedicou o Título VIII à ordem social, fixando as políticas públicas alusivas à seguridade social, à saúde, à previdência, à assistência social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente, à família, à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso e ao índio, numa demonstração inconteste da prioridade do Estado brasileiro para com esses direitos sociais normatizados.

A política pública de educação somente foi compreendida como de interesse nacional em meados da década de 20, percorrendo, a partir daí, um caminho de avanços e retrocessos no seu processo de normatização.

Marco histórico de concretude formal do direito à educação foi a Constituição de 1988, que instituiu a educação obrigatória e gratuita como direito público subjetivo, momento em que tal direito se incorpora ao direito de cada cidadão brasileiro, podendo este exigir a sua concretude quando do não cumprimento pelo Estado, até mesmo cobrando da autoridade responsável a realização da ação positiva para a efetividade desse direito.

É de se concluir, portanto, que não há política pública para a educação sem a existência do direito público subjetivo à educação, associado tal direito prestacional a eficiência econômica, cujo instrumento de consolidação desta eficiência econômica é busca pelo equilíbrio fiscal.

No percurso do estudo restou evidente que a concretude do referido direito subordina-se à avaliação política dos atores no processo de planejamento, implantação, execução e avaliação, no tocante à alteração da realidade pretendida pela ação estatal.

Neste processo foram identificados vários atores, a saber: os integrantes dos entes estatais – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário –, os atores não governamentais – os cidadãos – e as organizações civis organizadas – as instituições privadas.

Este processo, no primeiro plano, é representado pela atuação dos atores integrantes do Poder Executivo na elaboração dos instrumentos orçamentários (PPA-LDO-LOA), os quais promovem as escolhas na alocação de recursos para a política pública de educação.

Posteriormente, as escolhas são submetidas aos atores do Legislativo, quando da votação dos instrumentos orçamentários. Porém tais escolhas devem obediência à primazia da política pública educacional, a fim de se evitar retrocesso na progressividade da efetivação material desta política. A equação receita *x* despesa não poderá permitir escolhas que impeçam esta progressividade.

No processo legislativo é de se destacar que os atores não governamentais (cidadãos – organizações civis – instituições privadas) têm sua participação prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal por intermédio da realização de audiências públicas durante a apreciação e votação dos instrumentos orçamentários, oportunidade em que tais atores podem contribuir no processo de escolha de alocação de recursos para custear a política pública de educação obrigatória e gratuita, assentada na Carta Constitucional de 1988 como direito público subjetivo.

Nesta linha, a atuação, especialmente a dos atores estatais, exige a realização de escolhas diante da equação entre receita *x* despesa para a concretude de política pública de educação obrigatória e gratuita, mas não somente, pois toda política pública resta subordinada à capacidade financeira dos entes responsáveis por sua efetivação plena. A equação receita *x* despesa é fruto inexorável da responsabilidade fiscal que se exige dos gestores, constituindo um código de conduta para a realização das ações estatais, na busca permanente do equilíbrio dessa equação.

Desse modo, os gestores devem obediência à Constituição e, portanto, no processo de escolha na alocação dos recursos para custear o vasto campo de concretude dos direitos sociais previstos no plexo de normas jurídicas que compõem a Constituição, os atores dos Poderes Executivo e Legislativo estão obrigados a reconhecer o direito público subjetivo à educação, qualificado que foi pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional como um dos mais expressivos direitos sociais, exigindo, para sua efetividade, a ação positiva do Estado mediante a implantação da política pública da educação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Organização e tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. reimp. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estúdios Políticos Constitucionales, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOAVENTURA, Edivaldo M. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico:* Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A era dos direitos*. 4. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: quadro comparativo. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Recurso Extraordinário 410715-5 da 2ª Turma, Relator Min. Celso de Melo. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acessado em: 6 dez. 2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. Jurisprudência. Acórdão 2005/174094-5 1ª Turma, no Recurso Especial 790175/SP Relator Min. José Delgado. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACORD&livre=@docn=%270000256563%27>. Acessado em: 6 dez. 2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. Jurisprudência. Acordão 2005008518-5, Recurso Especial nº 7182003/SP, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACORD&livre=@docn=%270000285545%27>. Acessado em: 6 dez. 2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. Jurisprudência. Acordão 2003/0143232-9, Recurso Especial nº 575280/SP, 1ª Turma, Relator Min. José Delgado. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACORD&livre=@docn=%270000217764%27>. Acessado em: 6 dez. 2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. Jurisprudência. Acordão 20050086585, Recurso Especial nº 753565, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACORD&livre=@docn=%270000293666%27>. Acessado em: 6 dez. 2011.

_____. Vade Mecum Acadêmico de Direito. São Paulo: Rindeel, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal*: abordagens pontuais: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CHIZZOTTI, Antônio. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3 ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. 2. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

CRUZ, Flávio da. (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal comentada*: lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. *Controle Judicial das omissões do poder público:* em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

CYRINO, André Rodrigues. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DELORY-MOMBERGER, Cristine. *Pesquisa biográfica em Educação*: orientações e territórios. Coleção Pesquisa (Auto) Biográfica Educação. Natal: EdUFRN; São Paulo: Paulus, 2008.

DERANI, Cristiane. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Clarice Seixas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

FÁVERO, Osmar (Org.). *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição de 1988*. v. 5 e 6. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1994.

FIGUEREDO, M.; FIGUEREDO A. A avaliação política e a avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. *Análise e Conjuntura*, 1 (3), Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro, 1986.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

HORTA, José Silvério Baía. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

JOSSO, Marie-Christine. *As histórias de vida como territórios simbólicos nos quais se exploram e se descobrem formas e sentidos múltiplos de uma existencialidade evolutiva singular-plural*. Coleção Pesquisa (Auto) Biográfica Educação. Natal: EdUFRN; São Paulo: Paulus, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de informação legislativa*, Brasília (DF), v. 144, p. 239-260, out./dez. de 1999.

MACHADO JR, J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*. 25. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1993.

MASTRODI, Josué. *Direitos Sociais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTINS, Ângela Maria; WERLE, Flávia Obino Corrêa (Org.). *Políticas Educacionais*: elementos para reflexão. Porto Alegre: Redes, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 3. t. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 8. São Paulo: Saraiva, 1998.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Compêndio de direito administrativo*: servidor público. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDONÇA, Eduardo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORENO, Carlos. *Finanças públicas, gestão e controle dos dinheiros públicos*. Lisboa: Universidade Autônoma de Lisboa.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal*: princípios fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

PANNUNZIO, Eduardo. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.); RIGHETTI Sabine (Org.). *Direito à Educação*: aspectos constitucionais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade fiscal*: atos de improbidade administrativa por violação da LFR. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Coolab.). *Legislação Administrativa*. 5. ed. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2009.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação.* 2009. Tese (Livre docente) − Departamento de Direito do Estado. São Paulo.

_____. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.); RIGHETTI Sabine (Org.). *Direito à Educação*: aspectos constitucionais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROCHA, Marlos Bessa Mendes da. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo.* Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIANA, Ana Luíza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, 30 (2): 5-43. Mar./Abr.1996.

Submissão: 02/05/2017
Aceito para Publicação: 25/08/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

DIREITO, DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO DIRETA: A IMPORTÂNCIA DOS ADVOGADOS PARA PROMOÇÃO "EFETIVA" DA REFORMA POLÍTICA DEMOCRÁTICA E ELEIÇÕES LIMPAS

LAW, DEMOCRACY AND DIRECT PARTICIPATION: THE IMPORTANCE OF LAWYERS FOR "EFFECTIVE" PROMOTION OF DEMOCRATIC POLICY REFORM AND CLEAN ELECTIONS

José Arildo Valadão de Andrade*

RESUMO: O texto discute o papel dos advogados no processo de reforma política democrática e eleições limpa, buscando na experiência jurídica desde período patrimonialista da política brasileira perpassando pela crise do sistema representativo de democracia até culminar na importância dos advogados como atores da democracia participativa como fator a legitima-los para representar a sociedade no processo de reforma política democrática e eleições limpas, mostrando, por fim, a participação história dos advogados, congregados ou não, no processo de luta pela democracia e evolução política e aperfeiçoamento das eleições.

ABSTRACT: *This paper discusses the role of lawyers in the democratic process of political reform and clean elections, seeking the legal experience since patrimonialist period of Brazilian politics permeating the crisis of the representative system of democracy to culminate in the importance of lawyers as actors of participatory democracy as a factor legitimizes them to represent the company in the democratic process of political reform and fair elections, showing, finally, participation history of lawyers, assembled or not, in the struggle for democracy and political evolution and improvement of the elections.*

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Democracia. Participação Direta. Patrimonialismo. Reforma Política. Advogados.

KEYWORDS: *Law. Democracy. Direct Participation. Patrimonialism. Political Reform. Lawyers.*

SUMÁRIO: 1 Interlúdio: o patronato político brasileiro. 2 Crise do Sistema Representativo de Democracia. 3 A democracia participativa como fator de legitimidade da atuação dos advogados como presentantes da sociedade no processo de reforma política democrática e eleições limpas. 4 À guisa de conclusão: recentes intervenções dos advogados no processo de luta pela democracia e reforma política e eleições limpas. Referências.

1 INTERLÚDIO: O PATRONATO POLÍTICO BRASILEIRO

O Brasil ainda é um país pré-moderno. Dizia Faoro, em seu *Os Donos do Poder*¸ que o Brasil, em muitos aspectos, não ultrapassou a fase de estamentos. Refere-se ao binômio patrimonialismo-estamentos que Raymundo Faoro, inspirado em Max Weber, apresenta para construir sua interpretação do Brasil, desde as feitorias até Era Vargas. Validamente, em larga síntese, a tese de Faoro era que, e ressalta permanece atual na maioria de seus aspectos, o poder político no Brasil se articula, devido a uma herança lusitana, a partir de um Estado que é

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

patrimonialista em seu conteúdo e *estamental* em sua forma. O *estamento,* recorda Faoro, é o que dá forma a esse exercício patrimonialista do poder[1].

O patrimonialismo tende a associar a *res pública* (coisa pública) como se fosse coisa particular adonado pela autoridade pública[2] em proveito próprio dissociado do interesse coletivo. No contexto brasileiro, o patrimonialismo se identifica como prática social, herdada da metrópole lusitana, em que não se estabelece diferença entre a esfera pública a esfera privada na vida política. Em uma palavra, as metas públicas são substituídas sempre por metas individuais dos donos do poder.

Disserta Max Weber nesse sentido, para quem "*Falaremos de Estado patrimonial quando o príncipe organiza seu poder político sobre áreas extrapatrimoniais e súditos políticos – poder que não é discricionário nem mantido pela coerção física – exatamente como exerce seu poder patriarcal*"[3]. O Estado Patrimonial, pois, desconhece a divisão entre a "esfera privada" e a "oficial". A administração política é tratada pelo senhor como assunto puramente pessoal, bem como o patrimônio adquirido pelo tesouro senhorial, em função de emolumentos e tributos não se diferencia dos bens privados dele. Por essa razão, os interesses pessoais da autoridade não distinguiam a dimensão administrativa da íntima, não havendo separação entre a seara do indivíduo em relação ao *munus* público que ocupava[4] [5].

A ordem é vertical, "de cima para baixo"; no topo está o chefe patrimonial e na base os súditos. Da organização da sociedade, não se denota um fluxo dinâmico na camada de

[1] STRECK, Lênio Luiz. *Compreender Direito.* São Paulo: RT, 2013, p. 99.
[2] SILVEIRA, Daniel Barile da. *Patrimonialismo e a Formação do Estado Brasileiro: uma releitura do pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna*. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Daniel>. Acesso em: 20 mar. 2016.
[3]WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva. 2. v. Brasília: UnB, 1999, p. 239.
[4] *Idem, ibidem,* p. 253.
[5]Nesse particular, pontifica Reinhard Bendix: "No patrimonialismo, o governante trata toda a administração política como seu assunto pessoal, ao mesmo modo como explora a posse do poder político como um predicado útil de sua propriedade privada. Ele confere poderes a seus funcionários, caso a caso, selecionando-os e atribuindo-lhes tarefas específicas com base na confiança pessoal que neles deposita e sem estabelecer nenhuma divisão de trabalho entre eles. [...] Os funcionários, por sua vez tratam o trabalho administrativo, que executam para o governante como um serviço pessoal, baseado em seu dever de obediência e respeito.
[...] Em suas relações com a população, eles podem agir de maneira tão arbitrária quanto aquela adotada pelo governante em relação a eles, contanto que não violem a tradição e o interesse do mesmo na manutenção da obediência e da capacidade produtiva de seus súditos. Em outras palavras, a administração patrimonial consiste em administrar e proferir sentenças caso por caso, combinado o exercício discricionário da autoridade pessoal com a consideração devida pela tradição sagrada ou por certos direitos individuais estabelecidos" (BENDIX, Reinhard. Max Weber: um perfil intelectual. Tradução de Elisabeth Hanna e José Viegas Filho. Brasília: Unb, 1986, p. 270-271).

estratificação social: não há noção de indivíduo, entendida no sentido dele ser o centro da política, núcleo de poder e de decisão, receptáculo de direitos e deveres. Não há noção de "desenvolvimento", no sentido de "evolução", de superação do passado. Não há a visão de "progresso". A sociedade é estática[6].

O estamento burocrático funda-se, assim, na divisão da sociedade em estrados sociais, conforme posição social ocupada; sobrevivem da desigualdade social, reclamando para si privilégios materiais e espirituais que lhes assegurem posição e base de poder na sociedade. Trata-se de comunidades "fechadas", de maneira que fazem de tudo para impedir que outros indivíduos adentrem tal grupo e compartilhem do poder ali centralizado[7]. Em larga síntese, o estamento é uma camada de indivíduos que se organiza para se apropriar do Estado, dos cargos e funções públicas, impondo-se um regime de uso dessas vantagens advindas do *status* ocupado para a utilização da máquina estatal em proveito próprio, como verdadeiros "donos do poder"[8].

O patrimonialismo ainda hoje é uma das características mais marcantes do desenvolvimento e subdesenvolvimento político das instituições públicas brasileiras, é um vetor contramajoritário ao interesse público que resiste a vontade do povo de reforma política democrática, de modo a distanciá-la do centro das decisões políticas. O longo processo histórico brasileiro é fortemente marcado por esforços constantes de apropriação do Poder do Estado, em desproveito, claro, da sociedade. História, igualmente, de exploração das finanças públicas, convertidas em mananciais convidativos para um extrativismo oficial, praticado em esquemas dos mais diversos e procedimentos que vão da simples subtração às fraudes requintadas, passando por subsídios, empréstimos, isenções fiscais e tantos outros instrumentos públicos[9]. Por isso, não se pode esperar de um Estado estamental, que "os funcionários administrativos patrimoniais" utilizem do cargo "burocrático[10]" como veiculo para aperfeiçoamento das instituições políticas, senão que o utilizarão para agravar a diferenciação social, pois, estão preordenados a atender os interesse pessoais do estamento político a que se vinculam[11].

[6]FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. v. 2. Porto Alegre: Globo, 197, p. 18.
[7]CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n.º 1, 2003, p. 154.
[8] FAORO, *op. cit*, v. 1. p. 47.
[9] MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil.* 3. ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 35.
[10]Burocrático é o termo empregado por FAORO para indicar em sua essência não o sistema administrativo típico da dominação racional-legal, onde se tem competências fixas, baseadas em critérios legais e impessoais de ordem, mas como estrutura de organização dos "funcionários" administrativos patrimoniais.
[11] FAORO, Raymundo. *op cit.*, v. 1, p. 46.

Sob tal perspectiva, como ambicionar um reforma política e eleições limpas efetiva num jogo democrático de cartas marcadas, reencarnado naquilo que Faoro chamaria de patronato político brasileiro[12], segundo o legado histórico adquirido das antigas estruturas coloniais de um estado brasileiro *patrimonialista* em substância e *estamental* na forma. Em que a gestão da coisa comum é, sem rara exceção, tratada como se coisa particular fosse, sem distinguir o que é individual e o que pertence à coletividade, tornando o individualismo e a corrupção prática comum, fazendo profligar na sociedade política os valores republicanos. Sobretudo, se se considerar o desalento de Faoro, segundo quem, o povo brasileiro é dotado e uma veemente inatividade na ordem política, que não consegue se organizar e se contrapor aos desígnios autoritários da elite política[13].

A Constituinte de 88 representa, nesse contexto, uma reação política e jurídica ao atávico ranço de Estado patrimonialista, sempre presente na formação do Estado brasileiro, em que se acostumou a ser organização de privilégios, repartidos entre famílias agrárias, coronelatos políticos, um corpo de altos funcionários e alguns outros beneficiários, que se utilizavam do Estado como feitores de uma sociedade que era considerada indolente, ignorante, desonesta, incapaz, incompetente e preguiçosa, carecendo de uma pedagogia estatal de açoites[14]. Por isso, o Estado brasileiro foi pensado e normativamente estruturado com a preocupação de se evitar que a função pública fosse desvirtuada em esquemas patrimonialistas, para impedir que o governo fosse meio para beneficio próprio e não do beneficio da sociedade.

Por esse motivo, o constituinte percebeu a necessidade de se prevê no texto constitucional um controle difuso externo a estrutura do Estado, infenso ao risco de desvirtuamento da função estatal, com o compromisso de lutar diuturnamente pela manutenção e garantia do Estado Democrático de Direito, ao tempo, que combate o patronato político brasileiro. Foi-se, então, construído o art. 133 da Constituição da República, elevando o advogado a categoria de elemento extra estatal indispensável a administração justiça. Aos advogados, portanto, na configuração da Constituição de 88, foram conferidos a magna virtude de libertários dos grilhões dos "*Donos do Poder"* que, de longa data, aprisionam a representação popular, confinando-a a um espúria representação de gabinete.

[12]SCHWARTZMAN, Simon. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 2, 2003, p. 207-213. Disponível em: <www.schwartzman.org.br/simon/faoro>. Acesso em: 20 mar. 2014.
[13] FAORO, Raymundo. *op cit.*, v. 1, capítulo I.
[14]MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil.* 3. ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 35.

2 CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO DE DEMOCRACIA

De uma concepção Faoriana, em que o poder político no Brasil se desenvolve nas dobras de um Estado patrimonialista em seu conteúdo e estamental em sua forma, decorre hodiernamente, em grave medida, a crise do sistema brasileiro representativo de democracia, tributária do déficit de legitimidade popular dos poderes Legislativo e Executivo, ou seja, do clã político predominante.

Nos últimos séculos, ainda sob a influência do Estado Liberal, tinha-se a tíbia impressão de que a soberania popular manifestava-se eminentemente dos poderes constituídos eleitos diretamente pelo sufrágio popular, principalmente o Poder Legislativo como detentor da vontade geral da nação, como acenava Sieyès, somente o povo, ou o terceiro Estado, poderia eleger os seus representantes em assembleia geral, para o exercício do poder constituinte[15]. A história veio a infirmar essa concepção, de modo a estremecer as formas representativas de poder, diga-se, da democracia representativa. Presencia-se, com a virada do constitucionalismo moderno, um século fundado no cidadão detentor de direito fundamentais de todas as dimensões, assim como a decadência do atual modelo de representação; eis o que aguarda os ordenamentos políticos fulcrados, primordialmente nas formas representativas de governo. Rousseau parece, a seu tempo, vaticinar a derrocada da forma representativa de democracia ao apontar que,

> A soberania não poder ser representada pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta não pode ser representada. É a mesma ou é outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não ratificou é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não o é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca[16].

A lição de Rousseau ainda soa atual se comparada com a realidade da democracia brasileira. Esse é o ponto medular da crise da democracia representativa no Brasil. Os representantes eleitos pelo povo, premidos por grupos de pressão que visam interesses particularizados, se afastam dos reais interesses do povo, ou seja, não fazem valer a efetiva

[15]SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Bruguesa: que é o terceiro estado?* 2. tiragem. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1986, p. 45.
[16] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social.* Tradução de Antonio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995, p. 105.

vontade geral do povo. Paulo Bonavides chega até a propor a "*introdução incontinenti do mandato imperativo*"[17]. Alexandre de Moraes é do mesmo pensar, para quem, "*o problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar* [18]".

Criou-se uma casta política dissimuladora da vontade geral do povo, produzindo discursos falseados de verdade e ocultando nas estrelinhas jurídicas interesses divorciados da vontade do povo. Isso graças aos talentos dos mistificadores do Direito de vigília no Congresso Nacional. Instituiu-se um discurso da verdade enredada ao sistema de poder que só aparentemente corresponde à vontade geral do povo[19]. Assim, o discurso de engodo oficial foi forjando discursos de verdade, por meio de regras jurídicas que ocultem interesses particulares, sob pretexto de representar a vontade popular. Consequentemente, a democracia representativa começou a ruir à medida que a vontade da classe política deixou de manifestar a vontade do povo Segundo Mauro Cappelletti, se tem observado, com frequência, em vários países a incapacidade dos poderes legislativo e executivo, tradicionalmente responsáveis perante o povo, de se ajustarem, na realidade, ao modelo perfeito democracia representativa[20].

Experimenta-se, de fato, uma verdadeira impotência e abandono dos interesses populares pelos políticos, antes reputados alicerces fundamentais da democracia representativa. Alicerce esse que começa a esmorecer quando o estamento político não mais espelha a vontade popular e deixa a desvelo os direitos fundamentais mais básicos. Vive-se num regime "*político cooptativo*"[21], ao invés de representativo, no qual os governantes validos do poder conferido pelo povo distribuem favores às custas do erário, desrespeitando os princípios constitucionais e, de conseguinte, tornando inviável a democracia, a soberania popular e a defesa do direitos fundamentais. A ideia de soberania foi o mecanismo perfeito para fazer com que o povo

[17]BONAVIDES, Paulo. *As bases da democracia participativa*. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/vinteesete/p_bonavides_27.htm>. Acesso em: 08 out. 2016.
[18] MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 47.
[19]Esse discurso, Foucault o conceituou como, "[...] um conjunto de procedimentos regulados para a produção da lei, a repartição, a circulação e o funcionamento dos enunciados. A "verdade" está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apoiam e a efeitos de poder que ela induz e a reproduzem. "Regime" da verdade. Esse regime não é simplesmente ideológico ou superestrutural; foi uma condição de formação e desenvolvimento do capitalismo". FOUCAULT, Michel. *Microfisica do Poder.* Tradução de Roberto Machado. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 14.
[20]CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. *Tribunales constitucionales europeus y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Constituionales, 1984, p. 622.
[21] LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional e Controle do Poder: é efetiva a constituição brasileira?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 25.

aceitasse pacificamente as decisões dos governantes, pois se pensava como Faria, "*o governo da lei celebra o triunfo na democracia*".[22] A história cuidou de firmar que a democracia não pode ser concebida apenas por meios de mecanismos indiretos de representação, mas, também, pode sê-lo nas bases de uma democracia participativa, exercida através da sociedade civil organizada, que na quadra atual recupera seu papel na sociedade.

Não existe, por conseguinte, uma legitimidade popular plena da democracia representativa, a não ser que se faça uma revolução institucional, por meio de uma jurisdição constitucional forte consagradora de ideias e princípios, que derrame nos Códigos o mel real da Constituição e proclame a força vinculante dos valores e realce a ideologia material de liberdade prenhe na Constituição, com base em esferas reais e concretas, e não com fundamentos meramente abstratos e programáticos. "*A revolução sempre constrói uma realidade diferente. No Brasil falta ao povo, atraiçoado de elites falsamente representativas, recobrar a razão libertária de seu destino*"[23].

Como advertido por Paulo Bonavides, "*gafados de corrupção, os legisladores submissos ao Executivo e a ele acorrentados, veem a legitimidade lhe desertar as casas legislativas".*[24] Não precisamos ir longe para perceber a ruptura da atividade parlamentar da vontade popular, basta recordar o projeto de lei 265 de 2007, denominado de Lei Maluf, ou mais sugestivamente Lei da Mordaça do Ministério Público. Ou ainda atos secretos do Senado. E mais recentemente a PEC 33/2011. Dispensam-se comentários!

Na sequência, ainda, acresce Bonavides:

> Demais disso, o constitucionalismo em países da periferia, como o Brasil, se acha em dissidência com a democracia indireta, com a mecânica representativa de governos corruptos, curvados a forças externas de pressão que lhe retiram não raro a independência, ao mesmo passo que lhe rebaixam a estatura de poder. Em suma, governos vinculados a assembleias nascidas de partidos desagregados; cúmplices da ingovernabilidade, da desorganização política e do estertor social do regime[25].

Não se deve olvidar, contudo, que a crise da representação política pode ocasionar efeito nefasto de gerar regimes autoritários, como bem captado por Dalmo Dallari, para quem

> "*Se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o*

[22] FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica – O direito como instrumento de transformação social.* São Paulo: EDUSP, 1988, p. 105.
23 BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* Acesso em: 20 mar. 2016.
[24] Idem, ibidem. Acesso em: 20 mar. 2016.
[25]Idem, Ibidem. Acesso em: 20 mar. 2016.

> *povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições"*[26].

Dessa feita, parece não haver mais espaço para uma democracia assentada, simplesmente, no representante-fiduciário[27], como nos faz lembrar Noberto Bobbio, para quem as Democracias representativas que conhecemos são Democracias nas quais por representantes entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas, na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; e, assim, não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses particulares desta ou daquela categoria[28].

Não é possível no estágio atual de desenvolvimento da sociedade conceber-se uma democracia desprovida da participação do povo na condução dos negócios gerais do País, até por que aos que, em tese, incumbiria tal mister muitas vezes influenciados por grupos de pressão, ou como graciosamente denominados de *lobbystas* de plantão, que habitam os corredores do congresso, preterem o ideário maior da democracia para atenderem interesses particularizados, em vez dos interesses da população. Assim, como bem captado por Alexandre de Moraes, "*a ausência de correspondência da Democracia meramente representativa aos anseios populares, portanto, abriu caminho para Democracia participativa, em que os grupos de pressão surgem, para exigir seu espaço no cenário do exercício do poder político*"[29]. Afinal, nos dizeres de Madison, "*se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos"*[30].

A efetividade da Constituição e o primado Democrático, portanto, somente se tornam possíveis se acionados pelo povo. Somente a cidadania ativa pode parar o poder e tornar efetivos

[26] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 131.
[27] "Os estados, que hoje nos habituamos a chamar de representativos, são representativos porque o princípio da representação está estendido também a numerosas outras sedes onde se tomam deliberações coletivas, como são as comunas, as províncias e na Itália também as regiões. Em outras palavras, um estado representativo é um estado no qual as principais deliberações políticas são tomadas por representantes eleitos, importando pouco se os órgãos de decisão são o parlamento, o presidente da República, o parlamento mais os conselhos regionais, etc". (BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*. São Paulo: Paz e terra, 1986, p. 44).
[28] BOBBIO, Noberto. *O futuro da democracia.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 42.
[29] MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.
[30]HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: artigo 51.* Tradução de Heitor Almeida Herera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984 p. 418.

os Direitos prenhes na Constituição[31]. Trata-se de lançar as bases para um novo país efetivamente comprometido substancialmente com a Constituição.

Diante desse cenário, como resolver essa situação social desconcertante para uma vida política mais comum e representativa? Como repensar a sociedade, o Estado e a política sob novas bases diante desse quadro institucional desvelado? Como buscar uma reforma política efetiva? A história brasileira, admoesta Mamede, é pródiga em passagens em que se denuncia certo conluio entre os membros dos Poderes e, até do Ministério Público, a míngua dos interesses da sociedade, redescobre-se que o auto controle não é suficiente, pois matem em todos os seus aspectos a mesma marca de exercício do poder constituído, guardando seus servidores a condição dos que estão dentro da estrutura do Estado, disputando fatias maiores de poder e, por vezes, maiores vantagens[32].

A representação popular perdida nos gabinetes, com a virada política e jurídica representada pela Constituição outorgada em 88, é recuperada através da atuação do advogado em seu ministério público como instrumentalizador privilegiado do Estado Democrático de Direito, a quem foi confiado à defesa da ordem jurídica, da soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais maiores e ideais de justiça.

3 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO FATOR DE LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DOS ADVOGADOS COMO PRESENTANTES DA SOCIEDADE NO PROCESSO DE REFORMA POLÍTICA DEMOCRÁTICA E ELEIÇÕES LIMPAS

A luta democrática num país, como no Brasil, em que o Legislativo e o Executivo não representam o genuíno interesse público, mas o utiliza como uma capa para atingir interesses particularizados em esquemas de corrupção e patrimonialista, como dizia Faoro, vai exigir, pois, da população participação ativa nos negócios do Estado, vivenciando-se, assim, o renascimento da democracia participativa, que segundo Canotilho constitui a "*estruturação de*

[31] "Não é apenas o Poder que para o Poder, segundo a formula de Montesquieu. O poder não para o Poder porque o Direito não traz em sua essência a força que se dá a fazer valer por si mesmo. O que toma o direito uma garantia eficaz é a presença ativa, permanente e incontrolável da força dos cidadãos reunidos, organizados e direcionados em suas tendências e em suas aspirações a determinar o quer seja realizado pelo Estado. O que para o Poder é a cidadania ativa, é a atuação conjunta da parcela do povo que atua de forma determinante para que o processo político não se restrinja ao quanto se passa ausente dos olhares do cidadãos. (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 9, 1999, p. 731).

[32] MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil.* 3. ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 36.

processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões"[33].

Em um Estado democrático, como o Estado brasileiro, todo poder estatal emana do povo, que o exerce por meio de representantes do povo ou diretamente[34]. A Constituição, textualmente, não prescinde da forma direta de democracia, ou seja, a democracia participativa. A democracia, pois, na configuração constitucional da Carta de 88, pode ser exercida mediante representação, como pode o povo exercê-la diretamente nos termos eriçados no texto constitucional. A Constituição Cidadã, nesse sentido, lança as bases de duas formas primaciais de exercício de poder: a) a forma representativa; e b) a forma direta. Ambas fundamentam o sistema constitucional brasileiro. Ao lado da democracia indireta exercida historicamente de forma representativa, portanto, jaz igualmente a democracia realizada diretamente pelo povo. Esta tem assento no art. 14 da Constituição Federal[35].

O povo, hoje, diante da crise do modelo de democracia representativa, vindica a presença direta do exercício de poder, que até então era conduzida de modo programático, subtraída em sua plenitude, avesso ao Estado Democrático de Direito, porém a serviço de uma falseada democracia representativa de interesses particularizados. Esta não refletia o melhor espírito da Constituição sedimentado no parágrafo único do art. 1º da CF. A democracia participativa, portanto, desperta da trincheira de uma hermenêutica míope do próprio texto constitucional que atalhava seu progresso em direção aos diretos fundamentais e a colocava em contradição com o primado democrático referenciado logo no parágrafo único do art. 1º da Constituição. Na feliz expressão de Paulo Bonavides,

> *"O falseamento hermenêutico colocou, portanto, de maneira inversa, o exercício direto do poder popular, em sua dimensão soberana, debaixo da servidão, do desinteresse, da indiferença e da deslembrança do corpo representativo. Obviamente, o empenho deste é perpetuar uma supremacia que a decomposição ética do sistema, designadamente da classe política, faz, todavia, insustentável"*[36].

---

[33] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 288.
[34] Vide art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal.
[35] Muito embora se vivencie, no Brasil, o vetusto vezo de subjugar a forma direta ante os canais representativos de democracia, "*Mas acontece que na ordem da positividade constitucional, não há cláusula de rigidez absoluta que determine ou decrete embargos a uma inversão democrática daquela inferioridade a que ficou sujeita a expressão direta da vontade popular perante os mecanismos representativos. A Constituição não faz, em termos absolutos, o órgão intermediário da soberania, que é a representação parlamentar, prevalecer ao órgão primário do poder, que é o povo (*BONAVIDES, Paulo. *op. cit*. Acesso em 08 out. 2016).
[36] BONAVIDES, Paulo. *op. cit*. Acesso em 08 out. 2016.

No estágio atual da democracia constitucional, vencidas as dimensões das liberdades políticas dos Direitos cívicos clássicos, desvela-se o Direito fundamental a participação do cidadão na condução dos negócios do governo, de tal sorte a assegurar à participação das formulações políticas em sentido amplo. Cuida-se, realmente, da quarta dimensão dos Direitos fundamentais[37]. Segundo Paulo Bonavides, esses Direitos irrompem como Direito de resistência. Resistência contra a globalização hegemônica alicerçada ao ideal do neoliberalismo que palmilha na direção contrária aos Direito de quarta geração [38]. Para Zaneti, com a democracia participativa ocorre uma espécie de democracia direta, menos intensa que o clássico conceito de Rousseau, mas mais próxima da realidade hodierna – com a sensível vantagem de recuperar o papel da sociedade civil organizada[39].

Nas democracias complexas de hoje, todavia, é materialmente impossível atingir a democracia participativa, como espécie de democracia direta, tomada no sentido que o cidadão participa ele mesmo nas deliberações que lhe dizem respeito. Nessa altura, a advertência de Bobbio parece roborar a tese esposada. Para Bobbio,

> "*se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais, é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade*".[40] Como sinala Zaneti, *"uma democracia que todos decidem sobre tudo seria uma forma totalitária de politizar tudo, obrigando o homem a viver de manhã até a noite sua tarefa política de cidadão, não deixando espaço para o simplesmente humano e o privado das relações sociais e da intimidade*"[41] [42].

Em meio a esse cenário de crise da democracia representativa e a impossibilidade da democracia direta em que todos decidem tudo, de um lado, e do aumento desmesurado das

[37] ZANETI JÙNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 114-115.

[38]"São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de conveniência". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571.

[39]ZANETI JÙNIOR, Hermes. *op. cit.*, p. 115.

[40]BOBBIO, Noberto. Democracia representativa e democracia direta. O Futuro da Democracia. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 1986, p. 40.

[41]ZANETI JÙNIOR, Hermes. *op. cit.*, p. 132.

[42]O cidadão total e o estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da polis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante. (BOBBIO, Noberto. Democracia representativa e democracia direta. *O Futuro da Democracia.* 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 1986, p. 42).

reivindicações sociais por outros canais de pressão ao governo, de outro, surde, com cada vez mais vigor, a atuação forte dos advogados, como fiel da sociedade, como bastião último dos Direitos humanos e garantidor das próprias bases da democracia. Pois, são os únicos que, reunidos ou não, tem, por assim dizer, capacidade postulatória constitucional "universal" indispensável à administração da justiça reconhecidos pela constituinte[43]. Como reconhecido por Mamede, o legislador constituinte percebeu, a tempo, que a previsão apenas de uma estrutura interna de controle do Estado, a cargo dos três poderes e do Ministério Público, não seria suficiente e, portanto, instituiu um controle difuso externo a cabo da classe dos advogados, atuando em nome próprio ou na representação dos cidadãos, isolados ou em coletividade, funcionando como elemento extra-estatal indispensável à conservação e garantia do Estado Democrático de Direito[44].

Os advogados mereceram, dessa forma, menção expressa no art. 133 da Constituição da República como indispensável à realização da justiça, exatamente, por que, acentua Mamede, ao longo da história, sempre ofereceram a humanidade combates incansáveis para preservar a justiça e o Direito[45]. Assim, se constitucionalizou a advocacia, para estabelecer um mecanismo confiável para efetivação do Estado Democrático de Direito. Por essa mesma razão, os advogados são reconhecidos no pós-Constituição de 88 "*como uma forma de limitar a compreensão do Estado como poder que se almeja, motor da atuação de muitos políticos, forçando o respeito ao Estado como instituição constituída pela sociedade e que deve funcionar a partir da sociedade e no benefício da sociedade*"[46], dada o distanciamento entre os órgãos de controle estatais e a representação popular.

Assim, os advogados, diante da incapacidade de representação da vontade geral da nação pelos representantes direto do povo, bem como as dificuldades de defesa das garantias dos direitos fundamentais, por intermédio de uma dogmática jurídica, até então, inane, são colocados, mais uma vez durante o curso as história, para o centro de problema, *"como aquele que empresta ao cidadão as condições necessária para o exercício de sua cidadania"*[47], como representantes em última instância das reivindicações sociais, transformado em canal de expansão da cidadania. Nos países periféricos, só uma atuação forte dos advogados pode fazer

[43] Vide art. 133 da Constituição Federal.
[44]MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil.* 3. ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 36.
[45]*Idem, ibdem*, p. 35.
[46]*Idem, ibdem*, p. 37.
[47]*Idem, ibdem*. p 14.

a transição da obsolescência representativa dos poderes eleitos pela soberania popular para a incontinenti e eficaz aplicação dos preceitos democráticos, abrindo o caminho para uma reforma política democrática e eleições limpas verdadeira, reforçando, assim, em definitivo, as vigas mestras da democracia constitucional.

Os advogados atuam, por essa perspectiva, como *longa manus* da sociedade, funcionando como canal de realização da democracia participativa, quando acionado pelo povo para implementação da reforma político democrática que jamais seriam verdadeiramente realizada por um corpo político representativo fundado em bases patrimoniais e estamental. Sendo assim, "*o advogado, na condição de representante negocial ou processual de seu constituinte, é o vetor da cidadania que, assim, garante a concretização de um dos fundamentos da República, como se lê do art. 1º, II da Constituição*[48]*"*. Dessa forma, tem-se a realização da democracia participativa, uma vez que a democracia direta plena, no sentido próprio seria no mundo fenomênico impossível de ser concretizada. Cumpre, assim, aos advogados recobrar sua cota parte da democracia integral e tornar-se um canal aberto à democracia participativa. Eis o fator de legitimação da atuação dos advogados no processo de reforma democrática e eleições limpas.

Sempre foram uma figura de proa ao longo da história do Brasil, prestando um trabalho indispensável para garantia do Estado Democrático de Direito que pode, a partir de ações concretas, aproximar a vontade do povo e a atuação do parlamento, conduzindo a atividade política ao respeito às normas, aos direitos fundamentais do homem e a democracia. Recobra-se, nesse sentido, a consciência por uma democracia participativa expressada por intermédio de instituições, como os advogados coligados na OAB, comprometida com a salvaguarda da Democracia e do Direito. A única entidade de envergadura constitucional, essencial a administração da justiça, representante da autoridade popular, capaz de levar a cabo esse mister de modo parcial aos valores e ideais de justiça da sociedade, pela própria formação técnica que possuem são os advogados, que congregados, dão corpo e alma a atuação da OAB[49].

Por essa perspectiva, a atuação dos advogados como representantes da sociedade no processo de reforma política democrática ressoa no ideário de democracia. A crise atual na

[48] *Idem, ibdem*, p. 15.

[49]As pessoas jurídicas, como se sabe, não são dotadas de vontade em sentido próprio. A OAB é uma realidade abstrata criada pelo direito. Assim, a OAB aqui é citada para aludir-se ao interesse de uma entidade associativa, constituída por advogados que reunidos a conferem personalidade própria. Portanto, quer-se referir, sobretudo, aos advogados, quando mencionado no texto a atuação da OAB.

representação política precipitou a participação dos advogados como protagonistas das demandas sociais relativa ao pacote das principais reformas políticas democráticas nos pais, sobretudo, após promulgação da Constituição de 88. Tal figurino se amolda perfeitamente no esquadro constitucional, no quadrante de uma democracia participativa, pois os advogados são historicamente reconhecidos por suas lutas pela democracia, sendo guindados a categoria constitucional como indispensável à administração da justiça. A "normalidade brasileira" está impregnada mazelas, desacertos, escândalos, corrupção, violências e pesadelos que precisam ser reparadas urgentemente para se alcançar patamares superiores no processo de desenvolvimento[50]. Os advogados sabem que fazem parte e estão preparados para integrar a equipe que trabalhará nos necessários consertos que a estrutura brasileira está a demandar. Em uma palavra, os advogados são hoje as pernas da democracia! Como bem captado por Alberto de Paula Machado, a OAB continua a ser depositária das esperanças de boa parte da população brasileira, a advocacia, por sua vez, tem no contraditório combustível de ideias, adubo de ideais, o que nos obriga a continuar sendo Democratas no autoritarismo, legalistas durante a ilegalidade e libertários sob as ditaduras, tal como proclamamos na Carta da XV Conferência Nacional dos Advogados[51].

Por essa ordem de ideias, a participação dos advogados na dinâmica social haure sua legitimidade do poder soberano do povo. Contudo, assume na batalha pelo aperfeiçoamento da democracia brasileira uma configuração democrática diversa dos demais poderes, por razões intrínsecas ao seu próprio ofício de bastião dos Direitos fundamentais e de pêndulo da democracia, conducente à realização de uma democracia participativa. Nesse diapasão averba Paulo Bonavides, *"[...]o século XXI está fadado a ser o século do cidadão governante, do cidadão povo, do cidadão soberano, do cidadão sujeito de Direito internacional, conforme já consta da jurisprudência do Direito das gentes. Ou ainda, do cidadão titular de Direitos fundamentais de todas as dimensões; século, por fim, que há de presenciar nos ordenamentos*

[50]LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates. Os 80 Anos da OAB e a História Brasileira**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, nº 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.
[50]BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 23.
[51]MACHADO, Alberto de Paula. A OAB aos Oitenta Anos Escravatura, Autoritarismo e Constitucionalismo, desafios históricos dos advogados brasileiros. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, nº 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.

políticos, o ocaso do atual modelo de representação e de partidos. É o fim que aguarda as formas representativas decadentes"[52].

Opondo-se a atitudes arbitrárias dos donos do poder, os advogados protagonizam a libertária luta pela prevalência dos postulados democráticos. Nos momentos de crises institucionais, como o endurecimento dos regimes de exceção durante o Estado Novo e a ditadura militar, a Ordem não se absteve nem capitulou, posicionando-se a favor das liberdades públicas, apresentando sua vocação de entidade libertária representativa das aspirações sociais e de proteção dos predicamentos da ordem constitucional democrática[53]. A democracia realizada por meio da atuação dos advogados tem em razão de sua especial configuração e sua natural vocação de escoadouro das demandas sociais marcante característica de democracia direta, da qual é expressão primordial a democracia participativa.

Os advogados ressurgem, dessa forma, como canal catalisador das reivindicações sociais; pela provocação deles, a sociedade participa diretamente da democracia, que em conjunto com o judiciário, são encarregados da administração da justiça. Nas dobras da democracia participativa, destarte, os advogados se impõem como porta-voz da sociedade, absorvendo as reivindicações sociais e levando-as ao Judiciário e ao legislativo, para que, assim, leve a cabo a reforma política democrática, cuja vocação historicamente sempre foi de luta pela democracia. É o elo que une sociedade e Estado que precisa ser redescoberto e consolidado para defesa da sociedade e das prerrogativas da democracia. É um controle estatal difuso externo. Esse é o desafio atual dos advogados. Olhando seu histórico de luta pela democracia no passado, voltar-se para o presente em busca de um reforma política efetiva que, realmente, representa os anseios da sociedade. Ou seja, reunir os atores da cena político-social, de modo a conduzi-los a uma reforma que assegure a legitimidade democrática no Brasil perdida desde a época dos engenhos.

Quando se compreende o papel dos advogados como forma de participação direta do cidadão na democracia, intuitivamente chega-se a conclusão de que eles constituem as pernas da democracia e de qualquer manobra da sociedade direcionada ao aprimoramento do Estado Democrático brasileiro. Sem a intervenção deles, desde ações individuais representadas em juízo até as ações promovidas pelo Conselho Federal, às demandas mais caras das sociedades

[52] BONAVIDES, Paulo. *op. cit*. Acesso em: 08 out. 2010.
[53] COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. OAB: 80 Anos de Defesa do Advogado e da Nação. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.

não seriam encaminhadas aos Poderes da República, ou seja, seria negada a população o acesso a instâncias decisórias do Estado. Por isso, os advogados serão sempre uma constante na defesa da democracia, pois eles são o escoadouro natural dos anseios da população no Brasil, a quem são encarregados de representar perante os poderes constituídos as aspirações da sociedade de reforma política e, com isso, obter de fato um resultado útil para todo corpo social, isto é, manter pujante a luta democrática. Pois, afinal, "onde cessam o vigor das leis e a autoridade de seus defensores, não pode haver segurança nem liberdade para ninguém"[54].

Em sendo assim, sensível a crise de representação política, os advogados são chamados para reafirmarem seu compromisso histórico de defesa do Estado de Direito e o aprofundamento democrático do Brasil, cuja missão institucional é, cumprindo seu *munus* público, possibilitar um incremento da participação do indivíduo nas esferas decisórias de poder e na construção de espaços público democrático que viabilizem uma reforma política efetiva, pois não é de se esperar de uma Estado patrimonialista e estamental por formação o faça espontaneamente, ou pior, o faça uma vez mais falseando a verdade para ocultar interesses particularizados.

Sem dúvida, a análise da história da entidade revela a origem dos princípios que norteiam a atuação da OAB e, entre eles, está o empenho político-classista dos advogados brasileiros para assegurar sua efetiva participação na administração da Justiça, o que foi conquistado efetivamente com a Constituição Federal de 1988[55]. A linha do tempo da OAB, ressalta Cláudio Pacheco Prates Lamachia, se por um lado registra pontos altos e baixos, também aponta com ênfase que seus princípios sempre permaneceram inabaláveis e, por isso, até hoje a instituição exerce o papel de uma bússola para a sociedade brasileira[56]. Se atualmente vive-se numa democracia, ainda falha em alguns pontos que podem e devem ser aprimorados, é também porque a classe dos advogados soube se manter unida em torno de ideais que levam ao amadurecimento do país até cada canto de suas fronteiras.[57]

Em seu trajeto histórico, a entidade já demonstrou que protege e estimula valores situados muito acima de problemas que, numa visão mais abrangente, podem até mesmo ser considerados pontuais. É dentro desta ótica que vem ocorrendo, por exemplo, uma grande

[54] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A Origem da Desigualdade Entre Os Homens*. 2. ed. São Pualo: Escala, p.17.
[55] *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.
[56] LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates. Os 80 Anos da OAB e a História Brasileira**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.
[57] *Idem, Ibidem*, p.01-648.

mobilização dos advogados pelas reformas política e tributária, dentre outras que constam na agenda de atenções especiais da instituição[58]. Da mesma forma, é inerente à vida dos advogados lutar em todas as frentes por um mundo melhor. Em sua estrada de quase um século transcorrido, o mais valioso apoio que a Ordem pode e quer oferecer ao país é a sua própria existência, forte e duradoura, marcada pelo sucesso que advém da união de esforços e da profunda vontade de conquistar e distribuir dias melhores para os cidadãos brasileiros. É uma missão sagrada que requer cuidados permanentes para ser cumprida, como bem demonstram os caminhos até agora trilhados com brilhantismo pela OAB [59].

Cesar Britto quando esteve presidente da OAB por três anos, teve a honra de comprovar que os "nossos sonhos de um Brasil democrático, justo e solidário não eram utopias ultrapassadas. Não eram poesias ou discursos para agradar o ouvido ou coração diante de uma solenidade festiva"[60]. Em larga síntese, pode-se afirma, fazendo coro com Cesar Britto, que os advogados vem incessantemente combatendo os mais de quinhentos anos de patrimonialismo, de desigualdade, de preconceito e de violência[61]; sendo guindado, atualmente, como baluarte para implementação de uma reforma política democrática efetiva, representando os anseios da sociedade e os impondo a agendas estatais.

Por esse norte de ideias, "*a questão central não é mera opção por um ou outro sistema, o que apenas aprofundaria a crise de suas insuficiências apontadas; antes, existe uma conveniência harmônica e obrigatória entre as duas formas democráticas (direta e representativa) que aponta para uma almejada 'democracia integral*"[62-63]. Com essa

[58] *Idem, Ibidem*, p. 01-648.
[59] *Idem, Ibidem*, p. 01-648.
[60] BRITTO, Cesar. Oitenta Anos de História**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.
[61] *Idem Ibidem*, p. 01-648.
[62] ZANETI JÙNIOR, Hermes. *op. cit*, p. 133.
[63]A ideia de democracia integral não é nova e reporta-se a Bobbio, no seguinte entrecho: *"Um sistema democrático caracterizado pela existência de representantes substituíveis é, na medida em que prevê representantes, uma forma de democracia representativa, mas aproxima-se da democracia direta na medida em que admite que estes representantes sejam substituíveis. É um gênero anfíbio, do qual a história, que procede sempre por vias complicadas (ao contrário da natureza que, como se dizia há tempos atrás, segue sempre a via mais curta), nos oferece inúmeros exemplos. Exatamente porque entre a forma extrema de democracia representativa e a forma extrema de democracia direta existe um continuum de formas intermediárias, um sistema de democracia integral as pode conter todas, cada uma delas em conformidade com as diversas situações e as diversas exigências, e isto porque são perfeitamente compatíveis entre si posto que apropriadas a diversas situações e a diversas exigências. Isto implica que, de fato, democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente. Com uma fórmula sintética, pode-se dizer que num sistema de democracia integral as duas formas de democracia são ambas necessárias mas não são, consideradas em si mesmas, suficientes".* (BOBBIO,

arquitetura teórica afigura-se possível modelar, no Direito brasileiro, uma espécie de democracia integral que realce a importância da atuação do advogado para manutenção do Estado Democrático de Direito, fundada na soberania da cidadania, permitindo ao cidadão recuperar sua participação direta na vida do Estado, convivendo, dessa forma, harmonicamente as duas formas de exercício do poder: a democracia representativa e a direta. Tudo em prol do maior equilíbrio do sistema e realização da democracia e do estado de direito, pois, afinal, o povo brasileiro já cansou de ser persistentemente atraiçoados pelos estamentos políticos falsamente representativos.

Em outros termos, a democracia representativa e a democracia direta não são dois sistemas excludentes senão que dois sistemas que se interagem mutuamente. Essa inferência conforma perfeitamente a Constituição atual. Ambas as formas capitais de exercício do poder estão previstas na Constituição: a democracia representativa, no art. 1º; a democracia participativa, no art. 14. Logo, a nossa Constituição caminha no sentido de uma democracia integral. Com isso, reforça-se a legitimidade democrática do da atuação dos advogados conduzindo-os para o centro de debate da reforma política democrática, pois uma fração da democracia integral é a democracia direta. Esta, por sua vez, se afeiçoa, antes mesmo do Poder Judiciário, aos próprios advogados encarados como as pernas da democracia e a base para uma reforma democrática política efetiva libertária dos interesses particularizados dos *Donos do Poder*. Em resumo, o desejo de democracia encarnada pela sociedade nos advogados, corresponde à espécie de democracia direta, a participativa, tendo em vista que a história dos advogados se confunde com a própria história da sociedade brasileira.

Diante dessa realidade, os advogados, mais uma vez, foram conduzidos para o centro da questão, de modo a realizar a democracia participativa e criar soluções que considerem a cidadania. Assim, eles retiram sua legitimidade, e a comunicam a própria OAB pelo condão associativo que os une, nos quadros da democracia, porquanto representa parcela da democracia relativa ao exercício de poder Direto, realizado mediante provocação popular. A participação do cidadão, pois, nos negócios do Estado é imprescindível. Esta é canalizada através a atuação dos advogados em seu *múnus* púbico, pois são eles o primeiro ponto de contado da sociedade, porque é através deles que as reivindicações sociais chegam em escala ao Judiciário e ao

Noberto. Democracia representativa e democracia direta. *O Futuro da Democracia*. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 1986, p. 51).

Legislativo; por interpelação dos advogados que paulatinamente os poderes constituídos são constrangido a atuar, de modo a promover a reforma política democrática, a partir da rua, dos bairros, das escolas, isto é, a partir dos anseios da sociedade.

O cidadão deixa de ser mero espectador passivo das ações governamentais para, por meio da representação dos advogados, participar das decisões do governo[64]. Esse processo de conscientização da missão institucional dos advogados tem a virtude de libertar o cidadão da submissão a decisões tomadas nos centro dos gabinetes, sem que antes pudessem participar. O cidadão deixa, então, de ser mero destinatário dos negócios do governo e passa a exercer plenamente seus Direitos, sem receios.

Em súmula, os advogados, mais que representar uma entidade de classe, são instrumento para a participação no poder, contribuindo para a otimização da participação do povo ou, em outros termos, para democratizar a democracia através da participação[65], propiciando, como sói vem acontecendo atualmente no Brasil, uma reforma política democrática gradativa em razão da sua atuação forte e marcante na sociedade, pois sem o advogado, no Brasil, não se pode levar a sério qualquer tentativa de reforma política democrática e eleições limpas.

No tópico seguinte dedicar-se-á a discorrer sobre a atuação concreta dos advogados, que convocados na OAB, participam ativamente no processo de luta pela democracia e reforma política a partir do marco democrático erigido com a da Constituição de 88.

4 À GUISA DE CONCLUSÃO: RECENTES INTERVENÇÕES DOS ADVOGADOS NO PROCESSO DE LUTA PELA DEMOCRACIA E REFORMA POLÍTICA E ELEIÇÕES LIMPAS

Os advogados participaram de inúmeros momentos da história do país, sempre que os direitos civis, políticos e humanos da sociedade brasileira se encontravam ameaçados. Basta lembrar a atuação dos advogados na trajetória das liberdades democráticas, quando nos idos de 1935 indicou o advogado Sobral Pinto para defesa de Luis Carlos Prestes e do casal Ewert,

[64] Esse sentimento é bem sintetizado por Christian Ruby: 'Assim, exprime-se o sentimento comum segundo o qual a política, qualquer que seja, não pode mais contentar-se em ser instrumental. Os cidadãos recusam-se a ser governados como antes, na desistência de todo poder sobre o curso das coisas em nome da tecnicidade da política (os expertos ou os dirigentes). Mais geralmente ainda, essa expressão acompanha a vontade de pôr a bordo as antigas estruturas de autoridade e de crença que enquadram os indivíduos dando de cima um certo sentido à existência deles". (RUBY, Christian. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 137).

[65] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 366.

quem se valeu da lei de proteção aos animais para que fossem cessadas as torturar afligidas a estes[66]; a condenação aos atos violentos e cruéis da segunda Guerra; a moção congratulatória pelo término da ditadura de Vargas; a luta pela redemocratização do Brasil após o golpe militar de 1964, em especial com os pronunciamentos enfáticos de Sobral Pinto; o auxílio aos presos políticos e seus familiares durante todo o período da ditadura militar; o apoio expressivo do presidente Mário Sérgio Duarte Garcia ao movimento de restabelecimento de eleições diretas; a participação ativa do presidente Hermann Baeta na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e a crítica do presidente Ophir Cavalcanti ao bloqueio das cadernetas de poupança em 1990. Todos esses fatos marcam a atuação dos advogados ao longo da história, que ultrapassa sua concepção inicial de apenas representar uma classe profissional, mas na utilização de seus conhecimentos específicos no amparo dos direitos sociais.

Realmente, muitos episódios gravaram a atuação dos advogados na história do País, merecendo, cada um deles, o seu lugar de destaque na vasta galeria de conquistas obtidas desde a criação das primeiras faculdades de direito, a faculdade de direito de Olinda e a faculdade de direito do Largo de São Francisco (São Paulo), ambas fundadas em 11 de agosto de 1827, mas, dispensada a remissão aos fatos históricos, cuidar-se-á aqui de resgatar apenas os fatos que de alguma formar represente o histórico de luta dos advogados por reforma política democrática e eleições limpas, que se reputa, deverão merecer sempre o reconhecimento da advocacia e da sociedade brasileira, mercê do amplo significado de todos, pois originários do marco democrático tributário da Carta da República de 88, em que se rompeu ciclo do autoritarismo no País e se instalou uma nova Constituição que tem como centro o respeito ao povo brasileiro.

Referir-se-á, assim, a quatro recentes intervenções dos advogados, por intermédio da OAB, e de grande relevância para a preservação dos preceitos republicanos em que se assenta a Constituição Federal do Brasil de 88, demonstrando sua natural vocação para luta democrática e, portanto, da reforma política democrática clamada ardorosamente pelo povo brasileiro. São eles: a) a intervenção dos advogados na defesa da constituinte; b) a intervenção dos advogados no *impeachment* do Presidente Collor; c) a efetiva participação dos advogados na elaboração da lei de ficha limpa; e d) a intervenção dos advogados com o ajuizamento da ADI 4650 contra financiamento privado da campanha eleitoral por empresas.

[66] MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil.* 3. ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 6.

Na constituinte, a atuação dos advogados foi decisiva para construção de uma justiça mais legítima e eficiente, e, portanto, mais democrática. Acreditava a OAB que a convocação de uma Assembleia Constituinte era o único caminho jurídico adequado à retomada da organização das instituições políticas dentro de princípios democráticos[67]. Testemunha Márcio Thomaz Bastos, que "A tônica da atuação da OAB era garantir a continuidade à construção diária da democracia"[68]. Sob a coordenação de Raymundo Faoro, a OAB reivindicou o restabelecimento do *habeas corpus*, suprimido pelo AI-5, a revogação da lei de segurança nacional e a concessão de anistia ampla, geral e irrestrita aos presos políticos[69], pautas que mais tarde seriam as bases do discurso da Ordem por uma nova constituinte. A OAB, nesse período, foi uma das entidades promotoras das *Diretas Já!* que visava a introdução de uma emenda constitucional determinando que as eleições presidenciais de 1984 fossem realizadas pelo voto popular, afirmando que o processo de abertura para a transição democrática requeria critérios firmes, limpos e justos, para que o autoritarismo fosse, enfim, superado, exigia-se, assim, o respeito e a preservação da dignidade nacional[70]. Foi a partir dessa intervenção que OAB deu contribuições excelentes à Constituição, tal como, a parte relativa aos direitos e garantias do artigo 5º, que foi, basicamente, toda escrita pela Ordem. Além disso, o próprio papel da OAB foi muito reforçado na parte da Constituição que trata da Advocacia. Tendo em vista essas mudanças, podemos considerar que a Constituição foi uma obra importante rumo à redemocratização, a despeito da relutância de seus elaboradores para enfrentar certas questões delicadas[71].

Após a mobilização em torno de uma nova constituinte e das *Diretas Já,* em 1992, quando a sociedade exigia mais ética na política, a OAB assinou o *impeachment* do ex-presidente Collor de Melo. Divulgada as denúncias de corrupção, no dia 25 de maio de 1992, o Conselho Federal da OAB, incontinenti, divulgou uma nota oficial sublinhando o compromisso da Ordem com o princípio da moralidade, exigindo das autoridades competentes que as denuncias fossem cabalmente apuradas. Dois dias depois do requerimento de criação da CPMI, a sede da OAB foi palco de uma reunião de entidades representativas da sociedade civil que,

[67]PIMENTEL, Gurgel Fernando. A OAB e o Brasil: Paralelas que se Encontram**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.
[68]BASTOS, Márcio Thomaz. A Participação da OAB na Constituinte e a Construção de uma Justiça mais Legítima e Eficiente. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p.01-648.
[69] *Idem*, *Ibidem*, p. 01-648
[70] Disponível em: <http://www.oab.org.br/hist_oab/defesa_estado.html>. Acesso em: 20 mar. 2016.
[71] BASTOS, Márcio Thomaz. *op. cit.*

reiterando a nota anteriormente divulgada pelo presidente da OAB, também requereu *"a apuração da verdade sem restrições"*[72]. Essa reunião foi amplamente divulgada pela imprensa. No dia seguinte, a manchete de todos os jornais do país ressaltava o posicionamento da sociedade civil em defesa das investigações das denúncias de corrupção, aparecendo, em todas elas, a OAB como liderança nata do movimento civil.

Em 17 de agosto desse mesmo ano, a OAB se reuniu mais uma vez e, por ampla maioria, acolheu proposta do vice-presidente da entidade, Álvaro Leite Guimarães, para nomeação de uma comissão encarrega de redigir uma nota oficial da entidade. Nesse novo manifesto, a OAB tão logo conhecidas as conclusões da CMPI requereu a tomada das medidas cabíveis, anunciando ainda até mesmo a possibilidade de *impeachment.* Pela primeira vez, é aventado o *impeachment* do presidente, e apareceu para autorizar os dirigentes da OAB, como cidadãos, a requerer a investigação do presidente da República. No dia 23 de agosto, o Senador Amir Lando (PMDB-RO), relator da CPMI submeteu à Comissão seu parecer, imputando ao Presidente "*ilícitos penais comuns, em relação aos quais a iniciativa processual é prerrogativa intransferível do Ministério Público. Por outro lado, podem configurar crime de responsabilidade, em relação aos quais a iniciativa processual é prerrogativa da cidadania perante a Câmara dos Deputados*[73]".

O relatório aprovado trazia duas consequências: eventual crime comum praticado pelo Presidente precisava ser investigado e denunciado pela Procuradoria Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, e o crime de responsabilidade deveria ser denunciado por um cidadão à Câmara dos Deputados. A grande questão que se colocava era: que cidadão pediria o *impeachment* do primeiro presidente da República eleito após 25 anos de ditadura?[74]. Nesse vácuo, a OAB, coadjuvada pela ABI – Associação Brasileira de Imprensa, foi instada para elaborar a petição denunciando o Presidente da República a Câmara dos Deputados pela prática de crime de responsabilidade, e propor seu *impeachment*, em razão da sua excelência na defesa de todos os processo de democratização do país, da legalidade e, sobretudo da ética na política, bem assim do prestígio perante o povo brasileiro, construída historicamente. O presidente a época, o advogado Marcello Lavenère, foi, então, o cidadão encarregado de assinar a petição

[72] TEIXEIRA, Daniela Rodrigues; GUEIROS FILHO, Everardo Ribeiro. Um Chamado para a Guerra – A Participação da Ordem dos Advogados do Brasil no Procedimento de Impeachment que Afastou o Presidente da República em 1992**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p.01-648.
[73] Relatório final da CPMI, 23.8.1992, in arquivo do Senado Federal, Brasília.
[74] TEIXEIRA, Daniela Rodrigues; GUEIROS FILHO, Everardo Ribeiro. *op. cit.* p. 01-648.

que propunha o *impeachment* do Presidente Collor, levando em sua assinatura o peso da própria OAB como instituição que sempre esteve vigilante em todo o processo de redemocratização do Brasil e no processo da ética da política.

A petição da denúncia elaborada por um grupo de renomados advogados liderados por Evandro Lins e Silva, e composta por Miguel Reale Junior, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo Dallari, Sérgio Bermudes, José Carlos Dias, Flávio Bierrembach, Márcio Thomaz Bastos e Luiz Francisco da Silva Carvalho Filho, foi assinada, assim, pelos cidadãos Marcello Lavenère e Barbosa Lima Sobrinho. A petição era um libelo pela ética na política naquele momento. No dia em que recebida à denúncia contra presidente da República, a Ordem dos Advogados do Brasil colaborou para mudar o curso da história política brasileira, e o presidente foi afastado do cargo para ser julgado pelo Senado Federal. Sem a OAB e sem a coadjuvante participação da ABI, dificilmente ter-se-ia conseguido trilhar esse caminho que deu ao País condições de vencer uma grave crise dentro da mais absoluta normalidade democrática[75].

Mais recentemente, a força dos advogados e sua capacidade de articulação ganharam ainda mais notoriedade, sendo este o terceiro episódio a que se refere, com a tramitação e aprovação pelo Congresso Nacional da Lei da Complementar nº 135, a chamada Lei da Ficha Limpa.[76] Resume bem a importância que teve a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil na aprovação desse marco da moralização política brasileira que é a referida Lei, a manifestação do Senador goiano Demóstenes Torres, então, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, ao prefaciar obra lançada pelo Presidente Ophir Cavalcante Junior e pelo Diretor Secretário Geral, Marcus Vinicius Furtado Coêlho quando disse:

> Ophir Cavalcante Junior e Marcus Vinícius Furtado Coêlho são autores não somente de "Ficha Limpa: comentários à Lei Complementar 135/2010". Eles participaram da criação do próprio diploma legal, dividindo a autoria com 8 milhões de mãos. O presidente e o secretário-geral da OAB ajudaram a gestar o projeto mais aplaudido do País desde a emenda das Diretas Já e suas digitais aparecem na bandeira de moralização da política, hasteada a partir da LC 135[77].

[75] *Idem, ibidem*, p. 01-648.
[76]CANÇADO, Miguel Angêlo. A História da OAB como a História do Brasil. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.
[77]CAVALCANTE, Ophir; COÊLHO, Marcus Vinicius. *Ficha Limpa a vitória da sociedade: breves comentários à Lei Complementar 135/2010*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/Livro/FichaLimpa/pageflip.html>. Acesso: 05 abril 2016.

O projeto de lei estava fadado a mofar nas alcovas da Comissão de Constituição e justiça da Câmara dos deputados em razão de pedidos de vistas com caráter protelatório se não fosse à interferência do Presidente da OAB a angariar assinaturas do PT e PMDB para requerimento de tramitação do projeto em regime de urgência, de modo tirar a votação do projeto de iniciativa popular da Comissão de Constituição e Justiça e levá-lo para análise do plenário da Camarada[78]. Inegavelmente, o projeto da lei de ficha limpa se transformaria em mais um projeto a tramitar de gaveta em gaveta no Congresso Nacional, e por certo por ali estaria perdido, se não fosse a participação firme e contumaz do Presidente Nacional da OAB que, logo que assumiu o posto, se pôs a campo para contribuir com a realização da vontade de mais de um milhão e meio de brasileiros signatários do projeto de iniciativa popular de ver convertida em lei à proibição de se candidatarem a cargos eletivos os políticos já condenados por diversos tipos de crimes.

A Lei Complementar 135/2010 entra, assim, para a história do Brasil como o início de um perseguido processo de depuração política, de combate à corrupção e à impunidade, e, sabe-se, não há de se chegar a este desiderato sem a atuação ativa da advocacia brasileira, por meio da sua entidade de classe, que é a própria porta-voz da sociedade civil. No caso, primeiro veio foi a mobilização popular e, logo depois, o agir da Ordem dos Advogados do Brasil, até que a Lei se tornou uma realidade histórica.

Representando, por fim, o marco de luta dos advogados por reforma política democrática e eleições limpas é forçoso recordar, entre as ações concretas da Ordem, o ajuizamento ADI 4650 cujo objeto visa à declaração de inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por empresas, uma vez que a Constituição estipula que todo poder emanada do povo, de sorte que as empresas por não representarem o povo não podem estar na base do poder. Sendo, inegavelmente, mais uma iniciativa da OAB destinado a garantir a lisura nas eleições, de modo possibilitar a eleição de candidatos realmente comprometidos com os ideais da república, e não com interesses particularizados da classe empresarial, e, assim, conter o abuso econômico das empresas nas eleições que é tão deletério a representação popular. A maioria dos Ministros do STF, a propósito, acolheu recentemente, em 02 de abril de 2014, a ADI nº 4650 proposta pela OAB, fato este relatado pelo Presidente Nacional da OAB, Marcos Vinicius Furtado Coêlho, como um dia histórico para democracia brasileira e uma grande

[78] *Idem, Ibidem.* Acesso: 05 abril 2016.

conquista da sociedade brasileira[79], relevando, aqui, mais uma vez, a condição nata dos advogados como bastião da democracia e das eleições limpas.

Finalizando, é óbvio dizer, mas a história dos advogados pode ser constatada, sobretudo, com as cores das dificuldades, dos enfrentamentos e embates, vitórias e conquistas, mas alguns capítulos, quando assunto é reforma política e eleições limpas, merecem da nossa da sociedade atenção ímpar, por tudo que significam hoje e significarão para as gerações futuras, como nos exemplos escolhidos para simbolizar um presente, inspirado no passado, de lutas e conquistas que beneficiam a advocacia e a sociedade, que entraram definitivamente para a história da Ordem dos Advogados do Brasil e, por isso mesmo, foram incorporados a própria história do Brasil.

Os desafios, no entanto, ainda são muitos, sobretudo, num país em que o legado do patronato político brasileiro, a que falava Faoro, está tão intimamente entretecido na cultura política brasileira. O Brasil precisa ser redemocratizado agora em substância. Nos regimes democráticos, o grande juiz dos governantes é o próprio povo, é a consciência ética popular. O governante eleito que se assenhoreia do poder em seu próprio interesse, ou no de seus amigos e familiares, não pratica apenas atos de corrupção pessoal, de apropriação indébita ou desvio da coisa pública: mais do que isso, ele escarnece e vilipendia a soberania popular.

O processo democrático no Brasil está em constante aprimoramento. É preciso devolver ao povo participação efetiva nos negócios públicos. A missão dos advogados em defesa da ordem democrática e do direto, assim, os colocam como legítimos porta-voz da sociedade, permitindo a interferência direta do povo, com tons de democracia participativa, na tomada de decisões do Estado. O povo recobra sua ativa participação na atividade do Estado através da atuação dos advogados. É como se o povo tivesse outorgado uma procuração irrestrita aos advogados na defesa dos direitos democráticos, ou, talvez, mais que uma procuração tenha concedido algo imaterial aos advogados: a confiança para efetivação e garantia do Estado Democrático de Direito, diante do risco sempre latente de "*patrimonialização"* do Estado. Pois, afinal, os advogados em seu ministério público carregam no peito o sentimento da nação. Como já afirmaram alguns, a OAB não é dos advogados é da nação. E se é verdadeiro, como de fato é, afirmar que a história da luta democrática do Brasil se confunde com a própria história da

[79] COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *STF decide o fim de investimento empresarial em candidatos e partidos.* Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/26865/stf-decide-o-fim-do-investimento-empresarial-em-candidatos-e-partidos>. Acesso em: 14 abril 2016.

OAB[80], forçoso se faz registrar que nela repousando a dignidade da democracia ante um legislativo mastodonte e um executivo leviatã, para usar a expressão de Capelletti[81], sendo, portanto, na quadra atual o mensageiro da sociedade e o alvissareiro da democracia, já que não se pode esperar dos "*donos do poder"* uma "efetiva" reforma política democrática e eleições limpas, no Brasil, sem a "efetiva" intervenção da figura de proa indispensável à administração da justiça, os advogados.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Márcio Thomaz. A Participação da OAB na Constituinte e a Construção de uma Justiça mais Legítima e Eficiente. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber*: um perfil intelectual. Tradução de Elisabeth Hanna e José Viegas Filho. Brasília: Unb, 1986.

BOBBIO, Noberto. Democracia representativa e democracia direta. *O Futuro da Democracia*. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 1986.

_____. *O Futuro da democracia*. São Paulo: Paz e terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *As bases da democracia participativa*. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/vinteesete/p_bonavides_27.htm>. Acesso em: 14 abril 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRITTO, Cesar. Oitenta Anos de História**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n.º 1, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

[80] Oitenta Anos de História. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010, p. 01-648.
[81]CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. *Tribunales constitucionales europeus y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Constituionales, 1984, p. 608.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. *Tribunales constitucionales europeus y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Constituionales, 1984.

CAVALCANTE, Ophir; COÊLHO, Marcus Vinicius. *Ficha Limpa a vitória da sociedade: breves comentários à Lei Complementar 135/2010*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/Livro/FichaLimpa/pageflip.html>. Acesso em: 14 abril 2016.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. OAB: 80 Anos de Defesa do Advogado e da Nação. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 4 ed. v. 1 e 2. Porto Alegre, Globo, 1977.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica – O direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: EDUSP, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Microfisica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil*. 3. Ed. Atlas: São Paulo, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: artigo 51*. Tradução de Heitor Almeida Herera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates. Os 80 Anos da OAB e a História Brasileira**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional e Controle do Poder: é efetiva a constituição brasileira?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MACHADO, Alberto de Paula. Os 80 Anos da OAB e a História Brasileira**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIMENTEL, Gurgel Fernando. A OAB e o Brasil: Paralelas que se Encontram**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 9, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A Origem da Desigualdade Entre Os Homens*. 2. ed. São Paulo: Escala.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social.* Tradução de Antonio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

RUBY, Christian. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: UNESP, 1997.

SCHWARTZMAN, Simon. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 2, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Bruguesa: que é o terceiro estado?* Tradução de Norma Azeredo. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1986.

SILVEIRA, Daniel Barile da. *Patrimonialismo e a Formação do Estado Brasileiro: uma releitura do pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna*. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Daniel>. Acesso em: 14 abril 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Compreender Direito.* São Paulo: RT, 2013.

TEIXEIRA, Daniela Rodrigues; GUEIROS FILHO, Everardo Ribeiro. Um Chamado para a Guerra – A Participação da Ordem dos Advogados do Brasil no Procedimento de Impeachment que Afastou o Presidente da República em 1992**.** *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. XL, n. 91, jul/ dez 2010.

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva. v. 2. Brasília: UnB, 1999.

ZANETI JÙNIOR, Hermes. *Processo Constitucional:* O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

Submissão: 11/07/2016
Aceito para Publicação: 19/05/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CIVIL SOCIETY PARTICIPATION IN THE SELECTION OF SUPREME COURT JUDGES

Eduardo Silva Luz[*]

José Eduardo Sabo Paes[**]

RESUMO: O presente artigo possuí a precípua missão de analisar o atual procedimento de escolha dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, realizando um estudo aprofundado quanto aos critérios estabelecidos no texto constitucional, que devem ser obedecidos pelo chefe do executivo, quando da indicação do Ministro da Corte Constitucional. Ademais, será analisado se é possível à participação direta da sociedade civil nesse processo de indicação do membro da Corte, com a finalidade de termos processo mais democrático e transparente. A metodologia utilizada para a consecução dos objetivos citados será revisão bibliográfica de textos brasileiros e latino-americanos, que realizam estudos quanto a cortes constitucionais e jurisdição constitucional, aliado a isto utilizaremos o método comparado para analisar o procedimento de escolha dos membros dos tribunais superiores em outros países da América Latina. Ao final do artigo pretende-se oferecer propostas para uma maior democratização do processo de escolha dos membros do STF de forma a propiciar a participação da sociedade civil neste processo.

PALAVRAS-CHAVE: Escolha. Supremo Tribunal Federal. Sociedade Civil. Ministros.

ABSTRACT: *This article shall possess the primary mission of analysing the current procedure of choice for members of the Supreme Court, conducting an in-depth study of the criteria set out in the constitutional text, which must be obeyed by the Chief Executive, when choose the Ministry of Constitutional Court. In addition, it will be parsed if is possible the direct participation of civil society in the process of appointment of the Member of the Court, with the purpose of having more democratic and transparent process. The methodology used to achieve these objectives will be a bibliographical review of Brazilian and Latin American texts, which will carry out studies on constitutional courts and constitutional jurisdictions. In addition, we will use the comparative method to analyze the procedure for selecting the members of the higher courts in other Latin American countries. At the end of the article, we intend to offer proposals for a greater democratization of the process of choosing the members of the Supreme Court in order to provide civil society participation in this process.*

KEYWORDS: *Selection. Supreme Court. Civil Society. Judges.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 O STF – Evolução Histórica e Critérios de Seleção. 1.1 Nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas Constituições. 1.2 Critérios Abertos. 2 Sociedade Civil no Brasil. 3 Análise Comparada. 3.1 Argentina. 3.2 Bolívia. 3.3 Chile. 4 A Possibilidade da Participação da Sociedade Civil na Composição do Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Quando tratamos de justiça constitucional no Brasil, principalmente há quem deve caber a guarda da Constituição, a resposta quase que imediata é que trata-se do Supremo Tribunal Federal, que recebeu competência material e formal, para julgar as questões que tenham como escopo à proteção do texto constitucional, com isso torna-se óbvio, repetir diversas vezes que o guardião da carta magna é o STF. Porém, no atual estágio democrático e de participação

[*] Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB), Distrito Federal. Pesquisador Bolsista CAPES. Editor-Assistente da *Economic Analysis of Law Review*.
[**] Doutor e Mestre em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, Espanha. Professor Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB), Distrito Federal.

social, devemos ampliar essa interpretação e aprofundar a resposta para a pergunta, afirmando que não apenas o Supremo Tribunal Federal nem mesmo somente o Poder Legislativo, Poder Executivo e todo o Poder Judiciário, devem resguardar a constituição, mas a sociedade deve também ser uma guardiã do texto constitucional, protegendo seus direitos individuais e sociais, ou seja, trata-se de uma questão holística em que todos têm uma responsabilidade.

Vale, entretanto, ressaltar que este artigo não questiona a importância do Supremo Tribunal Federal, corte constitucional com tão valiosa finalidade, que lutou durante anos para consolidar sua posição na democracia brasileira, conseguindo sair da esfera de influência dos demais poderes, e se alçando a uma esfera de vanguarda, que para muitos autores é definido como um ativismo judicial. Entretanto, o que se pretende com esse artigo é embasar e consolidar o argumento de que a sociedade civil deve participar mais ativamente, no processo de defesa da Constituição, não sendo suficiente sua participação somente como *amicus curie*, ou seja, uma participação no decorrer do processo constitucional.

A indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem uma grande relevância para a democracia brasileira em razão de que estes a todo momento durante o exercício de sua função irão se defrontar com questões políticas e de Estado, que gerará efeitos *erga omnes* em razão disso é bastante importante a organização da sociedade em grupos, pois primeiro demonstra uma maturidade institucional, e segundo uma melhor capacidade para participar do jogo democrático, pois dessa forma é capaz de ter sua voz ouvida com mais resplendência dentro da República.

Em razão disso que será explorado nesse artigo, a possibilidade da sociedade civil vir a participar efetivamente, direta ou indiretamente, do processo de escolha dos integrantes da Corte Constitucional, dessa forma, estar-se-ia valorizando os ideais de uma democracia mais participativa.

O sistema de escolha e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, atualmente trata-se de um processo que não condiz muito, com atual estágio democrático do Brasil, principalmente por se tratar totalmente de uma escolha discricionária pelo chefe do poder executivo, e que é envolto de acordos e negociações políticas, caracterizados por jogos de bastidores, em que a população fica excluída da participação, sem a possibilidade de opinar.

Desde a Constituição de 1891 a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é feita exclusivamente pelo chefe do poder executivo, devendo o indicado passar por uma

sabatina no Senado Federal. Inspirado ainda por um modelo norte-americano[1], de indicação para a Suprema Corte daquele país, foi importado para o Brasil, sem grandes adaptações as peculiaridades da política brasileira, que historicamente sempre teve uma tendência em excluir uma maior participação da sociedade nas grandes decisões de Estado que seriam de total interesse público.

Ademais, é importante ressaltar que ainda os critérios definidos para a seleção dos Ministros do STF, são bastante abertos, o que possibilita uma escolha praticamente pessoal por parte do chefe do executivo, retratando ainda uma grande influência desse poder sobre a composição desta Corte, o que pode por colocar certa questionabilidade quanto as suas decisões, em alguns processos, em razão da influência que o chefe do Executivo responsável pela indicação poderia vir a ter sobre o Ministro.

A questão da escolha dos integrantes dos membros do STF é bastante discutida, e por vezes está envolta de uma discussão enviesada sem maiores discussões críticas. Dentro do Congresso, é possível citar diversas propostas de emenda a constituição que tendem a democratizar o modelo de ascensão ao cargo de Ministro da Corte Constitucional, seja através da participação dos demais poderes, seja estabelecendo critérios mais objetivos, a fim de reduzir a discricionariedade por parte da escolha do chefe do executivo, entretanto mesmo analisando essas propostas (que serão depois elencadas no decorrer do texto), poucas ou quase nenhuma delas estabelece uma maior participação da sociedade civil, nesse processo de escolha e nomeação.

Dessa forma embora o Brasil, adote o sistema de democracia representativa, na qual a participação da população é feita de forma indireta através de seus representantes, este fato não excluí que a sociedade civil organizada deve participar cada vez mais das instituições que compõem o Estado em todas as suas esferas de poder seja, executivo, legislativo e judiciário. No caso específico que se defende neste artigo o aumento da participação da sociedade no processo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, é uma forma de garantir a democracia participativa dentro das instituições e construir uma cidadania mais política e com legitimidade, em um momento em que se questiona a representatividade das instituições.

[1] O Modelo Norte-Americano à que o texto ser refere, se trata do método de escolha dos membros da Suprema Corte Americana que inspiraram o método adotado no Brasil. No caso o Chefe do Executivo, Presidente da República nomeava o Ministro que posteriormente deveria ser confirmado no Senado Americano.

1 O STF – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CRITÉRIOS DE SELEÇÃO

O Supremo Tribunal Federal situa-se no ápice do Poder Judiciário, funcionando assim tanto como função de tribunal de matéria recursal (quando desta tiver referência à matéria constitucional), bem como guardião da constituição, exercendo assim o controle de constitucionalidade concentrado/abstrato, difuso/concreto.

A ideia de se ter uma Corte Constitucional, inserida dentro do Poder Judiciário, vem de uma inspiração do modelo norte-americano, em contraposição com o modelo de justiça constitucional europeu, em que a Corte Constitucional, que trata da defesa da Constituição, encontra-se fora da hierarquia do Poder Judiciário, para ressaltar, principalmente a tarefa política que é realizada pela corte, em razão de realizar um controle de normas frente a constituição.

Analisando de forma histórica, a criação do STF, somente irá ocorrer com a Carta de 1891, porém já no império, já havia uma embrionária ideia de transformar o Supremo Tribunal de Justiça (órgão que ocupava a hierarquia máxima do judiciário pela Constituição de 1824) em algo próximo do que seria a Suprema Corte Americana, em razão de que D. Pedro II, já idealizava transferir o seu poder moderador para essa futura Corte. (FIUZA, 2002, p.177)

Porém, apenas com a Proclamação da República, e com a edição do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, foi criado o Supremo Tribunal Federal, passando a ter respaldo constitucional, a partir da Constituição 1891, que tratava especificamente da matéria nos artigos 55 e 56, colocando o dentro do Poder Judiciário da União, com sede na Capital da República, sendo composto por 15 juízes.

Excetuando-se os casos de composição e forma de seleção dos juízes que compõe a corte, pouca coisa se alterou quanto ao Supremo Tribunal Federal, desde sua criação com a constituição de 1891, até a atual carta de 1988, excetua-se apenas a mudança de nomenclatura do Tribunal que ocorreu em 1934, quando a corte passa a se chamar Corte Suprema, o que for restabelecendo-se em 1937 a sua atual nomenclatura.

Porém, embora não tenha passado por grandes mudanças estruturais, o Supremo Tribunal Federal, por vezes no decorrer de sua história teve que passar por diversas mudanças de postura, com isso pode-se dizer que a história do STF, é recheada de momentos de avanços

e recuos[2], bastante conectados com a questão política e atuação do Poder Executivo, invadindo a esfera de competência do tribunal.

A República em 1891 recentemente inaugurada vivia o auge do Poder Executivo, e tinha no Poder Judiciário apenas como um braço de extensão de sua atuação, por isso a dificuldade inicial do Supremo Tribunal Federal em julgar questões de Estado, e principalmente em garantir sua legitimidade e autonomia quanto as suas decisões. A esse respeito vale citar o eminente jurista Oliveira Viana, que à época já retratava necessidade de um Poder Judiciário e forte dissociado do poder executivo como forma de consolidação democrática:

> Os nossos reformadores constitucionais e s nossos sonhadores liberais ainda não se convenceram de que nem a generalização do sufrágio direto, nem o *self-government* valerão nada sem o primado do Poder Judiciário – sem que este Poder tenha pelo Brasil todo a penetração, a segurança, a acessibilidade que o ponha a toda hora e a todo momento ao alcance do jeca mais humilde e desamparado, não precisando ele – para tê-lo junto a si de mais do que um gesto da sua mão numa petição ou de uma palavra de sua boca num apelo. Sufrágio direto ou sufrágio universal, regalias de autonomia, federalismos, municipalismos – de nada valerão sem este primado do Judiciário, sem a generalidade das garantias trazidas por ele à liberdade civil do cidadão, principalmente do homem-massa do interior – do homem dos campos, das vilas, dos povoados, das aldeias, das cidades, sempre anuladas nestas garantias pela distância dos centros metropolitanos da costa. De nada valerão a estes desamparados e relegados, entregues aos caprichos dos mandões locais, dos senhores das aldeias e dos delegados cheios de arbítrios, estas regalias políticas, desde que os eleitos por este sufrágio universal e direto – sejam funcionário municipais, sejam estaduais, pouco importa – estiverem certos que poderão descumprir a lei ou praticar a arbitrariedade impunemente. O ponto vital da democracia brasileira não está no sufrágio liberalizado a todo o mundo, repito; está na garantia efetiva do homem do povo-massa, campônio ou operário, contra o arbítrio dos que "estão de cima" – dos que detêm o poder, dos que "são-governo". Pouco importa, para a democracia no Brasil, sejam estas autoridades locais, eleitas diretamente pelo povo-massa ou nomeadas por investidura carismática: se elas forem efetivamente contidas e impedidas do arbítrio – a democracia estará realizada". (SENADO FEDERAL, 1999).

Como se pode aferir, pela leitura da passagem, o Brasil, nos períodos iniciais da república, passava por um período de afirmação e consolidação democrática que estava intimamente conectado com o aumento da autonomia do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, que teria a função precípua a guarda da constituição.

Essa autonomia do Poder Judiciário só irá se completar, com a Constituição Federal de 1988, que aumentou a competência os poderes do Supremo Tribunal Federal, e possibilitou

[2] Quando se coloca momento de "avanços e recuos", se quer retratar que durante todo o século XIX na América Latina vivia-se o esplendor do presidencialismo com o poder máximo na esfera do executivo, o poder judiciário restava-se dentro de sua esfera de influência servindo como forma de ratificação da atuação do executivo.

maior independência deste dos demais poderes, embora que de forma ainda precária, mas que possibilitou que os ministros pudessem decidir mais, sobre questões de Estado e direitos e garantias fundamentais.

1.1 Nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas Constituições

A Constituição de 1891 a primeira a tratar do STF, estabelecia-se em seu artigo 56 que o Supremo Tribunal Federal seria compostos por quinze juízes, nomeados pelo Presidente da República, dentre cidadãos de notável saber e reputação jurídica, elegíveis para o Senado (BRASIL, 1891). A primeira composição do Supremo teve uma característica de que a maioria dos membros tinha vindo do anterior Supremo Tribunal de Justiça. Com uma clara inspiração norte-americana, a escolha e nomeação foram colocadas entre as atribuições do chefe do executivo, tendo que após, haver a manifestação do Senado em caráter *a posteriori*, que ratificaria a nomeação do Ministro, por maioria simples.

A Constituição de 1934 realizou uma alteração de nomenclatura para Corte Suprema, bem como reduziu o número de quinze ministros, para onze, sendo que também possibilitou que a alteração do número de membros, poderia ser feito por lei, não necessitando de Emenda a Constituição, desde que se fosse aumentado ao máximo de dezesseis, mediante lei que deveria ser proposta pela própria Corte, segundo a inteligência do artigo 73, daquela constituição. A Carta de 1934 é a primeira a estabelecer limite mínimo de trinta e cinco anos e máximo de sessenta e cinco anos (mesmo da aposentadoria compulsória) de idade para que o ministro pudesse ser investido no cargo.

Coube à Constituição de 1937, a volta do nome para Supremo Tribunal Federal, e se manteve os parâmetros que se estabeleceram nas constituições anteriores, com duas exceções, quanto a idade máxima que havia sido reduzida para 58 anos, e uma outra exceção para adequação ao regime do Estado Novo, na qual a deliberação passou a ser competência do Conselho Federal, órgão que substituía o Senado Federal.

A Constituição de 1946 portou-se bastante nostálgica, ao resgatar as características da primeira constituição da república, referentes ao Supremo Tribunal Federal, com alguns adendos, na qual os Ministros seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha por maioria simples pelo Senado Federal, dentre brasileiros maiores de trinta

e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Bem como estabeleceu o limite para aposentadoria compulsória em 70 anos, que viria persistir nas constituições seguintes até Emenda Constitucional 88/2015.

Na Constituição de 1967, o número de Ministros foi elevado de onze para dezesseis. Entretanto, essa foi a única mudança, manteve-se praticamente o mesmo modelo de escolha e nomeação definidos na carta de 1946, sistema esse que continuou sob égide da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que para muitos se trataria de uma constituição propriamente dita, outorgada durante o regime militar.

A atual Constituição de 1988 dispõe que se comporá o Supremo Tribunal Federal de onze ministros, que devem ser escolhidos pelo Presidente da República, sendo que após o processo de escolha, serão submetidos a uma sabatina no senado federal, sendo nomeados após aprovação por maioria absoluta de votos, o que distingue o procedimento previsto nas constituições anteriores que necessitava de apenas maioria simples. A escolha deve ser feita entre os brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Vale ressaltar o caráter vitalício garantido pela constituição aos Ministros do STF, com uma aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade, regra prevista recentemente, por meio da EC nº88/2015.

Após essa digressão histórica, percebe-se que o processo de escolha e nomeação dos Ministros do STF, bem como os critérios a serem obedecidos, pouco evoluíram, desde a constituição de 1891, mantendo assim ainda, a velha inspiração norte-americana, e demonstrando uma estagnação quanto os ideais de democracia participativa, no momento em que deixa ao alvitre do chefe do executivo a escolha discricionária de um membro de uma instituição tão importante como o Supremo Tribunal Federal, para a consolidação dos preceitos democráticos no Brasil.

1.2 Critérios Abertos

Quando tratamos da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileira, e analisamos os critérios e a forma como deve ocorrer segundo a Constituição de 1988, percebe-se em uma visão holística e genérica que deveria haver uma participação integrada do Poder

Executivo e do Legislativo, o que na teoria proporcionaria maior legitimidade democrática aos magistrados integrantes da excelsa corte.

O modelo de nomeação dos Ministros também estaria adequado à teoria dos freios e contrapesos, mecanismo que permite ao poder controle do poder, através de uma repartição de competência, que impediria concentração de poderes em cima de uma única autoridade do Estado. José Afonso da Silva, ao analisar a teoria do *checks and balances*, prescreve que esta tem como finalidade principal o equilíbrio voltado para o bem da coletividade e indispensável para impedir que um Poder se sobressaia de forma discricionária sobre os demais. (SILVA, 2004, p. 110)

É bastante razoável que a forma de investidura ao cargo de ministro da Corte Constitucional, seja feita de forma diferente, do processo de escolha dos magistrados da jurisdição ordinária, em razão de que o papel a ser exercido, pelo ministro, não estará restrito a questões jurídicas, mas estará envolto de questões políticas e de Estado, em razão disso fala-se em uma natureza jurídico-política do Supremo Tribunal Federal. Ademais sobre essa nomeação política, vale citar, o jurista francês Louis Favoreu:

> (...) a designação de juízes constitucionais por autoridades políticas, segundo motivação política, longe de constituir uma imperfeição dos sistemas de justiça constitucional, é ao contrário, uma qualidade e mesmo uma necessidade: pois a legitimidade da justiça constitucional repousa em grande parte sobre essa técnica de designação, de tal modo que ela é hoje aceita de maneira geral". (FAVOREU, 2004, p. 233).

Com isso, é dado ao chefe do executivo, e ao senado federal, uma certa liberdade na escolha dos candidatos ao cargo, que deveriam não apenas possuir o saber jurídico e a reputação ilibada, requisitos constitucionais, mas também ter a habilidade saber julgar e relacionar com questões políticas que são advindas inerentes ao exercício do cargo, de magistrado da corte constitucional.

Pelo exposto, percebe-se que não é nenhuma anomalia jurídica, a participação e a escolha política, do candidato ao cargo de ministro do supremo, o que na verdade tem-se de tecer críticas é como esse modelo pouco evoluiu ou mesmo como foi importado de um modelo norte-americano de composição da Suprema Corte, sem que houvesse adaptações a realidade democrática do Brasil.

Há uma tendência tradicional e histórica no Brasil, de concentração dos poderes na mão do executivo, que chega a invadir a esfera de competência dos demais poderes. O que faz com

que a forma de composição da corte se torne um potencial fato gerador de crises jurídico-políticas.

Atualmente, muito mais do que funcionar, como uma forma de freios e contrapesos, e de controle do poder pelo poder, a forma de nomeação do ministro do supremo, acaba concentrando toda a responsabilidade nas mãos do chefe do executivo caracterizando-se propriamente como uma escolha política e pessoal deste que exerce o poder no momento, em razão de que a segunda parte do processo, que seria a participação do senado federal, funciona atualmente como uma forma única e exclusiva de ratificação da escolha feita pelo presidente, tratando-se da clássica política de bastidores.[3]

Esse modelo acaba por não se adequar aos atuais estágios de democracia em que se anseia um maior diálogo entre os poderes e sociedade dentro das instituições dos Estado, como no caso em específico do Supremo Tribunal Federal.

Vale tecer críticas ao que os doutrinadores de direito constitucional, chamam de critérios objetivos a serem seguidos pelo chefe do executivo no momento da escolha do candidato ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, esses requisitos estão contidos no artigo 101 da CRFB que prescreve, "O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada."

Os critérios de idade mínima e máxima, o notável saber jurídico e a reputação ilibada, são denominados pela doutrina como requisitos ou critérios objetivos que devem ser atendidos por parte do chefe do executivo durante o processo de indicação do Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Analisando esses critérios sem entrar no mérito quanto questão de idade, gostar-se-ia aqui de defender a seguinte ideia, principalmente quanto ao caso do notável saber jurídico, esse requisito, está envolto de subjetividade, em razão de ser um conceito lato o que possibilitaria uma escolha totalmente discricionária.

[3] O Jornal Folha de São Paulo realizou um estudo que confirma as afirmações acima, na qual todos os Ministros desde o processo de redemocratização, foram aprovados por unanimidade de votos dos Senadores. Sendo o Ministro Luiz Fux o com mais votos a favor (68 senadores), e o Ministro Luiz Edson Fachin com mais votos contrários (27 senadores), explicável a quantidade de votos contrário por ter sido indicado em um período de baixa popularidade e instabilidade política pelo chefe do executivo. Gráfico Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1860956-cinco-candidatos-ao-stf-ja-foram-rejeitados-pelo-senado-saiba-quando.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2017.



O primeiro conceito problemático, seria o notável saber jurídico, em um exercício mental bastante simples, se pode afirmar que não se torna necessário que o Ministro do STF, tenha uma formação jurídica de forma própria, ou seja, não seria necessário que o mesmo fosse graduado em direito, com isso não haveria limites acadêmicos mínimos para o exercício do cargo, bastando apenas o entendimento básico de direito.

Muito embora, essa abertura de forma holística é permitida por esse artigo da constituição, existe uma tradição política em indicar pessoas com graus acadêmicos e com uma carreira jurídica consolidada, para o cargo de Ministro do STF. Dentre os atuais membros do STF tem-se um total de 6 Doutores, 2 Mestres, e 3 Graduados em Direito.

O segundo conceito que também deixa bastante aberto é o caso de reputação ilibada, em razão que não é um exercício fácil deduzir o que se enquadraria como reputação ilibada, seria o mesmo critério para poder se candidatar a um cargo eletivo? Ou mesmo a ausência de antecedentes criminais?

Com essa dificuldade de entender a referida objetividade desses conceitos previstos na constituição, é que se argumenta a tese de que os mesmo seriam bastante subjetivos e interpretativos, deixando ampla margem para que o Chefe do Executivo possa escolher dentro de sua esfera de preferência pessoal de forma exclusiva, excluindo os demais poderes e a sociedade.

2 SOCIEDADE CIVIL NO BRASIL

Sem ter o intuito de fazer grandes digressões históricas e mesmo um estudo filológico mais aprofundado quanto ao surgimento da expressão da sociedade civil, já que não é esse o intuito deste artigo, buscar-se-á apresentar um conceito simples e direto de sociedade civil, bem como, quando começa a ser usada essa expressão no Brasil apresentando a importância para a consolidação da democracia, passando de um modelo puramente representativo e imperfeito, para algo mais maduro, que seja condizente a uma sociedade organizada e unida por ideais comum, este pensamento pode parecer por vezes utópico, mas é possível perceber que o grau de maturação da sociedade, principalmente no Brasil, tem evoluído gradativamente.

Inicialmente deve-se conceituar o que seria a Sociedade Civil, essa expressão como reiteramos acima, tem as característica de ser bastante antiga, e somente passa a ser estruturada,

com os estudos de Hegel, Marx e Gramsci, este último será o autor a que recorreremos para ajudarmo-nos em nossa conceituação. Para esse autor italiano marxista, a sociedade civil, trata-se do espaço na qual as classes se organizam para defender seus interesses que pode ser por meio de associações, organizações, sindicatos e partidos, é um meio de difusão de valores, culturas e ideologias, que influenciarão esse conjunto de pessoas a lutar contra a hegemonia de uma classe dominante. (GRAMSCI, 2000).

A partir desse conceito percebemos que a sociedade civil, é uma parcela da sociedade que se organiza em grupos de variados tamanhos, para começar a atuar no âmbito de seus interesses coletivos e difusos, seja para suprir uma ausência do Estado, ou mesmo para lutar contra o autoritarismo deste mesmo ente, ou seja, é possível perceber dois vieses que justificariam o agir desta sociedade civil.

Jurgen Habermas mostra-nos que no final do século XX, o mundo se divide dentre duas racionalidades, sendo uma instrumental (em que indivíduos se orientam estrategicamente na busca pelo lucro e o poder político) e outra comunicativa ("mundo da vida" que trata-se da reação dos indivíduos frente a mercantilização e a burocratização do Estado).

Esta racionalidade comunicativa de Habermas, corresponde a esfera de atuação de associações voluntárias, que seriam dotadas de autonomia e auto-organização, independentes quanto a influência do Estado, isso é o que para este autor é denominado de sociedade civil, passando assim a corresponder à um campo de atuação marcado pela solidariedade social e um discurso de ação comunicativa, que vai figurar dentro de uma esfera pública entre o Estado e o Mercado.

Entretanto, deve-se ter cuidado quando da análise da sociedade civil, e não distingui-la do Estado, em razão de que sua atuação mesmo que se dê em razão da ausência ou autoritarismo deste, em grande maioria das vezes está exercendo uma função de interesse pública, e por isso não deve ser dissociada da sociedade política, a cientista política Dagnino assevera:

> Modelo teórico que separa radicalmente a sociedade civil da sociedade política, construindo uma dicotomia simbólica entre uma sociedade civil homogênea e virtuosa e um Estado igualmente homogêneo, que encarna todos os vícios da política concebida como mera luta pelo poder. (DAGNINO, 2002, p.15).

A visão apologética entre sociedade civil e Estado, é bastante simplista, e mesmo não contribui para o debate democrático, quando um tende a excluir o outro, quando o trabalho

deveria ser feito de maneira cooperativa, principalmente porque ambos são bastantes heterogêneos e interconectam-se.

No Brasil, a expressão sociedade civil, aparece inicialmente nos anos de 70, durante o regime militar, para indicar principalmente a organização de pessoas que lutava de forma resistente e emblemática contra o regime militar. Assim percebe-se que a sociedade civil ocupou inicialmente no Brasil uma posição política-estratégica, e buscava a participação da sociedade nas instituições do Estado, na luta conta os autoritarismos deste. Francisco Weffort elucida-nos sobre a sociedade civil nesse contexto:

> Nós queríamos uma sociedade civil, precisávamos dela para nos defender do Estado monstruoso à nossa frente. Isso significa que, se não existisse precisaríamos inventa-la. Se fosse pequena precisaríamos engrandece-la. Não havia lugar para excessos de ceticismos, pois eles só tornariam os fracos ainda mais fracos (...) Numa palavra, nós precisávamos construir a sociedade civil porque queríamos a liberdade. (WEFFORT, 1988, apud COSTA, 1997, p. 13).

Nesse primeiro momento, em razão de um regime que restringia liberdades, a sociedade civil e o Estado, adquirem papéis antagônicos e representam interesses distintos, sendo que um busca a consolidação de direitos e uma redemocratização, e o segundo tenta-se manter no poder. A sociedade civil era basicamente composta inicialmente por sindicatos e união de estudantes.

Essas diferenças e antagonismos geram três perspectivas. A primeira concebe a sociedade civil como uma esfera de luta de classes e a democracia como espaço em construção sobre uma análise contra hegemônica (Coutinho), a segunda concebe a sociedade civil como espaço das representações populares e a democracia entendida corresponderia a uma renovação cultural (Chauí), a terceira vai entender a sociedade civil como uma arena de formação de demandas por direitos, funcionando como base fundadora da verdadeira democracia (corrente a que filiamo-nos, defendido por Weffort).

Após a redemocratização com a Constituição de 1988, e a consolidação de direitos individuais e sociais, a sociedade civil, deixou de ter uma função antagônica com o Estado, e passou a atuar de forma solidária, de forma combinada, ou mesmo atuando quando este se encontra ausente e não cumpre sua função pública de viés constitucional. Desta forma, surge o terceiro setor formado principalmente por Organizações da Sociedade Civil, Fundações, Entidades Filantrópicas, dentre outras que passam a ter grande uma grande atuação no Brasil, porém sem ainda ter uma influência política condizente com sua representatividade, o que pode prejudicar o ideal de democracia participativa.

Muito embora, a Constituição de 1988, tenha previsto, vários modos de participação democrática da sociedade civil na democracia, seja no processo legislativo, por meio de referendo, plebiscito ou proposta de iniciativa popular, e nos tribunais superiores como STF, por meio da figura do *amicus curie*, esses meios ainda estão enviesado de bastantes restrições o que impossibilita o verdadeiro exercício da democracia, que acaba por ficar presa nas mãos de uma "sociedade política"(no sentido estrito).

Assim, existe uma tendência no Brasil, principalmente após os últimos anos, em que a sociedade civil, parece tentar se dissociar da sociedade política, e passar a atuar com maior independência, pleiteando uma maior participação dentro do corpo democrático do Estado. E nesse ponto chega-se a ideia principal do estado, analisar se seria possível a participação da sociedade civil de forma direta ou indireta na composição do Supremo Tribunal Federal, e apresentar os efeitos disso para a democracia Brasileira.

3 ANÁLISE COMPARADA

Para um enriquecimento maior do trabalho, e aprofundamento do formato da composição das Cortes Constitucionais, é de bom alvitre entender um pouco sobre o modelo adotado em outros países latino-americanas, que também utilizam o sistema *civil law*, entre esses apresentaremos nesse artigo de forma sintética, os casos da Argentina, Bolívia e Chile, sem esgotar o tema, que pode ser utilizado em futuros artigos a tratar deste assunto.

3.1 Argentina

No caso da Argentina o tribunal, que exerce o papel similar ao STF, seria a Corte Suprema de Justicia de la Nácion, órgão de cúpula do poder judiciário, com uma estrutura e modelo de justiça constitucional, mais próximo da ideia norte-americana, já que não se fala nesse país em controle concentrado ou abstrato de matéria constitucional, ao menos de forma direta, o que não excluí a função desse tribunal quanto ao controle de constitucionalidade.

Na Argentina, o modelo de investidura dos ministros de sua corte suprema, se assemelha em grande parte ao brasileiro e norte-americano, na qual o ministro é indicado pelo Presidente da República, após tem que passar por um processo de aprovação por 2/3 do Senado. Porém,

quando tratamos de requisitos para pleitear a vaga de ministro da corte, são um pouco mais objetivos do que no caso brasileiro, em razão de que é necessário ter exercido a advocacia por 8 anos, estar no gozo de seus direitos políticos.

Outro fato de relevante viés a se comentar, trata-se de que em razão de um Decreto Presidencial de 2003, todos os candidatos que pleiteiam uma vaga, ou seja, apontados para a Corte, devem passar por um período razoável de exposição pública, com intuito de dar mais transparência ao processo, e possibilitar uma maior participação da sociedade.

Contudo, embora a Argentina já tenha um procedimento que possibilite maior participação da sociedade civil, ainda possuem um problema e um debate polêmico, que trata principalmente quanto à independência dos membros da Corte Suprema, vale citar os doutrinadores Manili e Alfonsín que tratam da matéria:

> (...) O Desprestígio que sofre na atualidade o Poder Judiciário em geral deriva, em grande medida, da falta de independência que a Corte Suprema de Justiça da Nação demonstrou ao longo dos últimos 50 a 60 anos. Mais especificamente, poderíamos situar o marco do começo da deterioração de sua independência no juízo político do promovido em 1946 pelo Presidente Juan Perón aos membros da Corte que não respondiam a ele, para substituí-los por juízes que tinham afinidade com sua política ideológica. (MNILI; ALDONSÍN, 2003, p. 535).

Assim, percebe-se que mesmo na Argentina, ainda persiste um caráter bastante político na composição do membros de sua Suprema Corte, o que coloca em uma posição de semelhança com os mesmos fatos que acontecem no caso do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, em que permeia-se a dúvida na sociedade em geral, a mesma questão quanto a independência de seus membros.

3. 2 Bolívia

Desde a Constituição de 1994, a Bolívia tradicionalmente um país caracterizado por um sistema civil law, já tinha em sua estrutura um Tribunal Constitucional, que após a reforma mais recente da Constituição, passou-se a chamar Tribunal Constitucional Plurinacional, com intuito de além de realizar o controle concentrado de maneira abstrata, deveria representar os diversos povos (nações) que compõem a Bolívia, protegendo assim seus direitos fundamentais, e tendo mais legitimidade em suas decisões.



Em razão dessa plurinacionalidade, a composição do tribunal constitucional, é escolhido mediante o sufrágio universal com participação de todos os povos que compõem a Bolívia, como estabelece o artigo 197 da Constituição Plurinacional da Bolívia.

Além da escolha por meio do sufrágio universal, a proposição do candidato ao cargo de magistrado do tribunal, pode ser proposta por meio de Organizações da Sociedade Civil e das nações, e povos indígenas. O que demonstra uma abertura para a participação social gigantesca que foi propiciada pela constituição de 2009.

Entretanto, existem alguns critérios, a serem obedecidos para que uma pessoa possa ascender ao Tribunal Constitucional, deve ter 35 anos, e especialização acadêmica ou experiência de oito anos, nas áreas de Direito Constitucional, Administrativo e Direitos Humanos, bem como preencher os requisitos gerais para ser servidor público. Os Ministros nesse caso exercerão a função por 10 anos[4], não sendo permitida sua recondução ao cargo.

Sem um olhar enviesado, e despido de preconceitos, para analisar esse modelo de composição do Tribunal Constitucional, percebe-se que em tese propiciaria uma maior participação de toda a sociedade civil bolivariana, mesmo questionando-se algumas práticas governistas. Porém, o sufrágio universal é algo difícil de realizar no Brasil pelas razões aludidas anteriormente, e a nosso ver não condiz com a função de contramarjoritária que uma corte constitucional deve ter, mesmo que adquira maior legitimidade. Entretanto, a possibilidade de proposição de magistrados por organizações da sociedade e os requisitos objetivos de formação voltada na área constitucional e de direitos humanos, representa um grande avanço de critérios.

3.3 Chile

O Chile, assim como a grande maioria dos países da América Latina, passou, por um logo período ditatorial, e um lento processo de redemocratização que somente se concluí com a reforma constitucional de 2005, que teve grandes efeitos até mesmo para o seu Tribunal Constitucional, quanto ao processo de composição.

[4] No caso o mandato de um ministro ser restrito à um prazo de 10 (dez) anos, é algo interessante a se pensar, principalmente quando paramos para pensar no caso brasileiro em que a vitaliciedade permite que um ministro esteja no cargo desde 1989 e termine seu mandato apenas em 2020 como no caso de Celso de Mello.

O Tribunal Constitucional Chileno vale ressaltar realiza tanto o controle *a priori* como *a posteriori*:

> Tal tribunal exerce inclusive controle preventivo sobre projetos de reformas constitucionais. Este mesmo controle preventivo é também realizado com relação aos tratados ou convenções internacionais submetidos a aprovação do Congresso. No que diz respeito ao controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei durante sua tramitação legislativa e das reclamações no caso de o Presidente da República não promulgar uma lei quando deva fazê-lo, isto é uma faculdade e não uma obrigação do Tribunal Constitucional. (BENITES, 2003, p. 272).

Quanto à composição do Tribunal Constitucional, esse é integrado por 10 ministros, sendo que três são de livre designação pelo Presidente da República, 4 são escolhidos pelo Congresso, sendo que 2 são nomeados pelo Senado após votação com quórum de 2/3, e 2 sendo propostos pela Câmara de Deputados, os outros três são escolhidos pela própria Corte, através de votação secreta.

Como requisitos objetivos, é necessário que se tenha o título de advogado, ao menos por quinze anos, e se destacado na atividade profissional, acadêmica ou pública (subjetivo a nosso ver). Com isso percebe-se que no caso chileno, o procedimento de composição de sua Corte, possuí uma maior participação dos três poderes da república, entretanto, não há nenhuma menção, a uma participação da sociedade civil.

4 A POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É pacífico o entendimento, de que em razão de sua natureza jurídico-política de Corte Constitucional a forma de composição do Supremo Tribunal Federal, deve ser diferenciada, dos demais órgãos do judiciário, principalmente porque muito mais do que apenas questões de Direito, estará na esfera de competência do Ministro, o julgamento do que se denomina "Questões de Estado", em razão da enorme repercussão política que uma decisão desse colegiado possuí, bem como se estará protegendo-se a supremacia da carta fundamental de direitos do Brasil, a Constituição Federal.

Em razão dos fatos alhures explanados, que demonstram a importância desta Corte Constitucional, é que se defende nesse artigo, uma democratização do processo de composição deste colegiado, que passa justamente, por uma maior participação de todos os poderes da

república, bem como da sociedade civil, reconhecendo dessa forma a importância que as organizações da sociedade possuem para o jogo democrático. Outro ponto importante, que justificaria essa mudança de perspectiva, quanto à escolha do Ministro, seria a possibilidade de maior transparência do processo de escolha, diminuindo assim a denominada, política de bastidores.

Quando se justifica a mudança do processo de composição do Supremo Tribunal Federal, na consolidação de um projeto democrático, não estaria aqui, se questionando a legitimidade dessa Corte, por se entender que, os debates sobre legitimidade de uma corte constitucional como STF, são questões já bastante debatidas e correspondem ao passado, não sendo mais um campo ou área profícua para o debate, até porque já está consolidado que a legitimidade desse órgão advém da supremacia da constituição.

Outra questão, ou debate a se suscitar é que, não se quer aqui defender, que a sociedade civil escolha diretamente o Ministro do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo que acontecesse um processo eleitoral para o cargo, em razão de que caso isso ocorresse, teríamos alguns problemas bem visíveis. O primeiro deles seria o fato de o Ministro ficar preso à vontade de seus eleitores, bem como a questões ideológicas, segundo fato seria que um processo eleitoral, geraria despesas de campanha, que acabaria deixando o Ministro preso ao velho jogo de política de financiamento eleitoral, e terceiro, e mais importante, o STF exerce um princípio de contramarjoritariedade, principalmente quando decide em defesa de direitos de minorias, sendo assim a escolha majoritária para o cargo, impossibilitaria o exercício do princípio.

Uma problemática que aparece com essa ideia de participação da sociedade civil, é que o Ministro escolhido pode acabar por agradar algumas organizações, e desagradar as demais, como resolver essa questão?

A abertura do processo de composição, para a participação dos membros da sociedade civil, não teria o condão de deixar a escolha de forma discricionária na mão destes e nem mesmo de agradar a maioria destes, mas possibilitar sua participação e que as suas opiniões e reinvindicações sejam capaz de influir no processo, e vale ressaltar que essa tese está de acordo com os ideais da democracia, que não corresponde, a ser vontade única da maioria. Podemos citar uma passagem do voto do Decano Ministro Celso de Mello a respeito, “Se a maioria souber que - por obstáculo constitucional - não pode prevalecer-se da força, nem ser

arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política." Com isso resolvemos a questão apresentada.

Após analisar essas problemáticas iniciais, passa-se a analisar, como a Sociedade Civil, poderia participar do processo de composição dos membros do STF. Primeiramente deveriam ser publicado de forma antecedente, os currículos dos prováveis candidatos ao cargo do STF, ficando disponível em uma página do Governo, durante um mês ou mais, antes da indicação pelo Presidente, possibilitando assim uma maior divulgação, para que as entidades pudessem assim se manifestar acerca do candidato, emitindo pareceres e notas que não seriam vinculantes, mas deveriam ser levadas em consideração, para que fosse possível a escolha do candidato ao cargo.

Segundo, seria ocorrer uma rodada de audiências públicas com os cotados[5] para que o mesmo apresentasse sua visão, essas audiências deveriam ocorrer dentro da OAB, ou mesmo nas Faculdades de Direito em um número ao menos razoável que possibilite a maior participação possível. Esta convocação de audiência pública com os membros da sociedade civil poderia demonstrar e deixar mais claras o posicionamento do futuro ministro quanto questões pertinentes e polêmicas referentes à sociedade.

Terceira sugestão seria a possibilidade da exposição de motivos pelo responsável constitucional a indicação do ministro. Com isso, tentar-se-ia evitar uma escolha arbitrária e pessoal, já que seria necessária uma motivação das razões que levaram a indicação desse Ministro, o responsável teria que fazer uma defesa perante a sociedade do porque escolheu determinada pessoa.

Quarta sugestão é referente à sabatina do Senado Federal, que modernamente, tem funcionado apenas como uma forma de ratificação das escolhas do chefe do executivo, e uma forma de congratular o futuro ministro da corte constitucional. Então deveria ser alterado esse modelo, primeiro possibilitando uma participação de alguns órgãos selecionados da sociedade civil (a forma de escolha destes seria definido, por critérios de maior expressão nacional ou mesmo por sorteio, entre aqueles que se cadastrarem) durante a sabatina, bem como defende-

[5] Quando utiliza-se a palavra "cotado" no texto está se sugerindo, que os órgãos do Poder Judiciário, e as entidades da sociedade civil, recomendasse alguns nomes e currículos ao chefe do Poder Executivo responsável pela indicação final, e esse disponibilizasse ao debate nacional, esses que seriam os prováveis indicados ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

se que a sessão que delibera no congresso, deveria ser uma sessão conjunta com as duas casas, abandonando esse velho modelo norte-americano.

Portanto, acredita-se que seguindo esse roteiro, ou algo afim à essa, ideia, se conseguirá possibilitar uma maior participação da sociedade civil e torna-lo mais transparente, diminuindo a possibilidade de conchavos políticos, bem como se concretizará, princípios de uma democracia participativa, e ter-se-á um modelo de processo de composição próprio e característico adequado as realidades da política brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inquestionável a importância institucional que o Supremo Tribunal Federal, possuí, tanto para manutenção de um regime democrático, quanto a para a proteção da supremacia das normas e do espírito constitucional, principalmente no que se refere a direitos fundamentais, e princípios da democracia. A Corte Constitucional brasileira, embora tenha influências tanto da Corte Constitucionais Europeias (principalmente quanto ao controle concentrado) e da Suprema Corte Americana, utilizou-se principalmente desta última, para definir as formas e procedimentos de composição.

Desta forma, percebe-se que o atual modelo de composição em que cabe ao chefe do executivo, a escolha discricionária e "pessoal" do Ministro do STF, com uma ratificação apenas simbólica pelo Senado Federal, não condiz com a realidade democrática moderna em que na verdade necessita-se cada vez mais de uma participação organizada da sociedade civil no processo político. O processo de escolha inscrito na constituição em verdade termina por causar crises institucionais, e mesmo desconfiança quanto a independência dessa instituição frente as demais.

A ausência de uma participação mais universal e transparente, com a atuação ativa de organizações sociais e entidades integrantes da sociedade civil, e mesmo a presença mais intensa, por parte dos demais poderes da república, faz com que esse procedimento atualmente se resuma a um processo de política de bastidores.

O que justifica justamente a intenção desse trabalho, em tocar em um ponto de condescendência da república, que exclui a participação da sociedade civil, e organizações de caráter nacional, dos diversos processos democráticos, ao contrário do que se deve imaginar, a participação democrática e aberta, não deve ocorrer apenas no momento do sufrágio, mas sim

com uma abertura que permita a atuação da sociedade civil dentro das instituições políticas do país. O STF, embora funcione como à mais alta corte do judiciário brasileiro, possuí uma natureza política em razão principalmente de que suas decisões possuem repercussão geral, afetando a vida incontáveis pessoas, bem como se debruça diariamente com questões de política estatal e de direitos fundamentais.

Em razão dessa atuação ativista e política do Supremo Tribunal Federal, é que se entende que o atual procedimento de escolha e composição de seus Ministros pode ser considerada antidemocrática, em razão de que excluí a sociedade civil e o terceiro setor do debate político, e os diversos poderes da República, deixando a cargo quase que exclusivamente da atuação do executivo.

Com isso, busca-se corrigir tantos os procedimentos de escolha, bem como os requisitos constitucionais, que embora sejam considerados objetivos, demonstrou-se durante todo o decorrer do texto, que na verdade, são subjetivos e de caráter pessoal, desta feita, é necessário uma modificação constitucional, quanto a esse tema tratado nesse artigo, afim de propiciar os atuais conceitos de democracia moderna, possibilitando uma maior participação da sociedade civil, que deve agir sempre integrada com o Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. “Balancing Constitutional Review, and Representation”. *International Journal of Consttutional Law*, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Tese de Mestrado (Faculdade de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), 2006.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Proceso Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57, São Paulo, p. 100-108, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfica, 2008.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 20 mar. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 20 mar. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 20 mar. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 mar. 2017.

BENITES, Gisela Maria Bester. *O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso a justiça constitucional: analise comparativa no âmbito do direito processual internacional*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr13.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CHILE. Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.cl/>. Acesso em: 20 mar. de 2017.

COUTINHO, Carlos Nelson. *A democracia como valor universal: notas sobre a questão democrática no Brasil.* São Paulo: Ciências Humanas, 1980.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006.

COSTA, Sérgio. Categoria Analítica ou PassePartout Político-Normativo: notas bibliográficas sobre o conceito de sociedade civil. *Bib – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 43, 1997.

DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades. In: DAGNINO, E. (Org). **Sociedade Civil e** *Espaços Públicos no Brasil*, São Paulo, 2002.

DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade civil e democracia – Um debate necessário*. São Paulo: Cortez, 2007.

FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais.* São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *A Projeção da Democracia Participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil*: As Audiências Públicas e sua Adoção no Modelo Concentrado de Constitucionalidade. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo; FONSECA, Angela Couto Machado; RODRIGUES, Luana Liliane Hubner da Silva. Democracia e Heterotipia: uma Análise do Espaço Democrático. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/52336/32653>. Acesso em: 13 out. 2017.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n.1, p. 77-112, jan-jul. 2003.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* 3. ed. 4. reimp. Madrid: Civitas, 1983.

GRAMSCI. *Cadernos do cárcere.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KIERECZ, Marlon Silvestre. A Crise da Democracia Representativa no Brasil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, dez. 2016. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/61967/39965>. Acesso em: 15 out. 2017.

MANILI, Pablo L. ALFONSÍN, Marcelo A. Lopez. Quién debe ejercer el control de constitucionalidade em Argentina? In: BAZÁN, Victor (Coord.) *Defensa de la Constitución: garantismo e controle: libro em reconocimiento al Doctor J. Bidart*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia.* 1. ed., São Paulo: Campus Elsevier, 2007.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Justicia y Tribunales constitucionales em América del Sur*. Caracas: Jurídica Venezolana, 2006.

RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal*: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Marilia Montenegro. Jurisdição Constitucional no MERCOSUL. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, Ano 4, p. 1-19, 2010/2011.

VIANNA, F. J. Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. v. 2. São Paulo, Edusp/Itatiaia.

Submissão: 28/04/2017
Aceito para Publicação: 20/10/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

DELIBERAÇÃO INTERNA E LEGITIMAÇÃO DAS CORTES SUPREMAS

INTERNAL DELIBERATION AND SUPREME COURTS' LEGITIMACY

Bruno Meneses Lorenzetto[*]

Letticia de Pauli Schaitza[**]

RESUMO: O artigo parte da superação da concepção estática de separação de poderes e critica os argumentos normalmente utilizados para justificar a legitimidade das Cortes Supremas para rever atos do Poder Legislativo por ignorarem que os juízes não decidem em um vácuo institucional e que a interação com seus pares influencia na tomada da decisão. Dessa forma, através da exposição dos modelos legal, atitudinal e estratégico, explicativos da tomada de decisão judicial, apresenta as Cortes não apenas como interlocutoras externas, mas sobretudo como tribunais colegiados deliberativos, a fim de enfatizar a importância da deliberação colegiada para a legitimidade da jurisdição constitucional e a qualidade da sua performance.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimação Jurisdicional. Deliberação. Cortes Supremas.

ABSTRACT: *The article assumes the overcoming of the static conception of the separation of powers and criticizes the arguments normally used to justify the legitimacy of the Supreme Courts to review acts of the Legislative Power to the extand that they ignore that the judges do not decide in an institutional vacuum and that the interaction with their peers influences in the decision making process. Thus, through the exposition of legal, attitudinal and strategic judicial decision-making models, it presents the Courts not only as external interlocutors, but above all as collegiate deliberative tribunals, in order to emphasize the importance of collegial deliberation to constitutional jurisdiction legitimacy and the quality of its performance.*

KEYWORDS: *Jurisdictional Legitimacy. Deliberation. Supreme Courts.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Nova Configuração do Princípio da Separação dos Poderes e a Legitimação da Corte Constitucional. 2 Cortes Supremas como "Deliberadores Internos": a Deliberação em um Tribunal Colegiado. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A maneira pela qual os poderes Legislativo e Judiciário interagem é contingencial, isto é, altera-se de acordo com diferentes fatores, como a história constitucional e o desenho institucional de um determinado contexto. Fato é, porém, que as fronteiras entre legislação e jurisdição são cada vez mais tênues. Isso se dá, sobretudo em razão da judicialização de questões, em princípio, políticas e do reconhecimento de que a norma não está implícita no texto legal e, por isso, a atividade legislativa necessita da atividade interpretativa dos juízes.[1]

[*] Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Coordenador do Programa de Mestrado em Direito e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law University, Estados Unidos.

[**] Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Civil Comparado da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

[1] "Não existe norma que esteja distanciada da operação hermenêutica. A produção de normas e de seus sentidos são atividades que precisam da interpretação, ou seja, para que possam ter força normativa, força de lei, elas demandam alguém com autoridade para dizer qual é a lei para a situação em disputa. Disso se depreende que os

No entanto, na medida em que os membros das Cortes Supremas Constitucionais, isto é, dos tribunais jurisdicionais de vértice responsáveis pela revisão dos atos do Poder Legislativo a partir da interpretação da Constituição, via de regra, não são eleitos democraticamente, questiona-se sua legitimidade. Os principais argumentos utilizados para justificar a legitimidade da jurisdição constitucional - capacidade de proteger os direitos das minorias, de apresentar as "melhores razões" e de catalisar o diálogo interinstitucional -, no entanto, ignoram, muitas vezes, a dimensão dialógica interna dos tribunais colegiados, fundamental para conferir qualidade à sua atuação. Em outras palavras, não se aprofundam na dinâmica interna através da qual a Corte, na qualidade de instituição colegiada, constrói sua decisão.

Diante disso, este artigo, em um primeiro momento, revisa as principais justificativas responsáveis por legitimar a crescente intervenção do Poder Judiciário em questões jurídicas e políticas para, em seguida, legitimá-la sob um viés interno e deliberativo. Para tanto, analisa-se a forma como os juízes de tais tribunais se comportam internamente, persuadem-se e apresentam suas razões entre si, apontando-se, além disso, fatores externos capazes de influenciá-los, a partir da exposição dos modelos legal, atitudinal e estratégico, explicativos da tomada de decisão judicial.

Argumenta-se, através da revisão de bibliografia principalmente norte-americana, que o potencial deliberativo das Cortes depende de rodadas deliberativas internas e externas, cuja qualidade pressupõe não apenas um desenho institucional favorável, como também o compartilhamento de um ideal de deliberação e de uma concepção de papel institucional.

1 A NOVA CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL

Em uma democracia constitucional o poder se encontra repartido a fim de evitar o desenvolvimento de governos tirânicos e autoritários. Tal sistema de *checks-and-balances* tem sua origem em O Federalista[2], mas hoje se apresenta sob nova roupagem, mais flexível e maleável. Reconhece-se, atualmente, a interação necessariamente dinâmica entre os poderes

dispositivos que serão interpretados, em princípio, terão como resultado uma norma" (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Interpretação constitucional: entre dinâmica e integridade. *Revista Sequência*, n. 72, 2016, p. 70).

[2] Ver: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003; LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (Org.). *Os clássicos da política*. v. 1. São Paulo: Ática, 2000.

Legislativo, Executivo e Judiciário, variável não apenas de acordo com o desenho institucional no qual estão inseridos,[3] mas também, conforme a dinâmica dos agentes envolvidos e da história constitucional existente.

José Rodrigo Rodriguez salienta que o núcleo normativo próprio da democracia é justamente o princípio segundo o qual a dinâmica institucional é adaptável a variadas conjunturas.[4] Dessa forma, não é possível a prévia definição acerca do papel a ser ocupado pelo Poder Judiciário na repartição de competências, cabendo a este ser construído e (re)delineado constantemente.[5]

Diante disso, só faz sentido falar em "ativismo judicial" quando se toma como padrão uma teoria normativa da política fundada numa noção estática de separação de poderes. Consequentemente, na atualidade, são menos definidas as fronteiras entre legislação e jurisdição, entre política e direito. Não se pode mais negar sua intrínseca e inevitável relação.[6] Barroso admite que o juiz não faz escolhas livres tampouco suas decisões são estritamente políticas.[7] É certo que o Judiciário assumiu novo papel em relação ao Legislativo, a partir do qual passou a regular a atividade parlamentar por meio da imposição de restrições substantivas ao processo legislativo através do controle de constitucionalidade e a interferir na própria atividade política mediante a limitação do comportamento de grupos de interesse, partidos e agentes políticos.[8]

[3] "Um desenho institucional consiste na alocação de faculdades de estatuir e da faculdades de vetar em diferentes agentes. Entre vetos e estatuições, desenha-se um processo decisório, distribuem-se poderes, moldam-se incentivos institucionais, criam-se canais saudáveis de interlocução. Numa sucessão de testes, uma decisão coletiva finalmente é tomada. (...) O controle de constitucionalidade seria uma veto a mais na intrincada rede das faculdades de vetar e estatuir que compõe a engenharia da separação de poderes" (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 132).

[4] RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes*? Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 188.

[5] RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes*? Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 199.

[6] "Judicial review can be understood as attractive precisely because it is embedded in politics, but is not quite of it. Politics and law are not separate, they are symbiotic. It would be remarkable to believe judicial review could operate entirely independent of politics or would be tolerated as such. Nor is it clear that this would be desireble given social and constitutional commitments to accountability and checks and balances. The practice of judicial review is valuble in that it serves as one more counterweight, like many others in our constitutional system. Moreover, because judicial decisions about constitutional law are sticky – they cannot be overturned at the drop of a hat – judicial review serves to channel and foster societal debate about constitutional meaning". (FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005, p. 333).

[7] BARROSO, Luís Roberto. As razões sem voto. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, 2015, p. 33

[8] CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. *Direitos Fundamentais e Justiça*, a. 9, n. 32, p. 97-123, jul./set. 2015, p. 103.

Ora, impera reconhecer que atividades podem ser compartilhadas de forma harmônica entre mais de um poder, o que, porém, não significa que serão desempenhadas da mesma maneira. Exemplo disso é o desenvolvimento do Direito. Partindo-se do pressuposto de que o juiz não se limita à aplicação de regras e à definição do exato sentido da lei, admite-se sua participação na criação normativa e, portanto, seu cunho criativo e político.[9] Nesse ponto, reconhece-se a atribuição de fazer política à uma instituição não eleita democraticamente, o que, há muito, motiva os estudiosos a buscar uma justificativa de legitimação.

Afinal, onde residiria a legitimidade de poucos "iluminados" para sobrepor com suas decisões a vontade majoritária de representantes eleitos democraticamente? Basicamente, as objeções contra as Cortes podem ser classificadas em substantiva e procedimental. A primeira compreende a ideia de que as decisões legítimas numa democracia são as que refletem a vontade majoritária, que, por sua vez, seria representada apenas pelos poderes eleitos democraticamente, visto que submetidos a um controle popular periódico. Nessa visão, as Cortes, porque não compostas por representantes conclamados pela vontade popular, estariam imunes à *accountability* popular[10] e, por isso, representariam um risco à própria democracia, não sendo legitimadas, portanto, a anular ou reconfigurar aquilo decidido e votado democraticamente pelos agentes eleitos. Procedimentalmente, a crítica reside justamente na ausência de processo democrático para a indicação dos juízes, via de regra.[11]

Em resposta a essa desconfiança, fundamenta-se a legitimação democrática do controle de constitucionalidade, substancialmente, em quatro proposições. Primeiramente, no reconhecimento de que a norma legislativa não está implícita no texto legal e dele difere.[12] Consequentemente, precisa ser interpretada e (re)construída pelo juiz a partir de elementos textuais e extratextuais, o que não contradiz a atividade do legislador, mas a complementa. Em

[9] RODRIGUEZ, José Rodrigo. *op. cit.*, p. 129.
[10] O'DONELL, Guilhermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, n. 44, 1998.
[11] FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993, p. 588. Há casos, porém, em que juízes são eleitos, como em alguns estados norte-americanos, nos quais são realizadas até mesmo campanhas eleitorais. A respeito das transformações recentes nesse tipo de processo eletivo ver: POZEN, David E. The Irony of Judicial Elections. *Columbia Law Review*, v. 108, n. 2, 2008; PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, controle de constitucionalidade e direitos fundamentais – o novo centro de concentração do poder político. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 17, n. 17, 2015, p. 77.
[12] "(…) os diferentes modos pelos quais se faz possível realizar a construção semântica encontra, no âmbito jurídico, respaldo na orientação que determina a fundamentação das sentenças, a apresentação de razões por seus intérpretes com a finalidade de comunicar suas decisões para que estas possam ser compreendidas por seus destinatários." (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19, 2016, p. 134).

segundo lugar, no papel contramajoritário da Corte, isto é, na sua qualidade de integrante da dinâmica de *checks and balances* capaz de proteger a tutela dos direitos fundamentais e das minorias em face de eventual *ditadura da maioria*. Em terceiro lugar, na capacidade argumentativa da Corte de apresentar as "melhores razões" para a resolução de questões de princípio. Por fim, em sua aptidão para catalisar o diálogo interinstitucional entre as instâncias de poder.

No que diz respeito à primeira justificativa, importa reconhecer que a evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo e o emprego de cláusulas gerais transformaram o papel das Cortes ao reconhecer que o direito não é revelado pelo intérprete, mas (re)construído interpretativamente. Isso porque o texto legal pode sofrer indeterminações linguísticas como a vagueza e a ambiguidade, constituindo tarefa do operador do direito a realização de sua interpretação, de acordo não apenas com seu contexto, mas também, a partir de uma inafastável carga ideológica.[13] A propósito, Daniel Mitidiero aponta que os enunciados textuais se caracterizam por inerente ambiguidade, complexidade, implicabilidade, superabilidade e abrangibilidade.[14]

Assim, o intérprete, ao realizar a interpretação do texto legal, é influenciado por diferentes interesses, concepções de justiça, concepções dogmáticas e métodos interpretativos,[15] de modo a reconstruir, ao longo da história, o significado normativo dos textos legais, a partir de orientações lógico-argumentativas. Dessa forma, até mesmo o enquadramento de um caso como fácil ou difícil por si só pressupõe prévia valoração e interpretação, não se podendo falar anteriormente à decisão na existência de uma única resposta correta ou da resposta intentada pelo legislador originário, o que, no entanto, não significa que o processo de interpretação não possa – ou não deva – ser racionalmente controlado.[16] Conforme pontua Luiz Guilherme Marinoni, "a decisão deixa de se situar no local da procura do 'sentido exato da lei'

[13] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 45.
[14] "Os textos são potencialmente equívocos por várias razões. Dentre elas, a ambiguidade, a complexidade, a implicabilidade, a superabilidade e a abrangibilidade dos enunciados textuais. Os enunciados são ambíguos, porque apresentam duas ou mais opiniões de significado. São complexos, porque podem exprimir duas ou mais normas ao mesmo tempo. Por vezes, pode existir dúvida a respeito da existência de um nexo de implicação entre os enunciados, da superabilidade ou não do enunciado - isto é, se ele está sujeito ou não a exceções implícitas - e da abrangência da disposição – se taxativa ou meramente exemplificativa. Em todos esses casos, o texto pode revelar-se equívoco e é necessário individualizar, valorar e escolher entre duas ou mais opções de significado a fim de obter-se uma norma." (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 55.)
[15] MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 55.
[16] MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 59.

e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação". [17] Uma vez reconhecido o direito como interpretação e prática argumentativa, reconhece-se a autonomia da decisão diante da lei.

Passa-se, portanto, de uma concepção de Corte de Cassação responsável pelo controle de legalidade para a ideia de uma Corte Suprema cuja função é a atribuição de sentido ao direito e a tutela da igualdade através da elaboração de precedentes.[18] Reconhece-se que as Cortes de Vértice agregam conteúdo à ordem jurídica e, por isso, não mais apenas o dispositivo das suas decisões importam, mas sobretudo suas razões de decidir. No entanto, especialmente no Brasil e em geral nos países de *civil law*, em diferentes graus, ainda se reproduz um modelo formalista de interpretação jurídica que concebe os tribunais constitucionais como um "terceiro grau de jurisdição". Despreza-se a função da Corte de orientação proativa do direito através de precedentes, realizando-se uma atividade reativa.[19]

Em segundo lugar, no tocante à legitimação da Corte em razão da sua função contramajoritária[20], assinale-se que no Brasil, assim como em diferentes lugares do mundo, verifica-se uma crise de representação política. Isso implica reconhecer a "inevitável dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população".[21] Trata-se, para Barroso, de um fenômeno de certa forma universal, caracterizado pelos "desmandos do financiamento eleitoral, a indesejável infiltração da religião no espaço público e a radicalização de alguns discursos partidários" [22], responsáveis por depreciar o debate público e distanciar o cidadão comum.

Logo, admitir que os poderes Legislativo e Executivo têm mais *accountability* e são mais legítimos que o Poder Judiciário tão somente porque eleitos democraticamente constitui um argumento frágil.[23] Isso porque tampouco as instâncias políticas são capazes de veicular em

[17] MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2013, p. 39.
[18] MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2013, p. 24.
[19] TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: Ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
[20] Lembre-se que Alexander Bickel afirma que o compromisso com o ideal majoritário não pode ser absoluto. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*: the Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.
[21] BARROSO, Roberto. *op. cit.*, p. 38.
[22] BARROSO, Roberto. *op. cit.*, p. 38.
[23] Para Alec Stone Sweet: "Separation of powers doctrines help those who govern (e.g. government ministers, members of parliament, judges, and administrators) make sense of their own role in the political system, and of how they are expected to interact with other actors. They thus constitute not only models of the polity, but models of action. To the extent that these models actually condition how governmental actors take decisions, they deserve our attention. Today, judges and legislators not only participate in constitutional politics, but their works is deeply impacted by the evolution of constitutional rules, and these behaviours are not modeled well by traditional

sua plenitude a vontade majoritária, seja em razão da dificuldade em identificá-la, da deficiência do sistema eleitoral e partidário, dos problemas advindos do presidencialismo de coalizão (sobretudo no Brasil),[24] dos vetos das minorias, dos interesses de agentes externos à política ou do próprio autointeresse dos representantes populares.[25] É nesse sentido que Corinna Lain demonstra que Cortes Constitucionais podem funcionar como instâncias majoritárias em face de parlamentos não representativos.[26]

Alec Stone Sweet, por seu turno, afirma que as Cortes constitucionais precisam, obrigatoriamente, justificar suas decisões de forma escrita, mas tal imposição está relacionada com sua busca por legitimação, de maneira que, neste ambiente institucional, os magistrados procuram não apenas fazer com que o controle de constitucionalidade sobreviva, mas, prospere; ou seja, buscam reconstruir o ambiente em que se mantenha a vitalidade do controle de constitucionalidade e isso só pode ocorrer com a atração de outros atores políticos para o discurso da adjudicação, ainda, as Cortes precisam convencer suas audiências de que o seu exercício de poder é limitado de maneira significativa pelo processo de raciocínio normativo, leia-se, não se trata de o uso de um poder arbitrário.[27] Compreende-se, do exposto, que a *accountability* advinda do Judiciário se aloja em outros setores distintos do processo eleitoral, está no plano da justificação, das razões e dos limites que conduziram o processo decisório e na preocupação com a manutenção da legitimidade dos instrumentais para realizar o controle de constitucionalidade.

No tocante aos déficits do processo eleitoral, por exemplo, além das controvérsias relacionadas ao financiamento privado das campanhas – que absorve os interesses de elites e classes dominantes[28] –, o voto em um determinado candidato dá-se geralmente de acordo com

separation of powers doctrines."(SWEET, Alec Stone. *Governing With Judges*: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 130-131).

[24] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Presidencialismo de coalizão e administração pública. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro*: organização do estado e dos poderes. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de Coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 20, n. 20, 2016.

[25] BARROSO, Roberto. *op. cit.*, p. 39.

[26] Segundo a autora, "Political polarization, monied special interests, voting deficiencies, veto gates – there are a number of forces that push democratic decision making away from majoritarian outcomes, just as there are a number of forces that push Supreme Court decision making the opposite way" (LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law* Journal, v. 101:113, 2012, p. 115-116). Outro fator apontado pela autora é a possibilidade de determinados grupos com peculiares tendências estejam subrepresentados politicamente (como mulheres nos Estados Unidos), de modo que suas preferências não são representadas devidamente.

[27] SWEET, Alec Stone. *op. cit.*, p. 144.

[28] Para Jaramillo, "El elegido no se siente comprometido con quienes lo eligieron sino con quienes financiaron su campaña. Dentro de esta lógica perversa se contribuye a su vez a agravar otras falencias de las democracias

o "pacote" de propostas por ele apresentado. Vale dizer, vota-se em um determinado representante muitas vezes por afinidade ideológica e até em razão do partido do qual faz parte, o que significa que não necessariamente há identificação com todas as suas orientações, ainda mais naquilo considerado moralmente controvertido.[29] A propósito, Leonardo Garcia Jaramillo pontua que os progressos alcançados na democracia eleitoral não contribuíram para o desenvolvimento de uma democracia real, capaz de garantir os direitos políticos mínimos,[30] visto que se coopta, muitas vezes, por interesses políticos sectários, empresariais e forças de mercado.[31]

Assim, a crescente intervenção do Poder Judiciário é mero reflexo dessa estrutura.[32] Sua participação é exigida em múltiplos contextos em que o custo político para a tomada de uma decisão no Congresso é muito alto; em situações em que é, então, chamado a agir, no tempo adequado, a partir de critérios delimitados pelo poder representativo. Nesse ponto, não se pode afirmar que o Poder Judiciário atua exclusivamente na defesa dos direitos das minorias, sobrepondo-se à vontade da maioria. A jurisdição constitucional inclui necessariamente atuações majoritárias e contramajoritárias.[33]

Conforme assinala Barry Friedman, o Poder Judiciário não é necessariamente uma instância contramajoritária e, portanto, não é sistematicamente menos majoritário que as instâncias políticas.[34] O próprio conceito de majoritarismo é problemático e não pode servir como ponto de partida para comparação, pois a premissa de que as instâncias eleitas democraticamente são, de fato, representativas da voz da maioria pressupõe que: i. há uma vontade majoritária identificável; ii. há fidelidade na representação desta através dos

latinoamericanas: la corrupción y el clientelismo" (JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito* – UFPR, Curitiba, v. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 68). Corinna Lain arremata que "Money talks. And where money talks to elected officials, elected officials are prone to listen". (LAIN, Corinna Barrett. *op. cit.*, p. 151).

[29] Barry Friedman destaca que: "agenda setting is a problem, for individuals as well as in the public sphere. Some people feel so strongly about issues such as abortion that they choose their representatives on that basis alone. For many of us, however, representatives represent a variety of views and we vote on the bundle" (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 1993, p. 639).

[30] Nas palavras do autor, "(…) los progresos alcanzados en la democracia electoral no han contribuido con el desarrollo de una democracia real, es decir, una democracia donde se garantizan derechos políticos mínimos (voto, oposición, pluralidad partidista, división de poderes y un sistema de frenos y contrapesos que opere razonablemente bien)". (JARAMILLO, Leonardo García. *op. cit.*, p. 68).

[31] JARAMILLO, Leonardo García. *op. cit.*, p. 67 e 95.

[32] RODRIGUEZ, José Rodrigo. *op. cit.*, p. 130.

[33] BARROSO, Roberto. *op. cit.*, p. 36

[34] Para o autor, "Courts are not systematically less majoritarian than the political branches". (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 1993, p. 582).

representantes eleitos; e iii. que os constituintes originários projetaram a democracia constitucional para atender a regra da maioria – o que, na realidade, nem sempre se efetiva.

Os últimos dois axiomas já se encontram superados: a vontade dos representantes eleitos não se identifica por completo com a vontade dos eleitores e a abertura do texto constitucional comporta interpretações variáveis. [35] A isso, acrescente-se não ser possível extrair uma vontade majoritária ou uma voz uniforme do povo, tendo em vista que maiorias surgem e desaparecem de acordo com o desenvolvimento do debate público. Para Friedman, na melhor das hipóteses, há uma constante mudança na opinião pública.[36]

A dificuldade contramajoritária, assim sendo, falha no ponto em que pressupõe uma vontade majoritária estática, quando na realidade esta é fluída e dinâmica, tendo em vista que nossas preferências não são binárias, mas extremamente relativas e influenciadas por fatores diversos.[37] Além de nossas preferências individuais se alterarem por inúmeros motivos, por vezes nossas preferências são acomodadas, isto é, podemos decidir aceitar a "segunda melhor decisão" por crer ser o melhor que podemos alcançar.

Em que característica, então, residiria a legitimidade do controle de constitucionalidade? Apesar de os juízes, em geral, não serem eleitos por voto popular, os ministros das Cortes Supremas via de regra são indicados por representantes populares e em diversos casos por determinado período de tempo, o que, para alguns, possibilita a reflexão das ideologias da vontade majoritária corrente no momento da indicação.[38]

---

[35] Nas palavras de Friedman, "Although one could argue that textual reliance is majoritarian, the opposite argument seems more persuasive. Most of the text is two hundred years old, and few of us alive today had any hand in changing the text to any significant extent. Moreover, to alter the text by formal amendment would require more than a majority of the citizenry. Reliance on the text of the Constitution therefore seems countermajoritarian". (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 1993, p. 593). Por sua vez, Pasquino aponta que "the elections are not a divine judgment which sends the loser to hell. They simply give to the winners a fraction of political power they will use under the control of an umpire which can be asked to pass judgment if the minority requests it. Institutions have their own life, so they do not necessarily comply with the intentions of the framers". (PASQUINO, Pasquale. "Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy." *Ratio Juris*, 11, 1, 1998. p. 47).

[36] "Rather, majorities come and go as the public engages in debate. At best there is a constantly shifting of public opinion". (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 1993, p. 638).

[37] Corinna Lain também sublinha essa advertência: "By way of definition, I use the term to describe prevailing sentiment at the national rather than local level, consistent with the scholarly discourse in which I am writing. Beyond that, identifying majority will is notoriously difficult. Public-opinion-poll data can be skewed, depending on how questions are asked. Institutional support can reflect elite, rather than popular, opinion. The same can be said of the popular press. (…) To the extent majority will exists at all – and sometimes, perhaps even often, it does not - it is the product of a confluence of forces, each contributing to a sense of consensus in its own way". (LAIN, Corinna Barrett. *op. cit.*, p. 118).

[38] Isso é destacado, por exemplo, por Corinna Lain, segundo a qual "Court Justices are not elected, but the presidents who nominate them and the senators who confirm them are—and presumably these political actors

Além disso, substancialmente as decisões das Cortes também contam com legitimidade democrática na medida em que não estão, ao contrário do que se diz, imunes à pressão e controle popular. Barroso, aliás, aponta cinco fatores a partir dos quais se percebe o alinhamento da Corte com a – fluída – opinião popular, quais sejam:

> i) a indicação política dos juízes, que, por isso, seriam sensíveis ao pensamento da maioria; ii) a sujeição dos juízes aos valores da comunidade e aos mesmos movimentos sociais; iii) a interação das Supremas Cortes com a opinião pública (inclusive através do *backlash*); iv) a preocupação com sua credibilidade e estabilidade institucional (em face das instâncias majoritárias); v) o desejo de reconhecimento ou a preocupação com a imagem de seus integrantes junto à opinião pública. [39]

Entretanto, uma vez que o legislador também está sujeito à maioria desses fatores, não são propriamente eles que fazem a diferença entre a efetiva representatividade do Legislativo e do Judiciário.[40] Na verdade, existem, na prática, momentos de aproximação e afastamento diante da opinião popular tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário. Para Mendes o que os difere é a periodicidade fixa com que isso ocorre no Legislativo.

Tampouco se pode ignorar o fato de as decisões judiciais serem escritas para a opinião pública – ainda que em algumas jurisdições constitucionais não sejam liberados os votos dissidentes ou não se revele o debate por trás da tomada da decisão. Assim, a Corte tem consciência da necessidade de decidir, se não necessariamente para reverenciar a maioria, no mínimo, para persuadi-la. De toda forma, se a Corte desviar significativamente da vontade popular ou da deliberação do legislador possivelmente enfrentará substancial resistência na implementação de suas decisões, o que enfraquece o argumento de que apenas as instâncias sujeitas ao processo eleitoral periódico se submetem ao escrutínio popular.

---

favor the appointment of Justices with ideological leanings similar to their own and the constituents who elected them". (LAIN, Corinna Barrett. *op. cit.*, p. 159). Além disso, frise-se que em nem todas as cortes se adota este modelo de indicação. Barry Friedman, referindo-se ao modelo norte-americano, assevera que "although federal judges are not elected, they are appointed by Presidents who stand for popular election. Judicial appointments often mirror the popular will that elected a President. (…) Moreover, the confirmation process for federal judges seems designed to ensure that judges are in the mainstream of popular views, at least insofar as the legislature is representative of the mainstream, and also to "teach" judges what those views are". (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 1993, p. 612).

[39] BARROSO, Roberto. As razões sem voto. p. 41. Corinna Lain salienta que não obstante os juízes serem, como nós, produto de seu tempo, não correspondem ao *homem médio* da sociedade. Em suas palavras, "They are well-educated elites, predominately of the upper socioeconomic class, and their views tend to reflect that fact. Thus, it should come as no surprise that when the Supreme Court departs from mainstream public opinion, it tends to favor elite policy preferences instead". (LAIN, Corinna Barrett. *op. cit.*, p. 164).

[40] BARROSO, Roberto. *op. cit.*, p. 41.

O problema da dificuldade contramajoritária também perde força ao se reconhecer que a efetividade das decisões judiciais depende de aceitação para além do âmbito judicial, e que não há uma única interpretação extraível da Constituição, tampouco um único legitimado a interpretá-la. Reconhece-se, assim, o papel da Corte como interlocutora, isto é, como instituição cuja voz é capaz de catalisar o debate que fora dela ocorre através de uma participação argumentativa e consciente da provisoriedade de sua palavra, tendo em vista o *continuum* argumentativo inerente às rodadas democráticas e interações estratégicas entre os poderes.[41]

Além da voz da Corte, que pode e deve se modificar em caso de alteração dos valores sociais, desgaste, alteração ou equívoco na formulação de precedente[42], há outros atores envolvidos no processo de construção do direito, capazes de com ela dialogar.[43] O Poder Judiciário atua, portanto, dentro de um contexto institucional, influenciando e sendo influenciado não apenas pelos demais poderes, mas também, por outros fatores externos e internos. Logo, não exerce a atividade jurisdicional em um vácuo institucional, isto é, em posição imune a interferências externas e até mesmo internas, verticais e horizontais. Deve, portanto, prever o comportamento dos demais atores democráticos e o resultado dos fatores envolvidos a fim de evitar a tomada de decisões que venham a ser desobedecidas ou se mostrem inefetivas.

Nessa perspectiva, Clève e Lorenzetto destacam que

> Em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões.[44]

---

[41] MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011, p. 105

[42] "E isso quando essas novas razões estão fundadas na alteração dos valores sociais, no desgaste do precedente na própria Corte Suprema, na alteração da concepção geral acerca do direito ou em equívoco na formulação do precedente, e, ainda, os valores da confiança justificada ou da isonomia não determinam a manutenção do precedente, preferindo-se a sinalização de que ele em breve deverá ser revogado para que não ocorrra 'supresa injusta'. (MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2013, p. 54)

[43] "Despite significant structural differences, both [Poderes Legislativo e Judiciário] share, in a dynamic way, a lawmaking role (…) The curious fact of their functional redundancy, though, does not make them institutional equivalents. Their structural and procedural peculiarities forge markedly different decisional settings: they diverge in their epistemic capacities, their symbolic import, their political capital and their decisional time". (MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2011, p. 92).

[44] CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015, p. 189.

Assim, há a compreensão de que a legitimação da atividade jurisdicional está em sua capacidade argumentativa. Para John Rawls, o diferencial no modo de decidir das Cortes está no uso exemplar de razões públicas, capazes de ser compartilhadas por todos aqueles que detêm o status de cidadania e cujo conteúdo – público – inclui questões constitucionais e de justiça fundamentais.[45] Apesar de o uso das razões públicas também submeter os cidadãos e os agentes políticos, o Poder Judiciário e, sobretudo, as Supremas Cortes, têm para o autor um dever exemplar no emprego de tais razões. [46] Isso porque devem, além de evitar a corrosão do direito pela legislação de maiorias transitórias, desenvolver a melhor interpretação possível da Constituição a partir de seus conhecimentos sobre o que a Constituição e os precedentes exigem e de uma justificação em termos de uma concepção pública de justiça à qual todos os cidadãos, racionalmente, podem razoavelmente ser esperados a endossar. Nessa perspectiva, o papel do tribunal é ser um centro de controvérsia capaz de atribuir vivacidade às razões públicas e vitalidade ao fórum público, obrigando a discussão política a tomar forma de princípios, o que, aliás, contribui para educar os cidadãos sobre questões constitucionais básicas.[47]

Ronald Dworkin também fundamenta a legitimidade da Corte na sua capacidade de tratar das questões mais fundamentais da moralidade política como questões de princípio, protegidas diante do jugo político, não apenas quando chegam à Corte, mas também nos períodos que antecedem e sucedem à atividade jurisdicional.[48] Em outras palavras, para ele, a independência política e a *responsividade* a mudanças da opinião e princípios públicos[49] torna a Corte a instância mais adequada à proteção de direitos do que as entidades políticas, corroídas por contra-incentivos.

---

[45] "Public reason, then, is public in three ways: as the reason of citizens as such, it is the reason of the public; its subject is the good of the public and matters of fundamental justice; and its nature and content is public, being given by the ideals and principles expressed by society's conception of political justice, and conducted open to view on that basis". (RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005, p. 213).

[46] "It applies also in a special way to the judiciary and above al to a supreme court in a constitutional democracy with judicial review. This is because the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court's special role makes it the exemplar of public reasons". (RAWLS, John. *op. cit.*, p. 216).

[47] RAWLS, John. *op. cit.*, p. 237-240.

[48] "Judicial review insures that the most fundamental issues of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not political power alone, a transformation that cannot succeed, in any case not fully, within the legislature itself". (DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 70). "It forces political debate to include argument over principle, not only when a case comes to the Court but also long before and long after". (*idem*).

[49] MENDES, Conrado Hübner *op. cit.*, 2013, p. 105.

Assim, apesar de não contar procedimentalmente com legitimação eleitoral, a legitimidade seria evidenciada *ex post* através da tomada de decisões baseadas em princípios, cujo objeto é a proteção dos direitos individuais e cujo fundamento é a teoria substantiva da representação, segundo a qual todos devem ser tratados como iguais. Isso porque para Dworkin a democracia não se resume ao governo da maioria, dividindo-se em uma dimensão política – responsável pela proteção de interesses coletivos – e uma dimensão principiológica – na qual se insere a proteção aos direitos individuais. Para o autor, enquanto a primeira deve ser resolvida nas instâncias políticas, a segunda o deve pelos tribunais constitucionais na qualidade de *trunfos* em face de decisões políticas de maiorias circunstanciais.[50]

A partir disso, Luís Roberto Barroso aponta que a Corte é a guardiã das promessas constitucionais em razão da "sua capacidade de ser um fórum de princípios — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública – isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate".[51] A democracia contemporânea, com efeito, não se limita ao governo da maioria, exigindo, segundo Barroso, além de votos, direitos e razões.[52] Para o autor, a democracia consiste na integração de uma dimensão formal referente à política majoritária, uma dimensão substantiva e protetiva dos direitos fundamentais e outra deliberativa, na qual se realizam debates através de argumentos e persuasão.

Esta última dimensão, no entanto, é geralmente menosprezada. Tanto a legitimação das Cortes baseada na sua capacidade institucional de diálogo quanto aquela construída a partir de seu compromisso em fornecer as melhores razões não desenvolvem suficientemente a dinâmica interna através da qual a Corte, na qualidade de instituição colegiada, constrói sua decisão. A dimensão discursiva da democracia, exercida pela representação argumentativa, torna-a propriamente deliberativa e espera, dos julgadores, uma efetiva participação na discussão das questões sobre as quais o raciocínio decisório do colegiado está absorto. Tendo isso em vista, é imprescindível o aprofundamento da deliberação, visto que esta é responsável não apenas pela

[50] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009, p. 204

[51] BARROSO, Roberto. *op. cit.*, p. 37.

[52] "Além do momento da investidura, o poder se legitima, também, por suas ações e pelos fins visados. Cabe retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma legitimação discursiva: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas, por isso tem-se afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos." (BARROSO, Roberto. *op. cit.*, p. 40).

resolução dos casos concretos, mas pela legitimação das Cortes Supremas, cuja função é, em essência, a orientação prospectiva do direito.[53]

2 CORTES SUPREMAS COMO "DELIBERADORES INTERNOS": A DELIBERAÇÃO EM UM TRIBUNAL COLEGIADO

Como visto, os defensores do controle de constitucionalidade normalmente se valem do potencial deliberativo das Cortes para justificá-lo. Por outro lado, seus críticos argumentam que tal potencial, se não irrelevante, tende a ser muito fraco.[54] A ideia de que as Cortes se legitimam por sua capacidade argumentativa ou ainda por seu potencial catalizador do debate interinstitucional pressupõe que o Judiciário apresenta argumentos tão somente para uma audiência externa. Ignora, no entanto, a forma como os juízes internamente se comportam, persuadem-se e apresentam suas razões entre si.[55]

Nesse ponto, Rawls e Dworkin, ao conceberam a capacidade argumentativa dos juízes limitada à apresentação de razões, não elaboraram como tribunais colegiados podem oscilar no exercício dessa função e como apreendê-la.[56] No entender de Conrado Mendes, limitam-se a desenvolver uma teoria liberal da justiça, avaliando a legitimidade da Corte de acordo com a "acertabilidade" da decisão final: se certa ou errada, melhor ou pior, mais perto ou mais longe de seus respectivos conceitos de justiça.[57] Tais teorias olvidam o fato de que os juízes não decidem sozinhos. Na realidade, em regra, apenas na instância na qual há o primeiro contato com o poder jurisdicional atua-se só e, ainda assim, a performance do julgador não pode proceder sem a consideração do sentido do direito definido deliberativamente nas Cortes Superiores.

Pode-se dizer que a visão da Corte como interlocutora acrescenta à capacidade de oferecer os melhores argumentos a aptidão de ouvir e catalizar o diálogo institucional. Porém, não basta o reconhecimento de que as Cortes são instituições colegiadas que decidem por meio

[53] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 16.
[54] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 557-584, p. 559.
[55] "The public reasoner and the interlocutor supply public reasons to the external audience. Both images ignore, however, how judges internally behave and disregard whether they have simply bargained or aggregated individual positions to reach common ground". (MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2013, p. 102).
[56] MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2013, p. 109.
[57] MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2013, p. 109.

de argumentação, uma vez que cada qual lança mão de diferentes modelos de deliberação que merecem ser particularmente examinados.

Pouco se fala sobre as singularidades da dinâmica de um fórum deliberativo e de seus membros entre si. Restringe-se a elevar a Corte a um ambiente mais propício e com as melhores condições para a promoção da deliberação em razão de sua suposta imparcialidade – fruto de sua desvinculação à dinâmica eleitoral e à alternância parlamentar.[58] No entanto, apesar de imparcial, o ambiente institucional das Cortes não é neutro e tampouco intrinsicamente deliberativo. Há inúmeros fatores – externos e internos – que influenciam os juízes na tomada da decisão. Aliás, há diferentes modelos explicativos acerca da tomada da decisão judicial que podem ser agrupados nos modelos legal, atitudinal e estratégico.[59]

Os defensores do modelo legal de comportamento judicial entendem que as decisões da Corte são substancialmente influenciadas pelos fatos do caso em questão a luz do significado literal das leis e da Constituição, da intenção do legislador originário e por precedentes.[60]

Por sua vez, o modelo atitudinal sustenta que os juízes decidem tão somente conforme suas respectivas ideologias e preferências políticas, de modo sincero, isto é, sob a ausência de qualquer outra influência além do seu entendimento pessoal.[61] Apesar de não negar a existência de outras variáveis em jogo, como a lei e a pressão política, pressupõe não serem suficientes para penetrar o comportamento judicial. Dessa forma, prevê o resultado das votações judiciais de acordo com a predileção ideológica dos seus julgadores[62] e trata a solução jurídica "como a

[58] "The superficial yet widely accepted assumption that courts are special deliberative forums calls for refinement. Not much is said about what a deliberative forum entails. That contention simply stems from the institutional fact that courts are not tied to electoral behavioural dynamics, hence their impartiality, hence their better conditions to deliberate". (MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2013, p. 108).

[59] ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, 2013, p. 90.

[60] Em outras palavras: "In a pure legal model, judges want only to interpret the law as well as possible. For this reason they choose between alternative case outcomes and doctrinal positions on the basis of their legal merits" (BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences*: A perspective on judicial behavior. Princeton University Press: New Jersey, 2006, p. 5)

[61] "Sincere behavior refers to a Justice acting as she would in the absence of any other influence, according to her best personal understanding" (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 2005, p. 282). "The attitudinal model, which was the dominant model of judicial behavior among social scientists for decades, essentially posits that judges decide cases on the basis of their personal policy preferences and political ideologies - their "attitudes"" (EDWARDS, Harry. T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pensilvania Law Review*, 151, 5, 2003, p. 1653).

[62] ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Molhano Leandro. *op. cit.*, p. 91-92. A explicação do comportamento judicial através do modelo atitudinal requer a mensuração da ideologia pessoal dos juízes em uma escala ideológica *liberal conservador*. A forma como tal classificação deve ser feita é controvertida. Além disso, não se ignore que não basta para tanto "uma simples análise do 'mérito' da decisão – isto é, a simples análise do

soma matemática de votos individuais quanto ao resultado, em vez de como declarações do que a lei é".[63] Em outras palavras,

> No modelo atitudinal (…) o direito não se configura nem como restrição, nem motivação. Ele é apenas uma racionalização *ex post* que justifica a tomada de uma decisão baseada em uma predisposição política do juiz (predisposição esta mensurável através de sua ideologia pessoal).[64]

Em outro sentido, as teorias estratégicas do comportamento judicial argumentam que os juízes se encontram constrangidos por outros fatores decisivos, isto é, que integram um determinado desenho institucional e, por isso, levam em conta o comportamento dos demais agentes – internos e externos – com os quais interagem no momento de decidir,[65] bem como suas possíveis reações. Nesse horizonte, encontram-se os neoinstitucionalistas, para os quais as Cortes devem ser vistas como instituições, e não como plataformas para a exibição de atitudes individuais dos juízes.[66]

Internamente, leva-se em conta que não obstante os juízes poderem, de fato, decidir de acordo com suas ideologias, na medida em que as Cortes Supremas são instituições colegiadas, a sua dinâmica dialógica interna pode levar seus membros a comprometer suas preferências ideológicas para maximizar metas estratégicas. Dentre elas, destaca-se a aspiração de compor a voz majoritária da Corte e, assim, influenciar o conteúdo da opinião da maioria e contribuir para a orientação dos casos futuros, e a renúncia à possibilidade de redigir uma opinião

resultado, sem olhar para as razões escritas que o sustentam" (*ibidem*, p. 102). Ou seja, o foco da análise deve ser a fundamentação.

[63] "When it comes to the written opinion, collegial pressures almost certainly temper what judges can do. Attitudinalists, who obviously understand that the Supreme Court operates as a composite body, miss this because they treat cases as the mathematical sum of individual votes as to outcome, rather than as statements of what the law is". (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 2005, p. 280).

[64] ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Molhano Leandro. *op. cit.*, p. 99.

[65] "Strategic behavior involves acting other than sincerely, in order to ensure an ultimate outcome closest to the one the Justice personally prefers. Judges on a collegial court necessarily must moderate their views to achieve consensus, but often they might do more: They might, at times, act in a manner flatly contrary to their sincere views in order ultimately to move the law in the direction they prefer". (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 2005, p. 282). Também: "What makes the calculation strategic is the understanding that an actor's goal are a product of the interaction between his or her behavior and the behavior (or anticipated behavior) of others". (GILLMAN, Howard. The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making. In: CLAYTON, C. W.; GILLMAN, H. (Eds.). *Supreme Court Decision-Making*: new institutionalist approaches. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 68).

[66] "There is one other social science model that seeks to shed light on judicial decision making: 'new institutionalism.' The proponents of this model treat courts as institutions rather than as platforms for the display of individual [udges'] attitudes." (EDWARDS, Harry. T. *op. cit.*, p. 1662).

dissidente.[67] Os juízes também podem ser motivados pelo respeito aos precedentes, [68] pelos interesses de consolidar o poder nacional, de proteger a independência da Corte, de evitar eventual *impeachment*, de promover a agenda política de alguma classe ou coalizão dominante ou, ainda, até mesmo pela ambição de concorrer, futuramente, a algum cargo político.[69]

A partir deste ponto de vista, a análise dos efeitos institucionais sobre a tomada de decisão reside na verificação da influência da relação entre as atitudes e o comportamento dos atores com a missão institucional por eles discernida.[70] Nessa perspectiva, incorporam-se à análise da tomada de decisão experiências de dever e obrigação profissional, apreensões de propósito comum, preocupações sobre a manutenção da autoridade ou legitimidade corporativa e participação em uma rotina.[71] Com efeito, quando os membros de uma Corte partilham da concepção de uma missão institucional, os interesses e as preferências não judiciais incompatíveis com as funções da instituição (como fins pessoais) são por ela filtrados.

Sob uma perspectiva externa, a Corte sofre influências de outros agentes quando estes têm o poder de "a) vetar ou reverter suas decisões judiciais; b) ameaçar a credibilidade do tribunal ou dos juízes; ou c) retaliar contra o tribunal ou os juízes individualmente".[72] A partir disso, é possível que os juízes acomodem suas preferências a fim de evitar conflitos e – sobretudo – não frustrar a missão institucional da Corte.[73]

[67] "The strategic model does not reject the possibility that judges act in accordance with their personal ideologies; rather, it focuses on panel composition and presumed interactions among judges in an attempt to determine how judges influence one another in decision making. Under this model, a judge's vote may not always reflect his or her "sincere" ideological preferences, because the internal dynamics of the panel may lead judges to compromise their ideological preferences to maximize "strategic" goals-such as being in the majority, influencing the content of the majority opinion, avoiding writing a dissent, or building capital for future cases". (EDWARDS, Harry. T. *op. cit.*, p. 1653).

[68] "O modelo dos autores aceita as premissas do modelo atitudinal e estratégico, mas incorpora o direito como uma restrição importante à maximização das preferências dos juízes por policies. A variável explicativa é a obediência, por parte dos Ministros da Corte, aos precedentes da própria instituição". (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Molhano Leandro. *op. cit.*, p. 104).

[69] GILLMAN, Howard. *op. cit.*, p. 76.

[70] "From this point of view, to examine institutional effects on decision-making is, in part (the part that parallels the "intra-court bargaining" side of the strategic approach), to determine whether institutional actors are influenced in their attitudes and behavior by their relationship to their institution's mission and to the organizational attributes that have been constructed in service of that mission". (GILLMAN, Howard. *op. cit.*, p. 79).

[71] "When we move beyond viewing institutions as facilitating or impeding self-interested behavior we are able to incorporate: experiences of duty and professional obligation, understandings of shared purpose, concerns about the maintenance of corporate authority or legitimacy, and participation in a routine – each of which suggests the presence of a kind of motivation that is something other than rational, self-interested, strategic, and calculating". (GILLMAN, Howard. *op. cit.*, p. 84)

[72] ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Molhano Leandro. *op. cit.*, p. 100.

[73] "The strategic approach assumes that justices will bargain or retreat in the face of a challenge or will adopt insincere positions on the merits in order to aviod a conflict with powerholders who are in a position to thwart the will of the Court". (GILLMAN, Howard. *op. cit.*, p. 69).

Nesse ponto, Friedman destaca que os círculos concêntricos de influência e constrangimento com os quais um juiz constitucional deve lidar incluem, além da interação estratégica com seus colegas, internamente, as pressões impostas pelos juízes de hierarquia inferior, as eventuais futuras reações dos Poderes Legislativo e Executivo – seja por meio de emendas constitucionais ou decretos provisórios, por exemplo –, e a opinião popular.[74]

Ainda, para a preservação da sua integridade institucional, a Corte, por fazer parte de um ambiente institucional heterogêneo, deve assegurar a concretização de suas ordens pelos demais agentes com quem interage através da percepção dos sinais por eles emitidos e, assim, do cálculo da sua futura reação e dos eventuais constrangimentos aos quais está submetida.[75] Dentre eles, Friedman destaca que além de os juízes poderem sofrer impeachment, a jurisdição pode ser desaparelhada, as Cortes, insuladas, e o orçamento judicial, cortado.[76]

Observe-se, porém, que o processo deliberativo não comporta uma resposta binária, não sendo possível, portanto, a adjetivação precisa de suas respostas como "sinceras" ou "estratégicas".[77] Trata-se de um diálogo complexo e concatenado por uma sequência de atos no qual os juízes devem construir conjuntamente um resultado coletivo, ainda que não unânime, diverso daquele ao qual chegariam se estivessem a decidir sozinhos.[78] Para tanto, como as Cortes não são agentes intrinsicamente deliberativos,[79] para que seja possível a efetivação do debate em um tribunal colegiado pressupõe-se, além de um desenho institucional favorável, o compartilhamento de um ideal de deliberação e de uma concepção de papel institucional. Deve-se partilhar, também, uma mesma ética de deliberação, isto é, os mesmos valores deliberativos.

Segundo Conrado Mendes, a performance deliberativa da Corte é consequência de uma complexa interação entre dispositivos institucionais, os traços éticos dos deliberadores, os

[74] "The fear of a public backlash can be a forceful inducement to implement judicial decisions faithfully". (FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 2005 p. 324).
[75] FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 2005, p. 315-316.
[76] FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, 2005, p. 313-314.
[77] "Three features of collegial adjudication complicate the analysis of strategic behavior in the context of multi-judge courts. First, in deference to their colleagues, appellate judges are expected to compromise or deflect their views to some extent. Second, adjudication, unlike the voting paradigm in game theory, involves the rendering of judgments rather than the expression of preferences. Finally, judges often decide controversies that raise more than one issue; indeed, in paradoxical cases they are always called on to do so. The simple line between strategic and sincere behavior seems inapt to multi-judge courts, where, as we have seen, the decisionmaking process is collegial and it is the norm for judges to sacrifice details of their convictions in the service of producing an outcome and opinion attributable to the court." (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, 81, 1, 1993, p. 52)
[78] EDWARDS, Harry. T. The effects of collegiality on judicial decision making. p. 1660.
[79] "A collegiate court is not, in and of itself, a deliberative body. I submit, nonetheless, that there are good reasons for courts to espouse that aspirational practice". (MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2011, p. 74).

materiais legais e o cenário político.[80] Para ele, deliberação inclui a presunção de igualdade entre os participantes, a exibição clara de respeito e a ausência de coerção, isto é, de argumentação interpessoal resguardada de interesses egoístas, caracterizando-se pela tolerância diante de desacordos remanescentes quando esgotado o horizonte argumentativo.[81] Assim, deliberadores devem ser propensos não apenas a falar, mas também a ouvir, e estar dispostos a mudar suas preferências originais à luz dos novos argumentos levantadas durante a discussão.[82] Para ele, deliberação política é um processo de tomada de decisão exigente através do qual razões de um tipo específico são trocadas na tentativa de persuadir e chegar a um consenso.[83]

A decisão tomada de modo deliberativo necessariamente afeta aqueles que estão deliberando; não é considerada como final, e sim como ponto de partida provisório a ser sucedido por novas rodadas deliberativas; é uma prática argumentativa coletiva e de justificação diante dos demais membros; caracteriza-se pela exposição de razões particulares, isto é, imparciais ou ao menos traduzíveis para o bem comum; pela capacidade de motivar os deliberadores a revisar e alterar suas opiniões originárias e de conceber uma "ética de consenso"; é capaz de inspirar uma elemento ético de respeito, segundo o qual todos merecem ser tratados com igual consideração, compreendendo, portanto, um compromisso político de inclusão, empatia e a responsividade a todos os pontos de vista.[84]

Harry Edwards define a deliberação entre juízes como um processo de diálogo, persuasão e revisão, em que se desenvolve uma familiaridade entre suas respectivas inclinações, formas de pensar e padrões de argumentação até se chegar ao ponto de ser possível antecipar as posições uns dos outros.[85] Por sua vez, Ferejohn e Pasquino caracterizam a deliberação como

[80] "Deliberative performance, therefore, is the consequence of a complex interaction between the institutional devices, the ethical traits of deliberators, the legal materials and the political landscape". (MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2011, p. 122).
[81] No entanto, há tribunais nos quais se exige o consenso, o que constrange muitas vezes seus membros a acomodar suas posições. É o caso da *Corte Costituzionale* Italiana, por exemplo.
[82] "Deliberation denotes absence of coercion, inter-personal argumentation detached from egotistic interests, tolerance towards enduring disagreement after the exhaustion of the argumentative horizon, presumption of equal status among participants and clear display of respect. Deliberators are prone both to listen and to speak, and are disposed to change their previous preferences in the light of the new arguments that are raised during discussion". (MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2011, p. 141).
[83] Nesse sentido: "Political deliberation is a demanding decision-making process through which reasons of a specific kind are exchanged in the attempt to persuade and reach consensus". (MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2011, p. 124).
[84] MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2011, p. 22-26
[85] "Deliberations among judges are characterized more accurately as a process of dialogue, persuasion, and revision. To be sure, judges do develop a familiarity with their colleagues' inclinations, habits of mind, and patterns of reasoning. Over time, they may be able to anticipate how colleagues will approach issues". (EDWARDS, Harry. T. *op. cit.*, p. 1661).

"a participação no processo de argumentação racional subjacente à atuação pública"[86] através da qual se verifica a disposição dos deliberadores em alterar suas razões originais após a troca de argumentos.[87] Assim, um processo deliberativo consiste, antes de mais nada, num processo de persuasão no qual seus seus participantes estão abertos a absorver, compartilhar e revisar suas posições iniciais. Além disso, desenvolve-se a partir de uma ética do consenso subjacente ao diálogo.[88]

Para Kornhauser e Sager**,** uma forma de decidir deliberativa afeta o comportamento dos juízes em pelo menos três diferentes maneiras. Primeiramente, maior será a gama de justificativas levantadas, o que oferece aos juízes mais opções de resultado. Além disso, tal exposição de razões pode esclarecer determinados pontos e, assim, influenciar os juízes a mudar de opinião. Ou seja, a pressão colegiada pode induzir o juiz, consciente ou inconscientemente, a conformar seu entendimento àquele que seus colegas entendem como minimamente aceitável.[89] Os autores chegam à conclusão de que as possíveis vantagens proporcionadas pela deliberação superam seus eventuais riscos: a ignorância a respeito de justificações úteis é mais prejudicial do que a exposição a falsas ideias ou argumentos, assim como a indicação de eventuais erros e restrições compensa a eventual supressão de argumentos originais e criativos, porém inaceitáveis perante a comunidade.[90]

Além do dever de os deliberadores assimilarem, implícita ou explicitamente, as diferentes opiniões apresentadas, devem realizar um exercício de imaginação e empatia quanto aos pontos de vista não expressos diretamente na discussão porque ausentes seus emissores, igualmente sujeitos ao resultado da deliberação. Também devem estar preparados para

---

[86] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43.

[87] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *op. cit.*, 2009, p. 43.

[88] MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2005, p. 24

[89] "Deliberation could affect the behavior of any given judge in at least three different ways. First, a judge may become more fully aware of the range of rationales for one or another possible result and, in some cases, more fully aware of possible results; in this sense her judgement set will have been expanded by deliberation. Second, deliberation may convince a judge that there are good reasons to change her mind. (…) Third, the communal pressures of deliberation may induce in a given judge a conscious or unconscious impulse to conform her judgment to a range of results that her colleagues treat as acceptable". (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. Unpacking the Court. *The Yale Law Journal*, 96, 1, 1986, p. 101).

[90] "Thus, if we favor deliberation as a means of improving group judgement, it must be because we assume that its judgment-enhancing aspects outweigh its judgment-impairing features. Our reasons may include the view that ignorance of useful ideas or arguments is a greater hazard to the capacity of reflective individuals to form correct judgments than exposure to false ideas or arguments, or the view that the deliberative process will do more good in exposing obvious errors and restraining mad acts than harm in suppressing novelty". (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. *op. cit.*, 1986, p. 102).

responder a todos os contra-argumentos eventualmente levantados,[91] sem olvidar o impacto futuro da sua decisão na esfera pública, visto que o processo deliberativo é um *continuum* marcado por circularidade, uma sequência interativa de comunicação política incessante a longo prazo.[92]

Pode-se, então, dizer que o processo deliberativo enriquece o processo argumentativo em quatro perspectivas: epistêmica, comunitária, psicológica e educacional. Do ponto de vista epistêmico, a deliberação esclarece as questões em jogo e maximiza as informações disponíveis aos julgadores, permitindo o alcance da melhor resposta possível. Além disso, proporciona o desenvolvimento coletivo de soluções criativas e, consequentemente, uma decisão tanto quanto possível superior. Ainda que não se chegue a um consenso, ao menos serão elucidadas as divergências.[93]

Sob a perspectiva comunitária, a deliberação incentiva o consenso – ou pelo menos desestimula o dissenso –, angaria legitimidade social e aprofunda um sentimento comunitário. No entanto, deve-se encontrar um equilíbrio para que a busca por um consenso não danifique a própria integridade da deliberação. Psicologicamente o processo deliberativo encoraja nos deliberadores e naqueles sobre os quais os efeitos da deliberação incidem um sentimento de respeito. Além disso, tem caráter educacional ao proporcionar maior *know-how* e habilidades deliberativas aos ministros, além de permitir seu maior conhecimento a respeito do objeto da causa.[94] Enquanto as duas primeiras premissas impactam a qualidade da decisão, as vantagens das duas últimas incidem sobre os agentes envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de imparcial, o Poder Judiciário não é uma instituição de tomada de decisões neutra, isto é, imune a influências externas e internas. Cortes Constitucionais são influenciadas por um contexto institucional externo, que inclui não apenas a opinião pública e o cálculo da atuação dos demais poderes, como também pressões de tribunais hierarquicamente inferiores. Além disso, por se tratarem de tribunais colegiados, pressupõem interação e diálogo entre seus

[91] MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2005, p. 24.
[92] "Deliberation is an ongoing process marked by circularity, an iterative sequence of unceasing political communication in the long run. Decision is an event along the way". (MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2005, p. 58).
[93] MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2005, p. 33.
[94] MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, 2005, p. 81.

membros, de modo que aos argumentos geralmente atribuídos para legitimá-las deve ser adicionada uma perspectiva interna de análise.

Para que se justifique a revisão judicial de atos legislativos, o diálogo intrainstitucional dos membros de uma Corte deve se pautar por um ideal de deliberação, caracterizado por um ambiente de respeito mútuo, empatia e igualdade. Apesar de prescindirem do alcance de um consenso, os membros de um tribunal colegiado devem empreender um processo de persuasão capaz de reproduzir, ao final, uma voz o mais institucional possível. Além disso, devem ter em mente que o processo deliberativo é composto por sucessivas rodadas interpretativas, de modo que, além de argumentarem entre si, devem dialogar circularmente com os demais participantes presentes em seu desenho institucional.

Ainda que os benefícios da deliberação não sejam inequívocos e a interação entre juízes apresente riscos à qualidade da decisão tomada, conclui-se que o compartilhamento de uma cultura e ética deliberativa é capaz de potencializar os benefícios da deliberação e contribuir para a justificação da revisão de atos legislativos por juízes não eleitos democraticamente.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. As razões sem voto. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, 2015.

BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences*: A perspective on judicial behavior. Princeton University Press: New Jersey, 2006.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*: the Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Presidencialismo de coalizão e administração pública. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro*: organização do estado e dos poderes. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. *Direitos Fundamentais e Justiça*, a. 9, n. 32, p. 97-123, jul./set. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Interpretação constitucional: entre dinâmica e integridade. *Revista Sequência*, n. 72, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19, 2016.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

EDWARDS, Harry. T. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pensilvania Law Review*, 151, 5, 2003.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. *Texas Law Review*, 82, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993.

_____. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005.

GILLMAN, Howard. The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making. In: CLAYTON, C. W.; GILLMAN, H. (Eds.). *Supreme Court Decision-Making*: new institutionalist approaches. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003.

JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito* – UFPR, Curitiba, v. 60, n. 2, maio/ago. 2015.

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, 81, 1, 1993.

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. Unpacking the Court. *The Yale Law Journal*, 96, 1, 1986.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101:113, 2012.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (Org.). *Os clássicos da política*. v. 1. São Paulo: Ática, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

O'DONELL, Guilhermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, n. 44, 1998.

PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, controle de constitucionalidade e direitos fundamentais – o novo centro de concentração do poder político. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 17, n. 17, 2015.

PASQUINO, Pasquale. "Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy." *Ratio Juris*, 11, 1, 1998.

POZEN, David E. The Irony of Judicial Elections. *Columbia Law Review*, v. 108, n. 2, 2008.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes*? Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de Coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 20, n. 20, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009.

SWEET, Alec Stone. *Governing With Judges*: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: Ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Submissão: 15/04/2017
Aceito para Publicação: 11/12/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

ERRO MANIFESTO NA APRECIAÇÃO: REFLEXÕES E PONDERAÇÕES

MANIFEST ERROR OF APPRECIATION: REFLECTIONS AND BALANCING

Felipe Reis Pompeu de Moraes[*]

Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho[**]

RESUMO: O presente artigo abordará uma reflexão acerca do Erro Manifesto em suas principais concepções. Será evidenciado o conceito e o contexto histórico desta subjetividade administrativa originária da França do séc. XX. Posteriormente, serão aduzidos os pressupostos para que ocorra o Erro Manifesto, seus pré-requisitos e circunstâncias necessárias, além das consequências. Cabe destacar um estudo das questões paradigmáticas encontradas neste tema. A partir desta etapa se realizará um paralelo entre princípio da realidade e o Erro Manifesto, bem como seu vínculo entre razoabilidade e proporcionalidade. Compete ainda salientar a existência de alguns elementos existentes no Erro Manifesto, entre os quais a subjetividade e a fungibilidade. Será abordada, ainda, uma análise dos casos e exemplos práticos ocorridos no Direito Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Erro Manifesto na Apreciação. Princípios. Subjetividade. Fungibilidade. Casos práticos.

ABSTRACT: *This article addresses a reflection on the Manifest Error with a focus on its main conceptions. It will be evidenced the concept and the historical context of the administrative subjectivity originating in France in the XX century. The assumptions for the occurrence of the Manifest Error, its prerequisites, necessary circumstances, and its consequences. It is worth highlighting a study of the paradigmatic issues found in this theme. From this stage, a parallel was made between the principle of reality and the Manifest Error, as well as its link between reasonableness and proportionality. It is also worth emphasizing an existence of some elements existing in the Manifest Error, among which are subjectivity and fungibility. This article also analyzed case studies and examples of events inside International Law.*

KEYWORDS: *Manifest Error of Appreciation. Principles. Subjectivity. Fungibility. Practical Cases.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Conceituação do Erro Manifesto na Apreciação. 2 A Evolução do Erro Manifesto na Apreciação. 3 Controle Mínimo, Normal e Máximo. 4 A Ocorrência do Erro Manifesto, seus Pressupostos, Circunstâncias e Consequências. 5 Questões Paradigmáticas no Estudo do Erro Manifesto. 5.1 O Princípio da Realidade no Erro Manifesto. 5.2 Relação Entre Erro Manifesto, Razoabilidade e Proporcionalidade. 5.3 A Repercussão do Erro Manifesto no Brasil. 5.4 Subjetividade e Fungibilidade do Erro Manifesto. 6 Estudo de Casos e Exemplos Práticos. 6.1 Os Casos Gamel e Arrêt Larrange: Exemplos de Controle Normal. 6.2 Outras Decisões do Conselho de Estado Francês sobre Erro Manifesto para Melhor Compreensão. 6.3 O Erro Manifesto no Tribunal da Corte Europeia. 6.3.1 O Caso WWF: A relação Entre a Recusa pela Transparência e o Erro Manifesto de Apreciação. 6.3.2 O Caso KLM – AIR FRANCE: A Falha do Órgão Regulador na Verificação da Concentração de Mercado da Aviação Civil Também Pode Instrumentalizar Erro Manifesto em Apreciação. 6.3.3 Erro Manifesto Instrumentalizando Discricionariedade, Conceito Jurídico Indeterminado, Liberdade de Conformação e Apreciatividade. 7 Críticas ao Erro Manifesto. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar a concepção do Erro Manifesto na Apreciação, enquanto técnica de controle das subjetividades públicas[1]. A referida técnica se consubstancia em um ato exteriorizado pelo agente público, com um erro manifestadamente

[*] Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), Rio de Janeiro.

[**] Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), Rio de Janeiro. Professora Adjunta vinculada ao Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda da Universidade Federal Fluminense (UFF), Rio de Janeiro.

[1] Sobre as formas de subjetividades públicas, vide SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

grosseiro e passível de verificação por qualquer cidadão. Para tanto será feita a conceituação e a historicidade do Erro Manifesto, demonstrando, concomitantemente, a fronteira, às vezes tênue, entre um ato arbitrário (eivado de Erro Manifesto) e a subjetividade pública propriamente dita, indispensável aos atos administrativos que conferem algum grau de liberdade a agente.

Em seguida, serão expostos os pressupostos que ensejam a ocorrência do erro manifesto, bem como suas circunstâncias e as consequências práticas da aplicação desta técnica de controle às várias subjetividades da Administração.

A relação entre o Erro Manifesto e o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade dos meios aos fins também será explicitada no presente artigo, assim como o princípio da realidade. Conforme será visto, o conceito dos dois últimos princípios, inclusive, em muito se assemelha com a definição de Erro Manifesto propriamente dito.

Adiante será demonstrada a judicialização de casos reais envolvendo o Erro Manifesto[2]. A intervenção judicial acaba revelando algumas fragilidades entre as quais a subjetividade e a fungibilidade do Erro Manifesto, que serão também verificados no presente artigo. Algo considerado grosseiro e evidente para uns não é necessariamente arbitrário para outros, conforme será explicitado em item próprio.

A definição das modalidades de controle sobre o Erro Manifesto (Controle Mínimo, Normal e Máximo) será devidamente retratada para a compreensão dos casos estudados. Será demonstrado, ainda, o funcionamento do Erro Manifesto nas quatro subjetividades administrativas existentes (liberdade em conformação, conceitos jurídicos indeterminados, apreciatividade e discricionariedade). Por último, serão expostas críticas à aplicação do Erro Manifesto na atualidade, especialmente pela análise da doutrina francesa.

A metodologia de trabalho a ser utilizada recairá sobre a realidade documental, por meio da pesquisa em fontes bibliográficas da doutrina nacional e estrangeira, bem como de análise jurisprudencial. Tendo em vista a origem histórica da técnica aqui estuda, será enfatizada a jurisprudência francesa sobre o Erro Manifesto. Também serão analisados casos do Conselho

[2] Serão trabalhados, especificamente os casos Gâmel e do Arrêt larrange do Conselho de Estado Francês. O primeiro foi um exemplo de arresto em que foi qualificada uma Praça em Paris como um lugar de perspectiva monumental. O segundo trata de uma decisão relativa à questão de igualdade de emprego. Ambos visam demonstrar a possibilidade de um controle sobre a qualificação dos fatos equivocados, ampliando o tradicional controle restrito dos fatos equivocados. Após a exposição destes dois casos contidos pelo Tribunal Administrativo Francês serão expostos outros dois casos de Erro Manifesto contidos, desta vez, pela Corte Europeia. O primeiro pela recusa de determinado órgão administrativo em disponibilizar à WWF uma determinada documentação e o segundo pela arbitrariedade de se permitir a fusão de duas empresas de aviação civil europeias, evidenciando a concentração de mercados.

de Estado Francês e casos envolvendo a União Europeia, que demonstram a ampliação da técnica para além das fronteiras originais, bem como casos nacionais que indiquem a recepção da técnica no ordenamento brasileiro.

1 CONCEITUAÇÃO DO ERRO MANIFESTO NA APRECIAÇÃO

A técnica do Erro Manifesto é o reconhecimento de um ato administrativo defeituoso, consistente em fatos ou em qualificações de fatos flagrantemente incorretos. Em outras palavras, são erros evidentes e perceptíveis "ao olho nu". Uma vez verificados, são passiveis de anulação pelo controle jurisdicional. O erro é grave, grosseiro e tão evidente que poderia ser desvendado por qualquer um[3].

O clássico exemplo de erro manifesto de apreciação é a convocação do segundo colocado de um processo licitatório, em preterição ao licitante vencedor[4]. O erro manifesto é flagrante para qualquer cidadão. Todos seriam capazes de verificar o desrespeito à regra classificatória inobservada. Uma vez verificada a existência de um Erro Manifesto, a Administração Pública não poderia se valer da clássica resposta: a alegação de "oportunidade" e "conveniência" na convocação, que nesta hipótese é ilegal, daquele que não poderia ser considerado vencedor; qualificações que se enquadrariam na subjetividade administrativa de convocar aquele mais conveniente[5].

Importante destacar, nesse diapasão, a fronteira entre a arbitrariedade de um ato eivado de Erro Manifesto e a discricionariedade administrativa propriamente dita. Embora o exemplo de Erro Manifesto acima seja inquestionável, caso o desrespeito à ordem de chamada em um processo licitatório não fosse, de fato, uma ilegalidade propriamente dita ou apenas uma prática recriminável, o mesmo ato estaria, agora, na fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Paolo Lazara[6], no entanto, salienta não haver possibilidade de alegação de discricionariedade administrativa como resposta da convocação de um licitante não vencedor.

[3] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003, p. 252.
[4] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003, p.250
[5] Cf. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003, p. 250.
[6] LAZZARA, Paolo. *Autorità independenti e discrezionalità técnica*. Padova: Cedam, 2001, p. 301

O autor alega que, embora haja algum grau de autonomia por parte do agente público, não haveria margem de escolha em questões como esta, mas apenas a execução da lei.

Sob esse prisma, o erro manifesto diminui o espaço da subjetividade administrativa. Agora o servidor encontra-se ainda mais vinculado a uma interpretação restritiva da lei. Isso, porém, não significa dizer que é possível um juiz anular um ato administrativo simplesmente inoportuno. O magistrado deve, prudentemente, analisar todas as particularidades do caso concreto antes de intervir, sob pena de invasão da esfera legítima de decisão do Administrador[7].

2 A EVOLUÇÃO DO ERRO MANIFESTO NA APRECIAÇÃO

O Erro Manifesto teve papel fundamental na jurisdição administrativa francesa. Neste sentido, o Conselho de Estado Francês passou, ainda no séc. XX, a identificar e a absorver a competência de reprimir, além de anular, os atos maculados de desvio de poder. Em outras palavras, o Tribunal Administrativo Francês era responsável por dirimir questões relativas ao Erro Manifesto e a Teoria do Balanço (custos e vantagens).

O controle da discricionariedade no Direito Francês é bastante rigoroso e se instrumentaliza através do controle dos motivos de direito e das razões de fato[8].

Segundo Miguel Sánchez Morón, o controle do Erro Manifesto está relacionado com a motivação do ato administrativo. A ausente ou a insuficiente motivação do ato é considerada um vício de forma que não exime o juiz de indagar os motivos reais do ato. Nestes casos o juiz pode substituir os motivos do ato discricionário, substituindo aqueles motivos por outros

[7] Cf. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003, p. 250-251.

[8] Segundo Miguel Sánchez Morón, o sistema administrativo contém algumas carências e problemas, entre os quais o atraso do controle jurisdicional em conter as arbitrariedades. No entanto, reconhece-se que o Direito Francês, via regulamentação vem de forma permanente adaptando as demandas sociais existentes. A jurisprudência do Conselho de Estado oscila na busca de um equilíbrio entre os polos de interesse opostos sem potencializar ativismos. Quando a questão é fronteiriça, estando a decisão no limite da legalidade e da oportunidade, a doutrina reconhece sem grandes embates que o juiz administrativo francês tem a função política e, portanto, a competência para alterar a base do sistema administrativo, demarcando a questão, ainda que seja difícil, às vezes, precisar este limite entre a legalidade e a oportunidade. Cf. SÁNCHES MORÓN, Miguel. *Discricionalidad Administrativa y control judicial*. Madri: Ciencias jurídicas, Tecnos, 1994, p. 38-42.

distintos, apreciando e determinando, portanto, sua legalidade[9]. Esse raciocínio ocorreu nos casos Arret Vally em 1942 e no caso Salvest em 1950[10].

No entanto, ressalta-se que o uso da técnica de contenção das subjetividades administrativas sempre foi restrito, pois os tribunais podiam conter, apenas, os Erros Manifestos e os atos que desrespeitassem a Teoria de Custos e Vantagens. A evolução da noção de que erros não necessariamente manifestos devem, também, se submeter ao controle jurisdicional acabou se tornando uma realidade *a posteriori*.

Em 1973 o Conselho de Estado aumentou o grau de intervenção, embora ainda sob a modalidade restrita, naquilo que se referia às publicações estrangeiras e, portanto, relativas à polícia administrativa, algo impassível de controle judicial, mas que ganhou notoriedade com a decisão de 02 de novembro de 1973 de Lbrarie François Mespero (Req 82.590). A referida decisão reverbera uma disseminação do controle restrito pelo Conselho de Estado, tendo como pano de fundo o risco de violação das liberdades fundamentais[11].

O ano de 1975 é também emblemático nessa cronologia, pois o Conselho de Estado passou a controlar as apreciações relativas às ameaças da ordem pública, especificadamente dos estrangeiros de origem não comunitária em solo francês, conforme decisão de 03 de fevereiro de 1975 proferida pelo ministro do interior Pardov. Intervenção judicial impensável, tendo em vista a matéria em discussão[12].

Em 1978 surge o controle das sanções disciplinares, onde é possível verificar a ascensão da intervenção judicial nas mais abrangentes matérias. Nesta decisão, o comissário Bruno Genevois alegou que "a recusa de exercer qualquer controle não estava em harmonia com a evolução geral do controle do Estado"[13].

A regra geral do Erro Manifesto ainda se materializa com a decisão do Arrêt Intituit technique de Dunkerrque de 25 de Abril de 1980. Os fatos nessa decisão eram materialmente

[9] SÁNCHES MORÓN, Miguel. *Discricionalidad Administrativa y control judicial*. Madri: Ciencias jurídicas, Tecnos, 1994, p. 43.
[10] SÁNCHES MORÓN, Miguel. *Discricionalidad Administrativa y control judicial*. Madri: Ciencias jurídicas, Tecnos, 1994, p. 43.
[11] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p.603-604.
[12] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 604.
[13] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p.603-604.

errôneos e, portanto, configurou um Erro de Direito viciado de um desvio de poder[14].

3 CONTROLE MÍNIMO, NORMAL E MÁXIMO

Hoje, o Conselho de Estado Francês e os Tribunais em geral permitem o controle do ato administrativo em três diferentes graus: o controle da materialidade dos fatos, o da qualificação dos fatos e o da adequação da decisão aos fatos, isto é, o Tribunal Administrativo permite o controle mínimo, normal e máximo respectivamente. Exemplos como a apreciação do mérito de um agente público em uma promoção de aptidão profissional e as sanções disciplinares em que o grau de coerção teria sido excessivo corroboram a hipótese de existência de Erro Manifesto em outros graus, além do mínimo.

O último grau de controle do ato administrativo é também conhecido como controle máximo. O mesmo se instrumentaliza em atos que envolvem medidas restritivas da liberdade pública e se fundamenta no poder de polícia.[15] O Erro Manifesto é comumente contido sob a modalidade de Controle Mínimo, ou seja, se instrumentaliza apenas no controle material de fatos notoriamente arbitrários[16]. No entanto, ressalta-se que o Erro Manifesto também pode ser reprimido através do Controle Normal e o do Controle Máximo[17].

O tribunal administrativo francês exercia, inicialmente, apenas o controle acerca da materialidade dos fatos manifestadamente equivocados (Controle Mínimo). Posteriormente, o Tribunal passou a adotar a modalidade de controle normal e máximo do Erro Manifesto. O controle Normal qualifica os atos considerados errôneos e no Controle Máximo se faz uma valoração feita pela administração em relação aos fatos e circunstâncias que motivaram a decisão equivocada, utilizando ainda custos de vantagens para verificar proporcionalidade da decisão.

[14] SÁNCHES MORÓN, Miguel. *Discricionalidad Administrativa y control judicial*. Madri: Ciencias jurídicas, Tecnos, 1994, p. 42.
[15] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas: 2012, p. 181
[16] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas: 2012, p. 181.
[17] Di Pietro cita como exemplo do Erro Manifesto na modalidade de controle máximo sua utilização no poder de policia, que deve ter como base a proporcionalidade em sua aplicação (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas: 2012, p 109).

Embora o Erro Manifesto seja reprimido via Controle Mínimo, é importante demonstrar a existência do Controle Máximo e do Controle Normal. Segundo René Chapus[18], "o controle normal é exercido sobre as decisões que admitam controle da qualificação jurídica dos fatos - outras, que não o admitam, são submetidas ao controle restrito".

A evolução do Erro Manifesto, como técnica de controle de subjetividade administrativa, portanto, permitiu novos controles e mecanismos de contenção das arbitrariedades administrativas. Nesse raciocínio e segundo Morrand Deviller, a evolução do controle mínimo se mostrou necessária, pois a discricionariedade exige doses de imprecisão administrativa, às vezes arbitrárias[19].

Sob o ponto de vista tradicional do Conselho de Estado Francês, se admitia erros e imprecisões administrativas, desde que não se consubstanciassem em Erros grosseiros ao cidadão comum e desde que enquadrados no Controle Mínimo. Neste raciocínio, e nas palavras de Jacqueline Morand Deviller,

> o erro manifesto é grave, grosseiro e tão evidente que poderia ser desvendado por qualquer um. Dispor de poder discricionário não autoriza a administração a fazer qualquer coisa. O erro de apreciação é tolerado pelo juiz, o erro manifesto é censurado[20].

É de extrema relevância o estudo do Erro Manifesto de apreciação e de sua origem, pois com o seu surgimento as atuações administrativas passam a ser vinculadas aos pressupostos do ato, aos de direito e aos de fato. O erro manifesto de apreciação passa a se evidenciar como uma técnica, fundamental, de contenção das subjetividades administrativas[21]. A existência destes três graus de controle dos fatos no Erro Manifesto garante uma limitação da discricionariedade administrativa, tornando-a não absoluta, coibindo abusos[22].

Conforme já mencionado, o controle máximo é aquele de adequação da decisão aos fatos. Trata-se de um controle excepcional, pois o juiz nesse caso aprecia se o fato justifica aquela medida administrativa, bem como se dentre as medidas possíveis aquela tomada foi a

[18] CHAPUS *apud* PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 231.
[19] DEVOLVÈ *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas: 2012, p. 190
[20] DÉVILLER, Jacqueline Morand. *Droit administrative*. 7. ed., Paris: Montchrcstien, 2001, p. 264.
[21] SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 244-245.
[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas: 2012, p. 183.

mais adequada. É preciso que tal circunstância seja excepcional, pois o princípio da legalidade é afastado pela administração para atender um determinado interesse público. Por esta razão, ocorre a excepcionalidade já que a jurisdição administrativa aprecia se tais medidas foram de fato necessárias para a finalidade almejada. Exemplos relacionados ao poder de polícia restritivo de liberdade pública são os mais utilizados, pois nestes é possível verificar a aplicação da proporcionalidade dos meios aos fins[23].

Embora se tenha relatado a extensão do alcance do controle do Erro Manifesto, a questão não é pacífica na doutrina francesa, ainda que se não se questione que a aplicação do referido controle restrito não ultrapasse os limites do princípio da legalidade e da interdição da arbitrariedade. A mesma unanimidade doutrinária não se diz da proporcionalidade e da teoria do balanço dos custos e benefícios, pois neste caso poderia haver controle sobre a oportunidade administrativa e o juiz sobreporia suas apreciações subjetivas na decisão administrativa ou estaria situada nos limites da oportunidade. Por isso é necessária a cautela do Conselho de Estado em manejar as técnicas de controle da qualificação dos fatos[24].

Segundo Eduardo Jordão, embora o controle restrito ou mínimo tenha sido criado para garantir mais intervenção dos tribunais de questões anteriormente inobservadas, a tentativa dos comissários e juízes era demonstrar e convencer de que quanto maior e mais amplo o controle judicial melhor a sociedade estaria resguardada. Neste raciocínio, atualmente quase todas as questões passam pelo controle judicial, exceto hipóteses raras[25].

4 A OCORRÊNCIA DO ERRO MANIFESTO, SEUS PRESSUPOSTOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS

Nas palavras de André Saddy, a consideração do Erro Manifesto ocorre quando:

> (...) não respeita a avaliação dos pressupostos concretos de sua atuação, isto é, o juízo de valor sobre as circunstâncias concretas do caso para o efeito de concluir se estas justificam ou não uma atuação administrativa, ou seja, se a atuação é ou não é

[23] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas: 2012, p. 183.
[24] Cf. SÁNCHES MORÓN, Miguel. *Discricionalidad Administrativa y control judicial*. Madri: Ciencias jurídicas, Tecnos, 1994, p. 38-39
[25] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 605.

> plausível. O que se controla é a apreciação realizada pela Administração, a congruência ou a coerência lógica da decisão adotada com a realidade existente[26].

Mostra-se necessário observar a premissa de que o Erro Manifesto decorre, impreterivelmente, de um pressuposto fático, em circunstâncias excepcionais e visa a controlar as mais diversas decisões tomadas pelo agente público dotado de algum poder decisório.

A lembrança é fundamental, pois com a evolução do direito administrativo francês, a decisão Administrativa passa a estar sujeita não apenas a inexistência desse pressuposto fático, mas também ao entendimento do Erro Manifesto como um erro de direito, um desvio de poder sujeito ao controle jurisdicional e a anulação de seus efeitos.

Trata-se, portanto, segundo René Chapus, de uma espécie de controle restrito que a própria Administração Pública, autora do ato administrativo, se submete. O termo controle restrito utilizado pelo jurista francês é bastante claro e oportuno[27].

O Erro Manifesto precisa ser grosseiro e evidente para que se extraia condições anulatórias da apreciação ocorrida naqueles casos concretos, violando a lógica e o sentido comum[28]. Morrand Deviller salienta que o fato incorreto ocorre, apenas, nos casos concretos, utilizando como exemplo a convocação do segundo colocado na classificação de um processo licitatório. A desobediência estatal em não convocar o primeiro colocado configura, incontestavelmente, um Erro Manifesto.

5 QUESTÕES PARADIGMÁTICAS NO ESTUDO DO ERRO MANIFESTO

Alguns pontos, devido a sua relevância para a criação de um quadro coeso sobre o Erro Manifesto, merecem ser apreciados separadamente.

[26] SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 245.
[27] CHAPUS *apud* PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 252-253.
[28] CHAPUS *Apud* PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 231, 252-253.



5.1 O Princípio da Realidade no Erro Manifesto

A Administração não poderia, jamais, agir de forma ilógica, incoerente, desproporcional. Diogo de Figueiredo Moreira Neto utiliza-se de dois princípios para o controle do atuar administrativo: o princípio da realidade e o princípio da razoabilidade. Descrevê-los é fundamental para um entendimento mais profundo acerca do Erro Manifesto.

O princípio da realidade se relaciona "à disciplina da convivência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros"[29]. Os fatos não necessariamente ocorrem, mas a questão central consiste no fato de que o Direito não comporta fantasias. A irrealidade não é permitida na fundamentação do ato administrativo eivado de Erro Manifesto, bem como não pode ser o objetivo deste mesmo ato discricionário arbitrário. Portanto, o Direito Público, satisfazendo o interesse público e anulando os atos com Erro Manifesto, tem, "na inveracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade"[30]. Uma vez demonstrado no ato administrativo o inexistente, o equívoco e a imprecisão ficam incontestáveis a não satisfação do interesse público. Destaca-se ainda que, a discricionariedade administrativa precisa atender às condições objetivas de cumprimento efetivo, em relação a seu destino e finalidade. Especificadamente, a discricionariedade e o sistema administrativo não podem conter decisões utópicas e inatingíveis, sob pena de arbitrariedade. O atendimento ao princípio da realidade, portanto, se mostra um instrumento eficaz e impeditivo à concretização do Erro Manifesto.

O não cumprimento deste princípio acarreta danos importantes à Administração Pública, entre os quais a desmoralização do sistema e da ordem jurídica. A vulgarização do não cumprimento de ordens administrativas dotadas de poder de polícia pode comprometer, ainda mais, a credibilidade dos atos discricionários. A discricionariedade do ato administrativo não pode considerar algo possível e existente de algo, verdadeiramente, inexistente e, portanto, nulo. O mesmo se manifesta nos atos dotados de erro manifesto[31].

[29] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.
[30] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.
[31] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

Vale ressaltar, apenas, que Diogo de Figueiredo ao expor os dois elementos da discricionariedade (oportunidade e conveniência), aplicando-os ao princípio da realidade e da razoabilidade, o mesmo acabou não se atentando ao fato de que o tema abarca um "raciocínio muito mais amplo"[32]. Embora sejam os principais elementos do ato administrativo e sejam fundamentais por indagarem o objeto e o motivo daquele ato, existiriam, também, outros elementos relacionados à discricionariedade[33]

É importante destacar que embora as técnicas de contenção da subjetividade administrativa, entre as quais o Erro Manifesto na Apreciação, restrinjam as subjetividades administrativas, elas não exaurem o tema[34].

Não se deve confundir subjetividade administrativa com arbitrariedade de algumas decisões; para estas, segundo André Saddy, deve haver um controle judicial mais intenso possível. Não existe comportamento da Administração imune ao controle judicial[35].

5.2 Relação entre Erro Manifesto e Razoabilidade

A configuração do Erro Manifesto se assemelha a ausência de razoabilidade[36]. Há uma relação intrínseca entre a razoabilidade e o Erro Manifesto. Para que não ocorra Erro Manifesto é necessário um prévio questionamento das circunstancias fáticas anteriores àquela decisão a ser tomada pelo servidor para que a decisão seja plausível, razoável e, assim, imune à restrição jurisdicional. Portanto, quando ocorre Erro Manifesto não se obedeceu à razoabilidade.

Segundo Maria Sylvia de Pietro, a questão merece destaque no Direito Francês, tendo em vista que se aplica de forma peculiar o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, que seria um dos aspectos da razoabilidade[37]. Partindo do pressuposto de que o conceito de

---

[32]SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 30.
[33]SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 30.
[34]SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 273.
[35]SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.273.
[36] "É *razoável* que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum aos valores vigentes em dado momento ou lugar." (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215).
[37] Vale destacar que a rigor não se deve confundir razoabilidade com proporcionalidade, conforme destaca André Saddy: "A razoabilidade é cumprida caso, satisfatoriamente, sejam atendidos os interesses públicos. Este princípio

razoabilidade e a teoria do erro manifesto de alguma forma se confundem, falar sobre esse subprincípio da proporcionalidade (adequação meios e fins) é bastante relevante. Segue o posicionamento de Maria Sylvia de Pietro que comprova esse raciocínio:

> (...) a mudança paradigmática do Conselho de Estado Francês que, tradicionalmente, se declarava impedido para analisar a questão do ato de punição. A partir de certa data passou a apreciar o erro manifesto, utilizando doutrina relativa à questão muito semelhante ao conceito de proporcionalidade dos meios aos fins, uns dos aspectos do princípio da razoabilidade[38].

Sendo assim, a proporcionalidade também se associa à teoria do Erro Manifesto, pois "permite a jurisdição administrativa apreciar os atos administrativos eivados de erro que podem ser facilmente constatados sem a necessidade de conhecimento técnico sobre a matéria"[39]. É possível demonstrar a grande semelhança entre o principio da proporcionalidade e o erro manifesto no momento em que o magistrado aprecia a graduação de sanções disciplinares aplicadas pela administração[40].

Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende a razoabilidade e o Erro Manifesto como limites do poder discricionário. Sustenta ainda que,

> a razoabilidade, agindo como um limite à discrição na avaliação dos motivos exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo que o ato esteja de acordo com sua finalidade pública específica, agindo também como um limite à discrição na escolha do objeto, de acordo com sua finalidade[41].

---

demanda que a discricionariedade e a apreciatividade sejam adequados, compatíveis, necessários e proporcionais, atendendo, assim, a finalidade pública. A razoabilidade exclui aquelas decisões irrazoáveis e admite uma série de opções. No entanto, a razoabilidade se distingue da proporcionalidade em seu aspecto positivo e negativo, visto que a proporcionalidade na discricionariedade e na apreciatividade deve respeitar três máximas: adequação, idoneidade ou congruência. Em outras palavras a proporcionalidade exige que as medidas sejam aptas para alcançar os objetivos pretendidos. A proporcionalidade atende a determinados critérios, entre os quais a necessidade, exigibilidade e a interdição de medidas excessivas, impondo a verificação "de meios menos gravosos para se alcançar os fins esperados" (SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016 pp 164-169)

[38] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 182.

[39] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 282.

[40] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 182.

[41] MOREIRA NETO *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 193.

A razoabilidade, portanto, se aproxima do controle máximo do erro manifesto, tendo em vista que a lei outorga poderes discricionários à administração que em um caso concreto encontre a melhor decisão, atendendo o interesse público[42].

O controle no Erro Manifesto na Apreciação se consubstancia na existência material dos fatos que a doutrina denomina controle mínimo ou controle restrito. Há, ainda, uma segunda modalidade de controle denominado controle normal que incide sobre a qualificação dos fatos errôneos. Nesta hipótese se verifica a proporcionalidade da medida administrativa através do balanço (bilan) entre os custos e benefícios da decisão. Nestes casos, se utiliza valoração judicial cujos critérios não são, estritamente, jurídicos.

5.3 A Repercussão do Erro Manifesto no Brasil

Desde a origem do Erro Manifesto, o Direito Francês obrigava o juiz administrativo a conceder prazo razoável para que o ato eivado de erro fosse corrigido pelo respectivo tribunal administrativo antes de sua judicialização.

O clássico exemplo de um primeiro colocado em processo licitatório que teve a sua ordem classificatória desrespeitada inúmeras vezes acaba chegando ao Judiciário. A parte lesada goza de direito líquido e certo de ser convocada, nos termos das previsões expressas na Lei 8666/93 e no próprio edital em que participou[43].

O genérico caso concretizou-se na apreciação do Superior Tribunal de Justiça ao Recurso Especial de nº 299.834-RJ. O ministro, relator, Humberto Gomes de Barros, atentamente, e observando a possível efetivação de um Erro Manifesto de Apreciação com a convocação de um licitante não vitorioso, ofendendo os ditames legais, impediu a concretização

---

[42] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 193.

[43] Seção IV. Do Procedimento e Julgamento. Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: §2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o **licitante vencedor**; Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. §1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que **será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço**;

desta arbitrariedade. Nas palavras do ministro, a sentença teria limitado a desconstituir o ato administrativo com vícios de legalidade, conforme se verifica:

> Administrativo. Licitação. Ementa - Ato praticado por sociedade de economia mista, em licitação pública expõe-se a Mandado de Segurança. - É que a incidência do Art. 267, VI do CPC, pressupõe o reconhecimento de que o pedido enfrenta impossibilidade. Sem a demonstração de tal pressuposto, não há como declarar-se extinto o processo. **A licitação limita-se em gerar um direito de preferência em favor do concorrente vitorioso (grifo nosso)**. A Administração pode deixar de realizar o negócio prometido aos licitantes, indenizando o vitorioso, se for o caso. Ela fica, entretanto, proibida de contratar o negócio com outra pessoa que não seja o vitorioso – titular de impostergável preferência. - Acórdão que, louvando-se na prova dos autos, defere Mandado de Segurança considerando demonstrada a ofensa a direito líquido e certo. Não pode o STJ, em recurso especial, declarar que tal concessão magoou o Art. 1º da Lei 1.533/51. - O Art. 18 da Lei 1.533/51 não é ofendido quando se elege como termo inicial para decadência do direito ao Mandado de Segurança, a data em que o impetrante tomou conhecimento da irregularidade. – Impossível o conhecimento do recurso especial, se a demonstração de supostas ofensas à Lei 8.666/93, requer profundo exame no texto do edital. REsp 299.834-RJ. (RSTJ, vol. 156, p. 83). Acordão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente dos recursos e, na parte conhecida, negou-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 6 de novembro de 2001 (data do julgamento). Ministro José Delgado, Presidente Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator DJ 25.2.2002.

É possível perceber, conforme a ementa do Recurso Especial 299.834-RJ, que a ofensa ao direito de preferencia em favor do corrente vitorioso configura Erro Manifesto passível de intervenção judicial. Especificadamente, a Administração Pública não pode contratar negócio com um licitante não vencedor, sob o argumento de oportunidade e conveniência.

5.4 Subjetividade e Fungibilidade do Erro Manifesto

Chegada a essa etapa de discussão, é possível perceber que, muito embora sejam inquestionáveis e unânimes alguns erros manifestos, existiria, sempre, alguma margem de discussão daquilo que seria grosseiro para uns e não necessariamente tão evidente para outros. A própria noção de Erro Manifesto consiste em um conceito jurídico indeterminado, suscitando uma questão interpretativa[44]. Nas palavras de GRAU, "também não se pode responder de modo satisfatório onde começa e onde acaba o caráter manifesto do Erro"[45].

[44] GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 154-155.
[45] GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 160.

Com a subjetividade do Erro Manifesto, surge, portanto, o primeiro questionamento. Onde o erro manifesto começa e onde termina? Qual seria o limite daquilo considerado evidente? O Erro Manifesto gera, inevitavelmente, lacunas e contradições jurisprudenciais. Um dos motivos seria o seu alto teor de imprecisão e indeterminação no caso concreto.

6 ESTUDO DE CASOS E EXEMPLOS PRÁTICOS

Tendo em vista o panorama teórico montado até aqui, parte-se agora para uma perspectiva de análise empírica, considerando que alguns pontos do estudo do Erro Manifesto podem ser melhor abordados e esmiuçados na prática.

6.1 Os Casos Gamel e Arrêt Larrange: Exemplos de Controle Normal

O Conselho de Estado de Frances exerce o controle sobre a existência material dos fatos determinantes da decisão, exemplificada pelo "Arret Gamel" de 1914. Trata-se de um exemplo em que o Conselho de Estado verificou a existência ou a exatidão dos fatos em que a decisão administrativa se fundava, em que se discutia um caso de arresto em que se qualificou uma Praça em Paris como um lugar de perspectiva monumental. Não havia, ainda, a previsão de qualificação ou valoração jurídica sobre o caso concreto até então[46].

Explicando melhor o caso Gamel, Maria Sylvia Di Pietro elucida que,

> (...) tratava-se da aplicação de uma norma urbanística, segundo a qual o construtor de uma casa antes de começar a obra, devia se submeter-se a certas prescrições ditadas, entre outros fins, para a conservação das perspectivas monumentais. A questão colocada consistia, pois, em saber se a Praça Beauvau de Paris constituía ou não uma perspectiva monumental. O conselho de Estado estimou que se cuidasse de uma questão submetida ao seu controle, porque condicionada à aplicação da lei, por isso, tendo constatado que a Praça Beauvau não forma uma perspectiva monumental, anulou a denegação da licença de construir[47].

Diante desse caso, de forma didática Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta a possibilidade do erro manifesto na modalidade de controle normal e máximo. Diz a autora:

[46] SÁNCHES MORÓN, Miguel. *Discricionalidad Administrativa y control judicial*. Madri: Ciencias jurídicas, Tecnos, 1994, p. 44.
[47] FIGUEIRA JUNIOR, Marcus Vinicius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 51-52.

> "O terceiro tipo de controle- controle máximo – é o que verifica a adequação da decisão aos fatos. Esse controle se exerce em hipóteses limitadas, em que o juiz aprecia, não apenas se o fato justifica uma medida por parte da Administração, mas também, dentre as medidas possíveis, julga-se foi tomada a mais adequada. Isso ocorre especialmente no caso de medidas de polícia restritiva das liberdades públicas; o juiz verifica se a medida adotada era a mais adequada às circunstancias de fato. O mesmo ocorre em relação à teoria das circunstancias excepcionais, que aceita a possibilidade de a administração afastar-se do princípio da legalidade diante de uma situação anormal e exorbitante, na medida em que isto seja necessário para atender ao interesse público. Cabe, nesse caso, a jurisdição administrativa apreciar-se as medidas adotadas eram realmente necessárias para atingir a finalidade pretendida, o que o Conselho de Estado faz é verificar a aplicação do princípio da proporcionalidade dos meios aos fins" [48].

Embora seja decisão paradigmática, o mesmo não é exercido em todas as hipóteses, pois o juiz pode se recusar a analisar questões com qualificações jurídicas. Tais hipóteses ocorrem, geralmente, em decisões administrativas técnicas. Maria Sylvia utiliza como exemplo a definição da natureza tóxica de um produto ou da qualidade de um vinho por órgão especializado[49].

A relevância da decisão ora analisada é enorme, pois a partir do caso surgiram inúmeros outros arrestos sob a mesma perspectiva. O mesmo Conselho de Estado, hoje, examina noções imprecisas e qualificação de fatos, entre os quais a de um perigo para saúde pública e a ruptura do equilíbrio biológico. O tribunal se considerou competente para controlar, além da materialidade dos fatos, suas qualificações.

A segunda decisão relevante escolhida aqui é caso Arrêt Larrange de 15 de fevereiro de 1961. Trata-se de uma decisão do Conselho de Estado Francês relativa a litígio sobre igualdade no emprego que abriu precedente para o controle jurisdicional das arbitrariedades administrativas, e, possibilitou o controle sobre o erro manifesto na apreciação pelo servidor.

Sobre o caso Larrange de 1961, ressalta a doutrina que "A decisão permitiu que o conselho de Estado submetesse as decisões administrativas relativa a equivalência de funções exercidas por agentes públicos a algum controle administrativo"[50]. Antes desta intervenção, a

[48]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 109.
[49] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 109
[50] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 603.

questão era vista como uma discricionariedade administrativa impassível de intervenção judicial, por não se tratarem de um erro manifesto evidente[51].

O tribunal, mais uma vez, submeteu o ato administrativo a uma qualificação material de fatos concretos e necessariamente errôneos. Em outras palavras, o ato passou a depender de uma avaliação dos pressupostos concretos (juízo de valor sobre as circunstâncias concretas do caso) para o efeito de concluir se eles justificam uma atuação da Administração[52].

6.2 Outras Decisões do Conselho de Estado Francês sobre Erro Manifesto para Melhor Compreensão

Em decisão de 09 de Junho de 1978, o tribunal administrativo francês rejeitou o recurso interposto contra uma determinada sanção disciplinar de demissão de um servidor por falta grave, sob a alegação de que a mesma não se enquadraria em uma questão de Erro Manifesto. No mês seguinte, o tribunal administrativo anulou uma sanção disciplinar de exoneração do servidor, alegando que se suas faltas de fato justificassem uma sanção disciplinar como esta, a mesma não poderia estar legalmente embasada sem a utilização da teoria do Erro Manifesto de Apreciação[53].

Em decisão de 1971 o Conselho de Estado Francês entendeu que não pode haver ato desapropriatório sob a alegação de utilidade pública se os custos financeiros forem, demasiadamente, elevados ou se os inconvenientes da ordem social forem expressivos para aquele interesse que motivou a referida desapropriação. O direito francês utilizou a razoabilidade no momento em que se exterioriza o ato administrativo, no sentido de que o referido ato não pode ser essencialmente discricionário, bem como não está totalmente vinculado à lei[54].

[51] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 603.
[52]SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 245.
[53] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 182.
[54]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 183

Os dois exemplos descritos foram importantes para delimitar a diferença entre a qualificação dos fatos de adequação da decisão aos fatos, controle normal e máximo respectivamente.

> O Conselho de Estado Francês considerou que a qualificação jurídica dos fatos deve ser controlada toda vez que constitua condição de legalidade da ação administrativa, em situações em que os direitos dos administrados sejam desrespeitados por uma qualificação jurídica dos fatos arbitrária ou fantasiosa[55].

Antônio Francisco de Souza utiliza um exemplo de aplicação de uma sanção disciplinar bastante propício ao entendimento da questão.

> se os fatos alegados efetivamente foram praticados pelo funcionário, deve-se examinar se caracterizam uma falta disciplinar e se justificam uma sanção. Este seria o controle da qualificação dos fatos. A sindicabilidade da adequação de uma decisão aos fatos, após a verificação da existência da falta disciplinar, consistiria em verificar se a sanção imposta foi a mais adequada[56]

Nesta comprovação de ascensão da intervenção judicial é possível verificar exemplos no direito francês e italiano de perda da força do controle restrito ou mínimo e a ascensão do controle normal. Cabendo inclusive demonstrar que o controle mínimo francês vem sofrendo "um ritual de passagem"[57] em direção ao controle normal.

O controle mínimo, exemplificado pelo Arrêt Larrange, foi perdendo força para o controle normal, demonstrando a natureza transitória desta modalidade de controle e intervenção judicial. A natureza transitória acima descrita por uma decisão de 1976 do Conselho de Estado Francês que transferiu as decisões dos inspetores do trabalho relativa as demissões dos assalariados protegidos de uma empresa privada, antes adstritas ao contencioso administrativo[58].

O exemplo das interdições de publicações estrangeiras, até então considerado uma intervenção de modalidade restrita, foi conduzido para o controle normal no caso "Association

---

[55] SICCA, Gerson dos Santos. *O Controle jurisdicional da Administração Pública e os conceitos indeterminados: elementos para a redefinição da vinculação administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2000, p. 55. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/78181/177934.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 jul. 2017.

[56] SOUZA, Antônio Francisco de. Os "Conceitos Legais Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 166, out./dez. 1986, p. 276-291.

[57] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 612.

[58] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 613.

Ekin" de 1997. A decisão garantiu a equivalência das funções públicas. Um segundo exemplo que comprova essa transição é o exemplo do Larrange, hoje submetido ao controle normal[59].

Os exemplos demonstram, assim, "uma ampliação e intensificação do controle restrito"[60], bem como a morte do controle restrito[61]. Segundo o comissário de Governo Terry Olson, essas alegações teriam um elemento político de natureza disciplinar muito presente na nova realidade francesa, explicando as intervenções judiciais acerca da organização do serviço administrativo, das políticas sancionatórias por exemplo[62]. Segundo Oslon o controle restrito estaria como um modelo restrito estaria como um modelo intermediário entre a ausência de controle e o controle deferente[63].

6.3 O Erro Manifesto no Tribunal da Corte Europeia

6.3.1 O Caso WWF: A Relação entre a Recusa pela Transparência e o Erro Manifesto de Apreciação

Primeiramente é importante destacar a dificuldade de uma Corte de Justiça que, necessariamente, precisa respeitar limites relativos à soberania nacional de todos o países integrantes da Comunidade Europeia, mas ao mesmo tempo exercer o controle jurisdicional das subjetividades administrativas arbitrárias, entre as quais, o Erro Manifesto de apreciação.

O controle jurisdicional, neste sentido, não visa substituir o julgamento de cada tribunal administrativo, agente do erro. Seu objetivo é limitá-lo e cobrar, através de razões precisas, os motivos que fizerem com que aquele ato administrativo eivado de erro manifesto fosse revisto.

O exemplo de interferência jurisdicional para reprimir um ato eivado de Erro Manifesto de Apreciação se refere ao litigio entre a Organização não Governamental WWF e o Conselho Europeu. A organização, atuante em questões ambientais, solicitou ao Conselho determinados

[59] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 613.
[60] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 613.
[61] Um ritual de passagem que o controle restrito se submeteu.
[62] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 614.
[63] JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 615.

documentos relativos ao comercio internacional, especificadamente as negociações da União Europeia com a Organização Mundial do Comércio. Eram documentos de Estado e minutas anteriores aos acordos de livre comércio.

O conselho se recusou a entregá-los, alegando ofensa ao Art. 4 do Regulamento 1.049/2001[64]. Em resumo o mesmo salientou que a entrega destes documentos prejudicaria os interesses comerciais da União Europeia bem como prejudicariam as relações com outros Estados.

A recusa na liberação desses documentos e a decisão da corte pela o adiamento e remissão para o Conselho competente caracteriza Erro Manifesto de Apreciação.

Decisão similar foi a recusa de uma universidade (Kuiker) em entregar a um aluno um relatório de direitos humanos relativos ao CIREIA (Grupo de países que trocam informações sobre asilo político de cidadãos). O conselho chancelou a decisão de que o acesso a essas informações prejudicariam as relações entre Estados. A corte geral reverteu à decisão do Conselho por entender não haver motivos para recusa ao acesso desses relatórios ao leitor. O conteúdo relativo a direitos humanos era geral e não específico a cerca de informações públicas. Conteúdo que não feriria as relações entre Estados[65].

Neste sentido, é possível aduzir que o servidor que se recusa a entregar ou a liberar parte de documentos que garantem transparência as instituições está cometendo erro manifesto. Ou seja, a ofensa ao princípio da transparência pode configurar Erro manifesto a ser revisto pelo controle jurisdicional. Partes de documentos que podem ser liberadas e se recusadas pelo servidor podem consubstanciar erro manifesto e uma ilegalidade, principalmente se o interesse público fundamenta o acesso.

É possível fazer um paralelo entre o princípio da transparência e o Erro Manifesto. Em palavras mais específicas a falta de transparência e a recusa de um servidor público em disponibilizar documentos que podem ser disponibilizados ao público podem instrumentalizar Erro Manifestos em Apreciação[66].

---

[64] "Article 4 are framed in mandatory terms and it follows that the institutions are obligled to refuse acess to documents falling any one of those mandatory exceptions once the relevant circunstances are shown to exist. Those exceptions are therefore different from the exceptions relating to the interest of the institutitions in maintaning the confidentialy of their deliberations a laid down in article 4" (FICHER, Elizabeth; LANGE, Betina; SCOTFORD, Eloise. *Enviromental Law Text, Cases and Materials*. Oxoford: Oxford Press, 2013, p. 166).

[65] FICHER, Elizabeth; LANGE, Betina; SCOTFORD, Eloise. *Enviromental Law Text, Cases and Materials*. Oxoford: Oxford Press, 2013, p. 166-167.

[66] FICHER, Elizabeth; LANGE, Betina; SCOTFORD, Eloise. *Enviromental Law Text, Cases and Materials*. Oxoford: Oxford Press, 2013, p. 166-167.



6.3.2 O Caso KLM – AIR FRANCE: A Falha do Órgão Regulador na Verificação da Concentração de Mercado da Aviação Civil Também Pode Instrumentalizar Erro Manifesto em Apreciação

O Erro Manifesto de Apreciação ocorreu, reiteradamente, no processo de fusão das companhias aéreas KLM e AIR FRANCE. O órgão competente[67] acabou compactuando com a concentração de mercado de aviação civil, enfraquecendo o direito da livre concorrência e o Direito do consumidor em optar por empresas diferentes.

A comissão que analisou a fusão das duas empresas teria falhado ao detectar que as rotas das duas empresas não se sobrepunham, aumentando a concentração dos voos existentes nos aeroportos europeus. Em segundo lugar o órgão não teria observado a dominação de mercado de compra de serviços aeroportuários. Em terceiro lugar não se levou em consideração o fato de que os aeroportos Charles de Goule e Orly eram substituíveis.

O quarto Erro Manifesto teria ocorrido com a não observância dos efeitos da competitividade, caso a fusão não se concretizasse. Por último, os servidores do órgão administrativo que autoriza a fusão de empresas europeias acabaram acatando alguns compromissos firmados pela empresa aérea que dificultaria a concentração de mercado e garantiria a livre concorrência. Compromissos considerados insuficientes pelos autores para cessar todas as incertezas provocadas com a fusão[68].

6.3.3 Erro Manifesto, Instrumentalizando Discricionariedade, Conceito Jurídico Indeterminado, Liberdade de Conformação e Apreciatividade[69]

Por fim, vale buscar verificar a incidência da técnica do Erro Manifesto nas distintas formas de subjetividades públicas, por meio de uma análise indutiva de casos.

Nos casos antes analisados, a primeira questão é se o Erro Manifesto do órgão regulador que permitiu a fusão das duas empresas (KLM e AIR-FRANCE) e a recusa do órgão

[67] O órgão executivo competente é denominado Comissão Europeia.
[68] ZENO-ZENCOVICH, Vicenzo; COLANGELO, Margheita. *Introduction to European Union transport law*. Roma: Universitá Degli Studi Roma, 2016, p. 274-276.
[69] No presente artigo será utilizada a classificação proposta por André Saddy, que divide as subjetividades públicas em liberdade de configuração ou conformação, discricionariedade, margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e a apreciatividade (vide SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014).

competente em disponibilizar documentação à WWF podem, necessariamente, ser interpretados como um erro grosseiro indiscutivelmente. O segundo ponto é se os dois órgãos em análise cometem Erro Manifesto, uma vez comprovada à inexistência de legislação que estipule em suas normas técnicas, critérios exatos para disponibilização de documentos de Estado ou critérios simplificados que tornem as referidas subjetividades existentes no Erro Manifesto algo incontroverso e objetivo.

No primeiro exemplo, caso WWF, havia alguma autonomia interpretativa para que o referido órgão não disponibilizasse "os documentos de Estado" (conceito jurídico indeterminado). Assim, nesse caso a técnica de controle estaria incidindo sobre a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. No segundo exemplo, havia a discricionariedade para que o órgão competente permitisse ou não a fusão das duas empresas.

Há uma grande dificuldade de responsabilização destes dois órgãos (órgão que não permitiu a fusão e o órgão que não liberou os documentos) e dos agentes públicos que neles trabalham. Em primeiro lugar pela futura alegação culposa, decorrente de uma obrigação de meio (em função da ausência de critérios exatos)[70] em segundo lugar uma evidente imprevisibilidade das consequências daquela conduta, no caso da fusão das empresas aéreas. É nítida a impossibilidade de se prever um Erro Manifesto em condições pouco claras, inexistindo, portanto, o próprio Erro Manifesto, quando incontroversa a existência de algum nível de liberdade de conformação anterior ao erro manifesto e partindo do pressuposto de que existem erros manifestos não tão evidentes.

A negativa de disponibilização da documentação de interesse da WWF pelo órgão competente se respalda em um regulamento com conceitos jurídicos indeterminados ("questões de Estado"). O termo "questões de Estado" pode ser interpretado como um conceito jurídico indeterminado, demandando uma maior interpretação subjetiva e valorativa em caso de intervenção judicial. No segundo exemplo o Erro Manifesto no caso decorreu da discricionariedade do órgão em optar pela permissão ou não da fusão das duas empresas, demandando uma menor interpretação subjetiva e valorativa em caso de interpretação judicial.

Um exemplo de Erro Manifesto na liberdade em conformação pode ser verificado no caso das ordens executórias do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, relativas à

[70] A obrigação é de meio quando o devedor não se responsabiliza por aquele resultado e se obriga apenas a empregar todos os meios ao seu alcance para consegui-lo. Se não alcançar o resultado, mas for diligente nos meios, o devedor não será considerado inadimplente.

permanência de refugiados e imigrantes de sete países muçulmanos, cuja população é considerada "perigosa" e uma "ameaça terrorista" aos cidadãos americanos, segundo o presidente[71].

A ordem executiva pode ser considerada um ato administrativo eivado de Erro Manifesto, tendo em vista que não se demonstrou a relação entre a ameaça terrorista e a generalidade dos e cidadãos do Iraque, Síria, Sudão, Líbia, Somália e Iêmen. Além do mais, há nessas ordens executivas um caráter discriminatório, o que as torna passíveis de intervenção judicial sob a modalidade de controle Normal (qualificação de fatos grosseiros e equivocados)[72].

No caso de decisões apreciativas, a técnica de controle em estudo pode ser utilizada sempre que a "atividade mental, que conduz o agente a decidir algo materializado em um processo justificatório"[73] indicar a existência de um Erro Manifesto de Apreciação.

7 CRÍTICAS AO ERRO MANIFESTO

Com o passar do tempo a própria doutrina francesa convalidou novas formas de contenção administrativa, revogando a concepção de controle restrito, especificadamente o controle seletivo via Erro Manifesto e Teoria de Custos e Vantagens. A evolução da noção de que erros não necessariamente manifestos devem, também, se submeter ao controle jurisdicional se tornou uma realidade.

A adoção do entendimento de que outros erros, às vezes pouco evidentes, também merecem intervenção e contenção judicial foi encampada por juristas como Eros Grau[74]. O mesmo defende a adoção de um controle Pleno, utilizando críticas bastante firmes acerca da

[71] AGÊNCIA BRASIL. Justiça barra parte de ordem de Trump que restringe entrada de imigrantes. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-01/justica-barra-parte-de-ordem-de-trump-que-restringe-entrada-de>. Acesso em: 15 mar. 2017.

[72] AGÊNCIA BRASIL. Justiça barra parte de ordem de Trump que restringe entrada de imigrantes. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-01/justica-barra-parte-de-ordem-de-trump-que-restringe-entrada-de>. Acesso em 15 mar. 2017.

[73] SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 290.

[74] Segundo Erros Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, qualquer Erro é ilegal (manifesto ou não). Por isso o entendimento de que o Erro Manifesto não poderia ser o único condicionante fático de anulação do ato administrativo. A jurisprudência brasileira ao adotar o controle de Pleno, convalida outras hipóteses e outros erros passíveis de anulação (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 160)

subjetividade do Erro Manifesto, conforme será visto adiante. Segundo o Controle Pleno, outros erros, às vezes bastante encobertos, também são passiveis de anulação e de intervenção pelo Poder Judiciário[75].

Antes de adentrar a finitude do controle mínimo jurisdicional no Brasil, é importante contextualizar, novamente, a origem do Erro Manifesto. A evolução cronológica temporal foi inevitável, bem como o entendimento de que erros menos gravosos também deveriam ser controlados pela atividade jurisdicional.

Segundo Eros Grau, no Brasil não há controle mínimo ou a possibilidade de se anular, exclusivamente, os Erros Manifestos. A jurisprudência do país também invalida casos mais brandos de erro de apreciação, e, portanto, o controle no Brasil é Pleno, embora a adoção do Controle Pleno não anule a existência do Erro Manifesto sob a modalidade de controle mínimo.

Segundo o ex-ministro

> (...) ao limitar-se o controle jurisdicional ao 'erro manifesto', coloca-se à margem desse controle o 'erro não manifesto; é certo, porém, que tanto o 'erro manifesto' quanto o 'erro não manifesto' são ilegais e devem ser controlados e corrigidos. jurisdicionalmente; a tolerância do erro, manifesto não manifesto, se não concedida pela lei. não pode ser concedida pelo juiz; ademais, também não se pode responder de modo satisfatório onde começa e onde acaba o caráter manifesto do erro[76].

Já segundo Michel Fromont, a inovação jurisprudencial administrativa relativa ao Erro Manifesto não conseguiu resolver as necessidades práticas em casos conceituais, utilizando como exemplo "a crise grave de habitação". A mesma constitui uma situação de fato, bem como uma situação jurídica[77].

Tal crítica explica o raciocínio de André Laubadère em defender a ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos, propondo que o controle se desse pelo poder vinculado e não pelo controle da discricionariedade administrativa. O autor aduz que os tribunais não deveriam se limitar a utilizar técnicas de controle dos fatos, via razoabilidade, ou técnicas como a do erro manifesto[78].

De forma divergente, Roger Bonnard salienta que a discricionariedade é um poder ilimitado e, portanto, é oposto ao poder vinculado. Para o referido autor não haveria a

[75] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.160.
[76] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.160.
[77] FROMONT *apud* FIGUEIRA JUNIOR, Marcus Vinicius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 53.
[78] LAUBADÈRE *apud* FIGUEIRA JUNIOR, Marcus Vinicius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55-56.

possibilidade de limitar, pois limitando-a, a competência discricionária deixa de existir para que surja a competência vinculada[79].

CONCLUSÃO

Por meio deste artigo foi possível conceituar o Erro Manifesto, com base em jurisprudência administrativa e judicial em casos inquestionáveis, bem como demonstrar sua fronteira com a discricionariedade calcada na oportunidade e na conveniência. Em seguida, procedeu-se às críticas ao Erro Manifesto sob a modalidade de controle mínimo acerca da materialidade dos fatos, destacando-se o controle normal e máximo em que se encontra o Erro Manifesto, excepcionalmente (qualificação dos fatos e adequação dos fatos àquela decisão).

Verificou-se também a semelhança da técnica estudada com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como se destacou o princípio da realidade como impeditivo à configuração do Erro Manifesto. Em seguida, se buscou exemplos emblemáticos de Erro Manifesto, demonstrando-se a fungibilidade e subjetividade desta técnica de contenção das discricionariedades administrativas.

Ainda com o uso da metodologia indutiva, buscou-se enquadrar o Erro Manifesto nas quatro subjetividades administrativas, sendo feita a reflexão de que a técnica na liberdade de conformação e no conceito jurídico indeterminado se desenvolvia de forma mais abstrata. Enquanto na discricionariedade a mesma se mostrava objetivada e dificilmente instrumentalizaria sob a forma excludente de se desenvolver.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Justiça barra parte de ordem de Trump que restringe entrada de imigrantes. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-01/justica-barra-parte-de-ordem-de-trump-que-restringe-entrada-de>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

[79] BONARD *Apud* FIGUEIRA JUNIOR, Marcus Vinicius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55-56.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

DÉVILLER, Jacqueline Morand. *Droit administrative*. 7. ed. Paris: Montchrcstien, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FICHER, Elizabeth; LANGE, Betina; SCOTFORD, Eloise. *Enviromental Law Text, Cases and Materials*. Oxoford: Oxford Press, 2013.

FIGUEIRA JUNIOR, Marcus Vinicius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1981.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

LAZZARA, Paolo. *Autorità independenti e discrezionalità técnica*. Padova: Cedam, 2001.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 06 de out. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45827/45109. Acesso em: 20 dez. 2016.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SÁNCHES MORÓN, Miguel. *Discricionalidad Administrativa y control judicial*. Madri: Ciencias jurídicas, Tecnos, 1994.

SICCA, Gerson dos Santos. *O Controle jurisdicional da Administração Pública e os conceitos indeterminados*: elementos para a redefinição da vinculação administrativa. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/78181/177934.pdf?sequence=1&isAllowed=y.>. Acesso em 20 de dez. 2016.

SOUZA, Antônio Francisco de. Os "Conceitos Legais Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986.

RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. *Revista do Legislativo*, Brasília, Abril, 2009.

ZENO-ZENCOVICH, Vicenzo; COLANGELO, Margheita. *Introduction to European Union transport law*. 2. ed. Roma: Universitá Degli Studi Roma, 2016.

Submissão: 28/04/2017
Aceito para Publicação: 06/12/2017



Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

A IMPORTÂNCIA DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA NA FORMAÇÃO DO BACHAREL EM DIREITO: ANÁLISE DO CURSO PRÉ-VESTIBULAR PAULO FREIRE

THE IMPORTANCE OF EDUCATIONAL OUTREACH PROGRAMS TO THE TRAINING OF LLB STUDENTS: ANALYSIS OF THE UNIVERSITY ADMISSION TESTS' PREP-COURSE PAULO FREIRE

Rosendo Freitas de Amorim*

Isabelly Cysne Augusto Maia**

Júlia d'Alge Mont'Alverne Barreto***

RESUMO: A extensão universitária, inobstante sua importância na formação profissional, não é devidamente valorizada no curso de Direito, que se preocupa eminentemente com a formação técnica dos graduandos. A extensão, entretanto, vem ganhando maior importância, como por meio do novo Plano Nacional de Educação, o qual estabeleceu que no mínimo 10% (dez por cento) do total de créditos curriculares da graduação seja integralizado mediante participação em projetos de extensão universitária. Diante dessa revalorização, o presente artigo analisou o Curso Pré-Vestibular Paulo Freire, programa de extensão da Universidade Federal do Ceará, e avaliou sua contribuição na formação de um profissional mais consciente, compassivo e atento às necessidades sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Extensão. Bacharel em Direito. Curso Pré-Vestibular Paulo Freire.

ABSTRACT: *Despite their evident importance to professional training, educational outreach programs are not properly appreciated in Law schools, which are ultimately focused on the undergraduates' technical training. However, this type of program has received increasing attention, as proven by the new National Plan for Education, which establishes a minimum of 10% (ten percent) of the total number of credit hours of the course curriculum to be completed with the student's participation in educational outreach programs. Prompted by such revaluation, this article has analyzed the university admission tests' prep-course Paulo Freire, part of the Federal University of Ceará's educational outreach program, and assessed its contribution to the training of a more conscious and compassionate professional that is also sensitive to social needs.*

KEYWORDS: *Educational Outreach. LLB. University Admission Tests' Prep-Course Paulo Freire.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Importância da Extensão Universitária para a Adequada Formação do Bacharel em Direito. 2 Apresentação do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire. 3 A Contribuição do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire na Formação Pedagógica do Graduando em Direito. Conclusão. Referências.

* Doutor e Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Editor Chefe da Revista DOCEntes, Revista de Educação.

** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

*** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o ensino superior no Brasil, notadamente na seara jurídica, é baseado no modelo tradicional focado no ensino, limitando o curso de graduação à sala de aula, sem qualquer fomento à pesquisa e à extensão universitária como meios de aprendizagem e formação profissional tão relevante quanto o ensino.

Essa lógica tradicional do ensino jurídico brasileiro acaba por desconsiderar o contexto social que circunda os alunos, fazendo, muitas vezes, com que saiam da universidade com muito conteúdo aprendido e pouca responsabilidade social. Atualmente, a universidade funciona muito mais como preparação para o mercado de trabalho do que para a vida e o exercício da cidadania.

Esse, talvez, seja um dos principais aspectos que leve as universidades, de maneira geral, a focarem seus cursos de bacharelado no método tradicional de ensino, ignorando a importância da pesquisa e da extensão: a pressa por conquistar o mercado de trabalho e os conhecimentos técnicos exigidos por ele em detrimento da compreensão das lutas e necessidades sociais.

Ressalte-se que essa realidade pode ser ainda mais grave quando se trata do curso de direito, uma vez que o egresso, quando no exercício da vida profissional, independente do cargo ou função que ocupe, estará em constante contato com as tensões e os conflitos sociais, cabendo a ele compreender a realidade da qual faz parte, sendo insuficiente, para a solução de um caso, o conteúdo técnico aprendido durante os anos de faculdade.

Além disso, historicamente o curso de direito é integrado pela elite brasileira, uma vez que em seu surgimento objetivava atender às necessidades políticas e administrativas da elite local, de forma que os bacharéis, em regra advinham dos núcleos familiares mais abastados. Conforme afirma Mozart Linhares Silva em estudo sobre as origens dos cursos de direito, "o bacharel, unindo-se ao sacerdote e ao militar formariam (..) os que constituíram a elite pensante do país" (SILVA, 2001, p. 351). Logo, a "autonomização relativa do campo jurídico em relação aos outros campos de poder e, em especial, ao campo da política em sentido estrito passou pela progressiva burocratização da justiça estatal" (ALMEIDA, 2010, p. 179), uma vez que em seus primórdios, os estudantes de direito advinham das famílias politicamente influentes. Atualmente, o acesso aos cursos jurídicos encontra-se mais democratizado, sobretudo após a implantação do sistema de cotas raciais e econômicas nas Universidades Públicas e Institutos

Federais, política regulamentados pela Lei n° Lei nº 12.711/2012[1]. De qualquer modo, o Direito ainda é um curso que possui certo *status* perante os demais, tanto que os integrantes do Poder Judiciário são tratados pela comunidade como autoridades.

Por essa razão, cada vez mais se questiona a necessidade da extensão universitária na formação do bacharel em direito e a cobrança de que as universidades incentivem a prática da extensão, seja mediante a oferta de bolsas, seja mediante a elaboração de projetos de extensão, não só para que o estudante tenha esta experiência durante sua graduação, mas também para que saia da universidade mais consciente de seu papel de possível transformador da realidade social.

Nesse sentido, a fim de verificar a contribuição da extensão na formação acadêmica do bacharel em Direito, tomou-se como objeto de estudo o Curso Pré-Vestibular Paulo Freire da Universidade Federal do Ceará. A presente pesquisa deu-se, portanto, mediante análise bibliográfica e pesquisa de campo. A pesquisa de campo consistiu na aplicação de um questionário composto de sete perguntas, das quais algumas eram objetivas e deveriam ser respondidas com "sim" ou "não", e outras exigiam que os entrevistados desenvolvessem pequenos textos de até 3 (três) linhas. As referidas perguntas foram destinadas aos professores do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire. A análise dos dados deu-se de forma qualitativa.

Aplicou-se, ainda, entrevista estruturada à atual presidente do projeto de extensão, com o fito de conhecer maiores detalhes da organização do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire. Os questionamentos foram encaminhados ao *e-mail* institucional do curso.

O Curso Pré-Vestibular Paulo Freire surgiu no ano 2000, como projeto de extensão vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Por desenvolver suas atividades no campus da Faculdade de Direito, grande parte dos integrantes do projeto são alunos desse curso. Mais recentemente, entretanto, em razão da ampliação na divulgação das atividades desenvolvidas, graduandos de outras áreas têm passado a compor a organização do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire.

[1] As vagas reservadas às cotas (50% do total de vagas da instituição) serão subdivididas — metade para estudantes de escolas públicas com renda familiar bruta igual ou inferior a um salário mínimo e meio per capita e metade para estudantes de escolas públicas com renda familiar superior a um salário mínimo e meio. Em ambos os casos, também será levado em conta percentual mínimo correspondente ao da soma de pretos, pardos e indígenas no estado, de acordo com o último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/perguntas-frequentes.html>. Acesso em: 07 out. 2017.

O Curso Paulo Freire destina-se ao ensino de disciplinas próprias do Ensino Médio, voltado para alunos que buscam o ingresso no ensino superior, normalmente oriundos de escolas públicas. As aulas são ministradas pelos graduandos da UFC, o que possibilita seu contato com uma realidade muitas vezes distinta da que viveram, viabilizando, assim, a expansão da compreensão sobre as vicissitudes da sociedade.

Atualmente, a UFC não oferta bolsas aos graduandos que compõem o quadro de professores do Curso Paulo Freire, mas a experiência da extensão vem obtendo resultados positivos, o que gera nos estudantes a vontade de participar independente de qualquer retorno financeiro. Esse pode ser, portanto, o ponto chave para o desenvolvimento de uma atividade de extensão universitária: despertar nos graduandos o olhar para a importância da extensão universitária não apenas como espécie de filantropia, mas como instrumento de capacitação profissional e, também, de transformação social.

Diante disso, o presente estudo se dedica a analisar a importância da extensão universitária para a adequada formação do bacharel em direito, considerando sua atuação profissional e o necessário contato com as questões sociais, e a contribuição do Curso Paulo Freire para a formação pedagógica do egresso da faculdade de direito.

A organização do trabalho deu-se da seguinte forma. No primeiro ponto tratamos da importância da extensão universitária na adequada formação do Bacharel em Direito, no segundo tópico abordou-se aspectos da estruturação do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire, os quais foram obtidos mediante a realização de entrevista estruturada aos professores e atual presidente do Curso, com análise qualitativa e quantitativa dos dados obtidos. No terceiro momento, refletiu-se sobre as informações coletadas nas entrevistas aplicadas, evidenciando a contribuição do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire, como extensão universitária, na formação holística do bacharel em Direito.

1 A IMPORTÂNCIA DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA PARA A ADEQUADA FORMAÇÃO DO BACHAREL EM DIREITO

O ensino jurídico brasileiro, ofertado pelas universidades públicas e privadas, ainda está predominantemente baseado no modelo tradicional de aulas expositivas, cujo compromisso consiste unicamente na formação de operadores do direito, utilizando como instrumentos de

aprendizagem as leis e os códigos, restringindo a educação às fontes internas ao próprio direito, desconsiderando a investigação social.

A prática institucional observada atualmente consiste em apenas treinar o aluno, sem o oferecimento de qualquer espécie de pensamento crítico e vínculo com as ciências humanas e sociais, das quais o Direito faz parte, mas, ao longo do tempo, se distanciou. Este isolamento epistemológico revela-se ainda mais prejudicial ao bacharel em Direito na medida em que se constata que a construção do pensamento jurídico brasileiro está diretamente vinculada às tensões sociais que marcam a história do país (SÁ, 2012, p. 54).

Acredita-se que grande parcela desse distanciamento do Direito das tensões sociais se deve ao fato de que, historicamente, o corpo jurídico brasileiro é composto pela elite, que representa a intelectualidade do país. O Tribunal de Relação da Bahia, instituído em 1609, marca o início da atividade do Poder Judiciário no Brasil. Seus magistrados, importantes figuras da burocracia imperial portuguesa, recebiam altos salários, benefícios financeiros e isenção de impostos, além de que qualquer agressão a eles era punida com morte e qualquer espécie de calúnia, com pena de exílio (SCHWARTZ, 1973, p. 173).

As regalias concedidas aos magistrados reforçavam sua posição na elite, inclusive porque, para ter acesso ao ensino superior, era necessário que os integrantes da elite colonial viajassem à Europa para a realização de seus estudos, notadamente no que diz respeito à formação jurídica. Além disso, Lima (1995, p. 177) destaca a ligação dos magistrados com o rei, enquanto "representantes fiéis" de sua autoridade, vez que atitudes que desafiassem o rei ou colocassem em dúvida a estratégia da metrópole não eram toleradas. Em troca, a promoção de cargos dependia exclusivamente da vontade real.

A vinculação do ensino jurídico à elite perdura até os dias atuais, ainda que em menor grau do que observado alhures. Prova disso é, por exemplo, a utilização de carros oficiais para pessoas tidas como autoridades, a exemplo de desembargadores e ministros de tribunais superiores, o que revela tratamento diferenciado por parte da sociedade em relação àqueles que exercem a função jurídica, colocando-os como seres superiores e, muitas vezes, inatingíveis.

Essa realidade faz com que os cursos de Direito se limitem a ensinar aos graduandos a técnica, sem adentrar no campo social. Esta limitação, contudo, acaba causando certa deficiência no senso crítico do aluno, que não é convidado a testar o conhecimento teórico apreendido em sala de aula. Neste sentido, Inês Oliveira (2008) fundamentada em Boaventura de Sousa Santos esclarece que a emancipação social do pensamento só é possível por meio da

compreensão da indissociabilidade entre a dimensão epistemológica e a dimensão política da reflexão.

Por essa razão, é necessário ir além da sala de aula nos bacharelados de Direito, a fim de possibilitar que o graduando tenha domínio não só do conteúdo restrito às leis, códigos e doutrinas – mesmo porque "doutrinar" o aluno significa domesticá-lo através de educação hierarquizada –, mas compreenda a realidade que o cerca, com as tensões sociais e as necessidades inerentes a ela. O bacharel em Direito, quando exerce a profissão escolhida, está em permanente contato com conflitos sociais, inclusive ao defender o direito de um cidadão, de modo que precisa assimilar as vicissitudes da sociedade em que vive.

Superada essa premissa, uma das formas de possibilitar o contato do discente com o meio social é a extensão universitária, que viabiliza uma relação horizontal e não hierárquica, quebrando o mito da superioridade do saber e valorizando o saber popular. Há verdadeira troca de conhecimentos em que ambas as partes saem ganhando, com destaque para os interesses da comunidade (COLAÇO, 2006, p. 239-240).

Pelo exposto, observa-se que inicialmente o ensino superior no Brasil, sobretudo o ensino jurídico, não apresentou compromisso com a extensão universitária, uma vez que as universidades surgiram com o propósito de formar profissionais técnicos, aptos a atenderem às novas necessidades do mercado de trabalho (COSTA, 2008, p. 67).

Atualmente, a Constituição de 1988 prevê em seu artigo 207 o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, e o legislador infraconstitucional, por meio do artigo 43, incisos VII e VIII, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n° 9394/96), dispôs que uma das finalidades do ensino superior é empreender a extensão, aberta à participação popular e que aproxime o ensino básico com o ensino superior.

Em 2014, foi aprovado o novo Plano Nacional de Educação por meio da Lei n° 13.005/2014, o qual estabeleceu em sua meta 12.7 que "no mínimo, 10% (dez por cento) do total de créditos curriculares exigidos para a graduação em programas e projetos de extensão universitária, orientando sua ação, prioritariamente, para áreas de grande pertinência social". Percebe-se, portanto, que a extensão universitária tem ganhado relevância nos últimos anos.

E afinal, o que é Extensão Universitária? De acordo com o Plano Nacional de Extensão Universitária, a extensão é definida como:

> O processo educativo, cultural e científico que articula o ensino e a pesquisa de forma indissociável e viabiliza a relação transformadora entre universidade e sociedade. A

> extensão é uma via de mão-dupla, com trânsito assegurado à comunidade acadêmica, que encontrará, na sociedade, a oportunidade de elaboração da práxis de um conhecimento acadêmico. No retorno à universidade, docentes e discentes trarão um aprendizado que, submetido à reflexão teórica, será acrescido àquele conhecimento. Esse fluxo, que estabelece a troca de saberes sistematizados, acadêmico e popular, terá como consequências a produção do conhecimento resultante do confronto com a realidade brasileira e regional, a democratização do conhecimento acadêmico e a participação efetiva da comunidade na atuação da universidade. Além de instrumentalizadora deste processo dialético de teoria/prática, a extensão é um trabalho interdisciplinar que favorece a visão integrada ao social.

Dessa forma, a extensão universitária é caracterizada pelas relações que envolvem docentes e discentes com indivíduos externos ao currículo acadêmico, em meio ao desenvolvimento de atividades educacionais (COSTA, 2008, p. 67). Logo, a extensão pressupõe um planejamento cuja base teórica está vinculada aos ensinamentos técnicos próprios da sala de aula. Por isso é necessário que ensino, pesquisa e extensão caminhem juntos durante o curso universitário, para que efetivamente a universidade produza conhecimento acessível aos mais diversos segmentos da sociedade.

Para a concretização de projetos de extensão universitária, é essencial a habilidade da crítica, dispensando-se a autoridade do argumento, a qual acabou fazendo-se modo único de conhecimento, tão fundamentalista como qualquer religião (DEMO, 2008, p. 51). Nesse sentido, faz-se necessário o desenvolvimento do senso crítico e também da autocrítica para a investigação social e para o desenvolvimento da extensão universitária.

Ao analisar os desafios da educação popular, Frei Betto (*online*, p. 7) diz que "é preciso ter um varal, onde se possa dependurar os conceitos e analisar a realidade", o que traduz a necessidade do estabelecimento de prática pedagógica crítica, capaz de evidenciar a autonomia do estudante como sujeito consciente capaz de refletir e ofertar soluções aos problemas vivenciados, além de estabelecer diálogos para além do ambiente acadêmico (SÁ, 2012, p. 56).

Para chegar a esse fim, é imprescindível estabelecer um diálogo entre aqueles que serão os futuros bacharéis em direito e a comunidade, para que os problemas da sociedade sejam devidamente apurados e compreendidos, pois eles serão pano de fundo da vivência profissional dos bacharéis. Assim, COLAÇO (2006, p. 240) explica que:

> [...] cabe, prioritariamente, à extensão, buscar alternativas que possibilitem o diálogo com a sociedade. Esse diálogo, entretanto, não deve se dar de forma hierárquica, opressora e assistencialista, mantendo a comunidade como mera receptora das "verdades científicas" produzidas na academia. Nos encontros realizados com a comunidade, devemos considerar que as partes envolvidas estão em pé de igualdade, o ambiente deve ser de trocas realizadas com informalidade, buscando uma aproximação dos universitários com a realidade social.

Esse diálogo com a sociedade, necessário durante a formação do bacharel em Direito, a ser fomentado pela extensão universitária, se mantém durante todo o exercício de sua vida profissional, pois é contínuo o contato com conflitos sociais, em maior ou menor grau, a serem solucionados pelo Poder Judiciário.

Independente da função exercida pelo bacharel em Direito, o contato com as tensões sociais ocorrerá, de modo que o máximo de compreensão acerca da realidade social que o circunda que ele possa obter durante sua formação será fundamental para o exercício mais humanizado de sua profissão. No Direito, é essencial preocupar-se com outro e enxergar as pretensões do outro, o que pode ser viabilizado por meio da extensão.

Nessa seara, Roberto Lyra Filho explica que é preciso buscar formas de juridicidade que extrapolam os marcos legais, reconhecendo que o direito não pode se confundir com a lei (LYRA FILHO, 1982, p.13), o que significa dizer que o Direito, para além do ambiente acadêmico, precisa ser assimilado nas ruas, no dia a dia, na vivência da sociedade. Em igual sentido, o jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris aponta a existência de um sistema interno, formado pelos sentimentos, anseios e entendimentos sociais, tão importantes quanto o sistema externo, formado pelas leis e normas; ambos, em conjunto, compõem o ordenamento jurídico[2] (CANARIS, 2012, p. 23).

Para além da necessidade de desenvolvimento da habilidade crítica dos alunos, um programa efetivo de extensão universitária impele que a instituição de ensino tome consciência de si mesma e de seu entorno social, refletindo sobre sua responsabilidade e de sua parcela de culpa nos problemas crônicos da sociedade.

Assim, a extensão universitária funciona como facilitador para que as instituições de ensino exerçam sua responsabilidade social, promovendo articulação entre os diversos setores da instituição e os projetos éticos e de desenvolvimento social equitativo e sustentável. A extensão universitária aliada à concepção da responsabilidade social das universidades faz com que os projetos de extensão sejam percebidos não como atividades meramente filantrópicas, enfatizando a necessidade de as universidades pararem de tratar a "projeção social e extensão universitária como "apêndices" bem intencionados de sua função central de formação estudantil e produção de conhecimentos" (VALLEYS, 2006, p. 36).

[2] Para o jurista, o papel do ordenamento enquanto sistema é o de "traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica" (CANARIS, 2012, p. 23).

A atuação socialmente responsável é também objetivo das instituições de ensino e, nesse sentido, a extensão universitária surge como meio apto a propiciar que a responsabilidade social universitária seja efetivada.

Nesse contexto, François VALLEYS (2006, p. 52) estabelece que uma das metas de uma atuação socialmente responsável da universidade é a educação do estudante como agente de desenvolvimento, contribuindo para a formação de um novo perfil de estudante universitário, qual seja: um aluno preocupado com as injustiças existentes em seu redor, informado, capaz de escutar e trocar ideias, promotor da democracia e consciente de seu papel de cidadão.

Portanto, uma atuação universitária socialmente responsável, aliada a projetos de extensão bem estruturados, permite ao aluno compreender a dimensão das lutas sociais, conhecimento indispensável à formação do bacharel em Direito, mesmo porque os juristas têm sido geralmente nomes destacados na definição de determinados temas relevantes para a sociedade, a exemplo das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a união homoafetiva e o aborto de feto anencéfalo.

Ademais, apenas por meio da extensão é que o Direito, metodologicamente pertencente às ciências humanas, torna-se faticamente pertencente a essa, afinal "por ser uma ciência social aplicada, fica mais acessível ao campo do direito entender que sua formulação teórica é feita a partir de e tendo em vista a realidade social, pois se destina a ela e dela é oriunda" (LYRA FILHO, 2009, p. 22).

Pelo exposto, depreende-se que a extensão universitária é capaz de formar estudantes conscientes, competentes e comprometidos. Comprometidos, sobretudo, com a resolução dos problemas sociais que assolam o seu tempo. A extensão universitária é o instrumento mais adequado para a formação de alunos com essas qualidades, uma vez que os insere no contexto social, dá-lhes consciência de seu papel como agente de desenvolvimento e capazes de enxergar as necessidades do outro. Ademais, a extensão universitária ainda permite que as Instituições de Ensino Superior (IES) realizem sua função social, democratizando o ensino.

Nesse contexto, analisaremos a estrutura, a organização e os objetivos do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire, um dos projetos de Extensão Universitária da Universidade Federal do Ceará.

2 APRESENTAÇÃO DO CURSO PRÉ-VESTIBULAR PAULO FREIRE

Com o fito de obter informações mais precisas e atualizadas acerca da organização do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire, aplicou-se entrevista estruturada à atual presidente do curso, Débora Ximenes. A entrevista consistiu em onze perguntas, as quais foram encaminhadas ao *e-mail* institucional e a análise dos dados obtidos deu-se de forma quantitativa e qualitativa.

O Curso Paulo Freire surgiu em agosto de 2000 e é composto por alunos de diversos cursos da UFC, com predominância dos alunos da Faculdade de Direito. Estes exercem a função de professores no Curso e lecionam aulas voltadas à preparação de alunos que almejam ingressar no ensino superior por meio do vestibular, notadamente através do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), hoje unificado no Brasil.

A grade curricular do Curso é formada pelas disciplinas típicas dos ensinos fundamental e médio, tais como Matemática, Português, Física, Biologia e Química, e a maioria de seus alunos provém de escolas públicas. Além das aulas, o Curso oferece também Laboratório de Redação, com atendimento individualizado, e Laboratório de tira-dúvidas de Química, Física e Matemática, voltados ao fomento da aprendizagem.

A cada ano, um Presidente é eleito para organizar e determinar as diretrizes a serem seguidas pelo Curso e por seus membros. Em regra, ao ser eleito, o Presidente deixa atuar como professor, uma vez que as atividades administrativas são volumosas, ficando difícil conciliar com a sala de aula. O presidente costuma ser um professor que demonstrou grande dedicação e preocupação com o bom funcionamento do curso. Até o ano de 2014, contudo, o Presidente era chamado de Diretor, e somente existiam dois cargos administrativos, quais sejam: o Diretor e o Coordenador de Finanças, todos os demais participantes atuavam na condição de professores.

Atualmente, podem atuar como professores do Curso Pré Vestibular Paulo Freire graduandos de qualquer curso da Universidade Federal do Ceará e de outras Instituições. Recentemente, abriu-se a possibilidade de graduados submeterem-se a seleção para desempenharem a função de professores do Curso.

Em 2014, a então Diretora, Beatriz Nunes, pesquisou a estrutura de outros cursos semelhantes, a exemplo do Centro Educacional Santos Dumont (CASD), promovido pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), e implantou a organização que hoje possui o Curso Paulo Freire. Com a criação do novo modelo de administração, foram feitas seleções para Coordenadores e o Presidente, antigo Diretor, passou a exercer exclusivamente essa função,

sendo auxiliado por Diretores, que eram os antigos Coordenadores, e estes, por sua vez, auxiliados pelos atuais Coordenadores.

No ano de 2016, o Curso ofertou 180 vagas para matrículas, o que significou um aumento de 60 vagas em relação ao ano anterior. O processo de seleção para alunos que almejam o ingresso no ensino superior e, para tanto, buscam o Curso como meio de preparação, ocorre, essencialmente, por meio de três fases: pré-inscrição *online*, análise do critério socioeconômico e da escola de origem (pública ou privada) e, por fim, matrícula presencial. O Curso confere certa prioridade aos alunos de escola pública em função da notória precariedade que atinge a educação pública no Brasil, oferecendo-lhes a oportunidade de ingressar no ensino superior e buscar um futuro mais promissor.

Para ser professor do Curso, o candidato, graduando ou graduado, também se submete a uma seleção composta por três fases: prova escrita, prova oral e entrevista. As seleções são realizadas de acordo com a demanda do Curso, de modo que não há limite estabelecido de tempo para que cada professor permaneça lecionando uma determinada disciplina. A única exigência da organização do Curso é que o professor anuncie com antecedência sua saída, para que se proceda à formação de banca de seleção para escolha de seu substituto.

Para a equipe de administradores, o processo seletivo é diversificado, e consiste em envio de currículo e carta motivacional, além de prova situacional, composta por desafios a serem solucionados pelos candidatos, entrevista e processo *trainee*. Ao todo, a seleção dura aproximadamente 3 meses.

Desde o ano de 2014, a UFC não oferece nenhuma bolsa de incentivo ao Curso, de modo que é cobrada dos alunos a taxa simbólica de vinte e cinco reais, revertida para a manutenção do Curso, principalmente para a confecção do material didático fornecido aos alunos ao longo da preparação para o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Os próprios professores elaboram o material, por meio de pesquisas de textos e questões, e os entregam aos alunos visando à prática voltada à prova do vestibular.

A despeito de não haver nenhuma bolsa disponibilizada pela universidade, o Curso possui em seus quadros, atualmente, 34 professores; destes, 26 são graduandos em Direito, 2 são graduandos em Medicina, 2 são graduandos em Química, 1 graduanda em Letras Espanhol, 1 graduando em Engenharia Elétrica, 1 graduando em Física e 1 graduando em Biologia. Em sua maioria, portanto, os professores pertencem à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Atualmente, não há oferecimento de cursos de prática docente aos professores que compõem o Curso Paulo Freire, apesar de esta ser uma meta para o ano de 2017, conforme relatou a atual Presidente, Débora Ximenes Leite.

Em relação à utilização de metodologias ativas, há incentivo para que os professores se utilizem destas técnicas, a exemplo do Ciclo de Palestras realizado em 2016, durante as férias, ocasião em que foram ouvidos grandes nomes especialistas em diversos temas, tais como Direitos Humanos, Refugiados, Drogas, entre outros. Os alunos foram estimulados a interagir com os palestrantes, questionando e ofertando pontos para debates, de modo que foram colocados no centro do processo.

Em relação aos alunos, em média, 22 são aprovados por ano nos vestibulares, sendo os cursos mais procurados os de Direito, Medicina, Engenharias, Letras e Pedagogia. Apesar de o número parecer pequeno quando comparado à quantidade de vagas ofertadas, é necessário esclarecer que ainda existe um percentual considerável de evasão dos alunos ao longo do ano letivo e que a sua gestão, tal como organizada atualmente, é recente, de forma que apenas durante os últimos dois anos o Curso vem sendo aprimorado em sua estrutura para atender cada vez mais alunos com uma qualidade de ensino cada vez maior.

O Curso proporciona aos seus professores a primeira – ou, em alguns casos, uma das primeiras – experiências com a docência, o que pode fazer surgir a vontade de continuar no magistério após a conclusão da graduação. Assim, é importante averiguar em que medida a extensão universitária promovida pelo Curso Paulo Freire contribui não só para o possível futuro exercício da docência, mas, principalmente, para a formação do bacharel em Direito.

3 A CONTRIBUIÇÃO DO CURSO PRÉ-VESTIBULAR PAULO FREIRE NA FORMAÇÃO PEDAGÓGICA DO GRADUANDO EM DIREITO

Conforme exposto anteriormente, é inegável a importância da extensão universitária na formação acadêmica e a relevância que vem sendo atribuída a essa pelos próprios instrumentos legislativos que regulamentam o ensino superior no Brasil. Os cursos de Direito tendem a priorizar, entretanto, o ensino, deixando o tripé ensino, pesquisa e extensão um tanto quanto desequilibrado.

A exacerbação do ensino, com currículos acadêmicos e ementas extensas, além da adoção do tradicional método de aula expositiva, fazem com que o aluno fique por muitas horas

no interior da sala de aula, recebendo passivamente os conteúdos ministrados pelos professores. Essas práticas contribuem para a formação de um profissional tecnicista e um jurista distanciado das necessidades sociais.

É necessário que os estudantes consigam identificar que o ensino tradicional, centrado na sala de aula é insuficiente para a formação completa e integral do Bacharel em Direito. Conforme alerta BONFIM (1996, p. 81):

> O direito ministrado nos estabelecimentos de ensino é imobilista, e, por isso mesmo, resiste às mutações sociais e econômicas, com estas se conflitando. É evidente seu atraso em relação às ciências em geral e, em particular, às ciências sociais. O programa, os métodos, os manuais adotados nos cursos jurídicos pecam pelo teoricismo, ausência de espírito crítico e inadequação à realidade. Um sistema anacrônico, livresco, afastado do dinamismo da vida moderna, continua ser impingido aos alunos. A relação mestre/aluno, ainda não liberta do modelo antigo, conquanto apresente sinais de melhoria em algumas Faculdades, permanece formal, longe da interação desejada e necessária [...]

A extensão universitária possibilita a aproximação do ensino formal com a realidade social. O Direito, dependendo da classificação, ora é enquadrado nas Ciências Humanas, ora é vinculado às Ciências Sociais Aplicadas, e é justamente por ser uma Ciência Social que exige de seus profissionais "um maior compromisso social atuando como agentes transformadores da realidade cotidiana da população carente, auxiliando-os no resgate da cidadania e da auto-estima, conhecimento e manutenção de seus direitos" (COLAÇO, 2006, p. 237). No Direito, trabalha-se com os homens e suas relações na sociedade e não podemos ficar longe disso.

Ao aproximar o estudante com a realidade, a extensão universitária produz uma alteração metodológica na educação jurídica, humaniza o graduando em direito, torna-o mais consciente dos problemas e deficiências sociais e, ao humanizar o estudante, faz com que ele se coloque mais facilmente no lugar do "outro". O desenvolvimento da habilidade de empatia, de escutar e compartilhar do problema de quem lhe procura, faz do graduando um profissional bem mais completo, capacitado a escutar, compreender e buscar a melhor solução para o problema de seu cliente, tendo sua atuação pautada pela ética e moral social.

O curso Pré-Vestibular Paulo Freire é um projeto de extensão da Universidade Federal do Ceará que contribui significativamente para a humanização dos estudantes que dele participam. Conforme elucida COLAÇO (2006, p. 237):

> A extensão propriamente dita transcende a obrigatoriedade da Prática Jurídica, uma vez que deve ser voluntária e ultrapassar os muros da universidade para alcançar a sociedade. A extensão universitária também tem outra função: a de proporcionar aos

> atuais e futuros profissionais do Direito uma maior sensibilidade e solidariedade com os problemas do "outro", do diferente, do marginalizado, do excluído, levando os operadores e/ou teóricos do Direto a ter um maior contato com o mundo externo, com a sociedade e com a vida humana.

Por ser um projeto da Universidade, os acadêmicos que participam enquanto professores e administradores do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire o fazem voluntariamente, sem qualquer "obrigatoriedade" acadêmica ou contraprestação pecuniária.

Assim, o curso Pré-Vestibular Paulo Freire, enquanto projeto de extensão, promove a construção da consciência de quão importante é a democratização do ensino, afinal, o curso prioriza o atendimento a alunos de escola pública e baixa condição socioeconômica. Ademais, a participação como professor possibilita a troca de experiências, uma vez que os graduandos que atuam como professores advém de vários cursos (Medicina, Química, Física, Biologia, Letras e Engenharia Elétrica), viabilizando a interdisciplinaridade.

Outro fenômeno percebido mediante a análise da composição do curso é o de que alguns dos atuais professores foram alunos de escola pública ou do próprio Curso Paulo Freire e após a aprovação no ensino superior, buscaram atuar como professores na perspectiva de difundir conhecimento e democratizar o acesso à educação. Nesse sentido, a extensão universitária surge como elemento fundamental para a democratização do acesso a conhecimentos, assim como para o redimensionamento da função social da própria universidade.

Dessa feita, o projeto estudado viabiliza, além da humanização do estudante de Direito, o contato com alunos de outros cursos, o convívio com uma parcela da sociedade que não tem acesso à educação de qualidade, a realização de trabalho voluntário e o consequente despertar da importância da educação. O intuito do projeto se coaduna com as ideias de Paulo FREIRE (1997, p.25):

> É preciso que [...] desde os começos do processo, vá ficando cada vez mais claro que, embora diferentes entre si, quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é formado forma-se e forma ao ser formado. É neste sentido que ensinar não é transferir conhecimentos, conteúdos, nem formar é ação pela qual um sujeito criador dá forma, estilo ou alma a um corpo indeciso e acomodado. Não há docência sem discência, as duas se explicam e seus sujeitos, apesar das diferenças que os conotam, não se reduzem à condição de objeto um do outro. Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender.

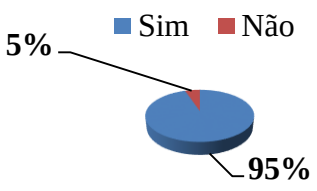
Objetivando perceber a impressão que os professores do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire têm do próprio projeto, da sua função enquanto professores, da contribuição que a extensão universitária e o trabalho voluntário oferecem à sua formação profissional e das suas

experiências acadêmicas anteriores, aplicou-se questionário composto por sete perguntas, em que os entrevistados puderam responder assinalando as alternativas “sim” ou “não” em alguns itens e, nos demais, foi pedido que desenvolvessem pequenas respostas de até 3 (três) linhas.

Foram entrevistados vinte professores do curso e os questionamentos foram os seguintes: Qual o seu curso de graduação?; Antes de se tornar professor do Curso Paulo Freire, você já havia sido monitor(a) ou participado de alguma forma de iniciação à docência?; Como surgiu o interesse em ser professor do Curso Paulo Freire?; Você observa resultados positivos na aprendizagem dos seus alunos? Você utiliza alguma das técnicas de metodologia ativa em sua aula? Se sim, discrimine quais; A participação como professor do Curso Paulo Freire despertou/aumentou o seu interesse pelo magistério?; Em que medida, a participação como professor do Curso, foi determinante para o interesse pelo magistério? Você acredita que será um profissional melhor preparado por ter participado dos quadros do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire? por que?; Você pretende exercer o magistério após a graduação? Por que?.

Mediante os dados obtidos com a pesquisa supracitada, percebe-se que o Curso Pré-Vestibular Paulo Freire contribui no despertar do interesse dos professores que são alunos do curso de Direito para o exercício da docência após a graduação. Atualmente, o curso conta com 34 (trinta e quatro) professores, dos quais 26 (vinte seis) são estudantes do curso de Direito e, quando indagados se pretendiam seguir a carreira de docência, a expressiva maioria dos participantes afirmara que sim e que o desejava por ver na docência a possibilidade de ajudar o outro e de difundir democraticamente o conhecimento. Ademais, 100% (cem por cento) dos entrevistados afirmaram terem tido seu interesse pela docência ampliado após a participação como professor voluntário do curso:

Gráfico 1- Você pretende exercer o magistério após a graduação?

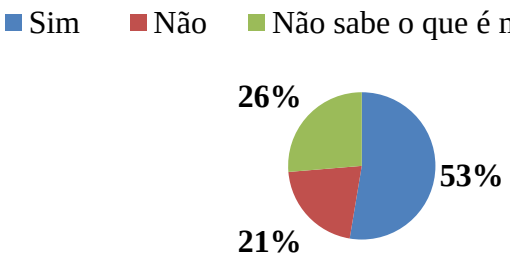


Fonte: Pesquisa de campo realizada pelas autoras (2016)

Na contramão do que os estabelecimentos de ensino preconizam, os estudantes de ensino superior que tiveram a oportunidade de atuar como professores do curso desejam seguir a carreira acadêmica. Conforme elucidam ESPOLADOR e LIMA (2015, p. 52), as universidades e faculdades de Direito preocupam-se em primeiramente formar profissionais voltados à realização do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, a prática jurídica da advocacia, da magistratura e demais atividades jurídicas, deixando a formação de docentes para momento posterior a formação acadêmica, o que, na verdade, deveria ser preocupação prioritária, afinal a superação da crise do ensino jurídico que vivemos atualmente depende eminentemente da boa formação pedagógica dos atuais bacharéis em Direito.

Cumpre destacar, que a expressiva maioria dos professores do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire utilizam intuitivamente espécies de metodologias ativas em suas aulas, tais como debates sobre filmes, resolução de listas de exercícios, análise e discussão de textos. Quando indagados, entretanto, se utilizavam alguma das técnicas de metodologia ativa em sua aula, muitos responderam que não ou que sequer sabiam do que se tratava:

Gráfico 2- Você utiliza alguma das técnicas de metodologia ativa em sua aula?



Fonte: Pesquisa de Campo realizada pelas autoras (2016)

Tal evidência revela que os professores universitários não discutem com seus alunos a adequabilidade de certas práticas metodológicas para atingir determinados fins, contrariando o que dispõe o Artigo 9° da Resolução n° 09/2004 do Ministério da Educação[3].

[3] Art. 9º As Instituições de Educação Superior deverão adotar formas específicas e alternativas de avaliação, interna e externa, sistemáticas, envolvendo todos quantos se contenham no processo do curso, centradas em aspectos considerados fundamentais para a identificação do perfil do formando. **Parágrafo único. Os planos de ensino, a serem fornecidos aos alunos antes do início de cada período letivo, deverão conter, além dos conteúdos e das atividades, a metodologia do processo de ensino-aprendizagem, os critérios de avaliação a que serão submetidos e a bibliografia básica.**

Inclusive os alunos de licenciatura, os quais são eminentemente preparados para seguir a docência, afirmaram desconhecer tecnicamente o que seriam metodologias ativas, mas ao descreverem o tipo de método que adotavam em suas aulas, incluíram as metodologias ativas, demonstrando que a participação como professor do curso Paulo Freire estimula, também, aos professores, que são alunos de graduação, a reconhecerem as necessidades de seus alunos e adequarem os métodos de ensino à nova tendência dos vestibulares, qual seja, a interdisciplinaridade.

Conclui-se que a importância da participação como professor do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire consiste na formação de um profissional mais humano, ético, consciente dos problemas sociais, interdisciplinar e, sobretudo, mais sensível às deficiências do ensino superior por perceberem que a aplicação das metodologias recebidas em suas salas de aula pode não ser a mais adequada.

CONCLUSÃO

Percebe-se que, historicamente, os cursos de Direito foram direcionados à formação das elites econômicas do país. Constituindo um ensino técnico, formalista, tradicional e distante das realidades e necessidades sociais, a faculdade de direito não possui como traço característico o envolvimento de seus graduandos com as lutas sociais.

Com a Constituição de 1988 e a positivação do princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, a extensão universitária passou a ganhar certa importância nas instituições de ensino superior. O Plano Nacional de Ensino estabelece, inclusive, que até o ano de 2020, 10% (dez por cento) dos currículos acadêmicos deverão ser integralizados mediante a realização de atividades de extensão.

Para uma boa vivência na extensão universitária, os conhecimentos desenvolvidos em sala de aula são indispensáveis, uma vez que a extensão promove a aproximação do saber acadêmico com a sociedade. Além desse aspecto, a extensão universitária faz com que as universidades possam desempenhar sua função social, contribuindo para a melhora das condições sociais, econômicas e culturais da comunidade que as circunda.

Não obstante as inúmeras pesquisas e constatações da importância da extensão universitária, os projetos de extensão enfrentam severas dificuldades em desenvolver-se. No caso em análise, desde 2014, o Curso Pré-Vestibular Paulo Freire não recebe qualquer aporte

financeiro da Universidade Federal do Ceará, contando com contribuições dos próprios alunos do curso para suprir os gastos com manutenção e preparação de material didático.

Apesar das dificuldades financeiras, o Curso Pré-Vestibular Paulo Freire vem se modernizando, passando por reestruturações na sua organização, desenvolvendo projetos paralelos, como laboratórios de tira dúvidas e de correção de redação, além do círculo de conferências em que profissionais especializados no estudo de certo assunto são convidados para palestrar aos alunos do curso.

Os alunos de graduação que participam como Professores do Curso são unânimes em reconhecer a importância deste em sua formação acadêmica. 85% (oitenta e cinco por cento) dos professores entrevistados relataram ter vontade de seguir a docência após o termino da graduação, demostrando que, para além da formação de um profissional mais consciente da realidade que o circunda, compassivo com as necessidades do outro e comprometido com a mudança social, o referido projeto de extensão presta uma enorme contribuição no despertar do interesse dos alunos para o desenvolvimento profissional da vida acadêmica, condição que as Faculdades de Direito deixam muito a desejar, uma vez que a tendência é que seus egressos sigam para a advocacia privada ou realização de concursos públicos. Dificilmente a docência surge como uma opção profissional.

Acredita-se que o interesse pela docência pelos alunos que atuam como professores do Curso Paulo Freire, advêm do contato prematuro com a sala de aula, seus desafios e realizações, consistindo em uma realidade completamente distinta daquela normalmente vivenciada em seus cursos.

Conclui-se que o Curso Pré-Vestibular Paulo Freire permite que os alunos da Universidade Federal do Ceará tenham verdadeiro contato com a extensão universitária, contribuindo para a formação de profissionais mais comprometidos, conscientes e compassivos com o meio social, além de interessados na docência e conscientes de suas limitações e necessidades.

Defende-se, ainda, que as universidades devem aprimorar a valorização dos projetos de extensão universitária, haja vista a contribuição que oferecem à integral e completa formação profissional. Os gestores universitários precisam perceber o real papel da extensão enquanto elemento de transformação social e capacitação profissional, e não como atividade filantrópica. Destinação de recursos ao desenvolvimento da extensão universitária não são gastos, mas investimentos necessários e indispensáveis à adequada formação de um bacharel em direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A Nobreza Togada*: As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. Tese (Doutorado). Curso de Ciência Política, Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BETTO, Frei. *Desafios da Educação Popular*. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/desafios-da-educacao-popular-frei-betto.html>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BONFIM, Benedito Calheiros. OAB Ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas. In: CONSELHO FEDERAL (Org.). *OAB ensino jurídico:* diagnóstico, perspectiva e propostas. 2. ed. Brasília, 1996.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação -PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970 publicacaooriginal-144468-pl.html> Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 5. ed. Traduzido por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

COLAÇO, Thais Luzia. Humanização do ensino do direito e extensão universitária. *Revista Seqüência*, Santa Catarina, n. 52, 2006.

COSTA, Arlei da. Extensão universitária: relevância como estratégia pedagógica e função social. *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, Osasco, v. 3, p. 65-72, 2009.

DEMO, Pedro. *Metodologia para quem quer aprender*. São Paulo: Atlas, 2008.

ESPOLADOR, Giovanna Norder; LIMA, Sarah Somensi. Ensino jurídico no Brasil: O papel do professor universitário e o interesse na docência pelos estudantes de ensino superior. *XXIV Congresso Nacional do Conpedi*, Florianópolis, 2015.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário e Estado no Brasil: Tribunais Superiores e juízes na formação do Estado brasileiro. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, a. 3, n. 6, p. 172-199, jul./dez. 1995.

LYRA FILHO, Roberto. Normas jurídicas e outras normas sociais. *Direito e Avesso*, Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira, ano I, n. 1, Brasília: Nair, 1982.

_____. *O Direito achado na rua*: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

OLIVEIRA, Inês Barbosa de. *Boaventura & a Educação*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

PLANO NACIONAL DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA. Aprovado pelo Fórum Nacional de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras e pela SESu, em 8 de maio de 1998.

SÁ, Gabriela Barretto de. A extensão universitária em educação jurídica popular enquanto espaço de formação dialógica para o estudante de Direito. In: *XXI Congresso Nacional do Conpedi*, Niteroi, p. 51-65, 2012.

SCHWARTZ, Stuart B. *Sovereignty and Society in Colonial Brazil:* The High Court of Bahia and its judges, 1609-1751. Los Angeles: University of California Press, 1973.

SILVA, Mozart Linhares. *Formação da cultura jurídica moderna brasileira*: os cursos jurídicos de Olinda e São Paulo e o código criminal de 1830 no processo de estruturação do estado-nação. Tese de Doutorado. PUCRS, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2001.

VALLAEYS, François. Que significa responsabilidade social universitária? *Revista da Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior*, Brasília, p. 35-58, jun. 2006.

Submissão: 22/04/2017
Aceito para Publicação: 03/10/2017

ANEXOS

ANEXO A - QUESTIONÁRIO APLICADO AOS PROFESSORES DO CURSO PRÉ-VESTIBULAR PAULO FREIRE

1. Antes de se tornar professor do Curso Paulo Freire, você já havia sido monitor(a) ou participado de alguma forma de iniciação à docência?

Como surgiu o interesse em ser professor do Curso Paulo Freire?

3. Você observa resultados positivos na aprendizagem de seus alunos?

4. A participação como professor do Curso Paulo Freire despertou/aumentou o seu interesse pelo magistério?

5. Em que medida a participação como professor do Curso foi determinante para o interesse pelo magistério?

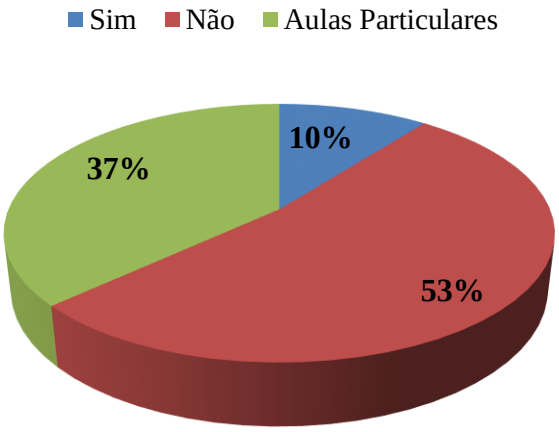
6. Você pretende exercer o magistério após graduado em Direito?

ANEXO B – QUESTIONÁRIO APLICADO À PRESIDÊNCIA DO CURSO PRÉ-VESTIBULAR PAULO FREIRE.

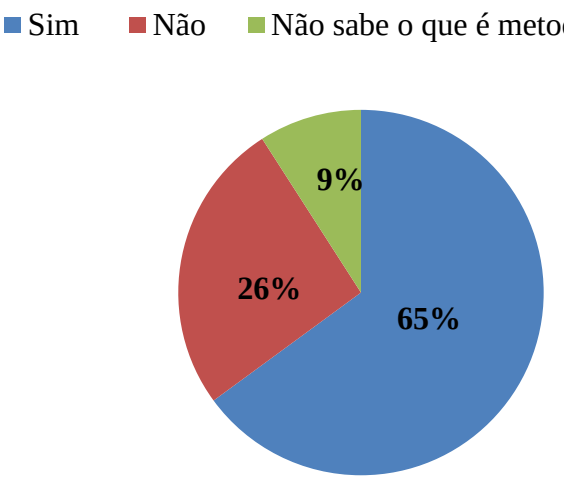
1. Quando surgiu o curso, quem foram seus presidentes?
2. Como era a estrutura do curso e como essa foi evoluindo ao longo dos anos
3. Atualmente, quantos alunos tem aula no curso, quem pode ser professor e quem pode ser aluno?
4. Como funciona a diretoria administrativa?
5. Quantas bolsas a UFC oferece para a manutenção do curso? há cobrança de algum valor para os estudantes?
6. Quantos professores existem atualmente no curso e quais são seus cursos de graduação?
7. O curso Paulo Freire já ganhou alguma espécie de premiação?
8. O curso Paulo Freire já ganhou alguma espécie de premiação?
9. Além das aulas, o curso oferece mais algum serviço?
10. Em que consiste o processo seletivo para o recrutamento dos professores? E para a seleção do corpo administrativo?
11. Os organizadores do curso participam de algum curso de prática docente? Há algum incentivo para que os professores utilizem as técnicas de metodologias ativas?

ANEXO C- GRÁFICOS ELABORADOS COM BASE NAS RESPOSTAS DOS PROFESSORES DO CRUSO PRÉ-VESTIBULAR PAULO FREIRE.

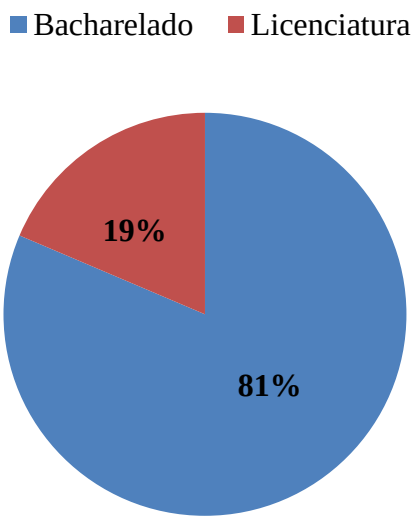
Antes de se tornar Professor do Curso Pré Vestibular Paulo Freire, você já havia sido monitor ou participado de alguma forma de iniciação à docência?



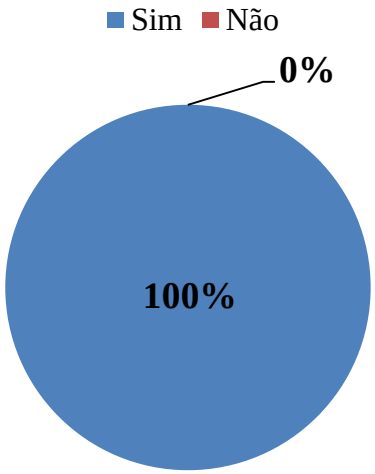
Você utiliza alguma das técnicas de metodologia ativa em sua aula?



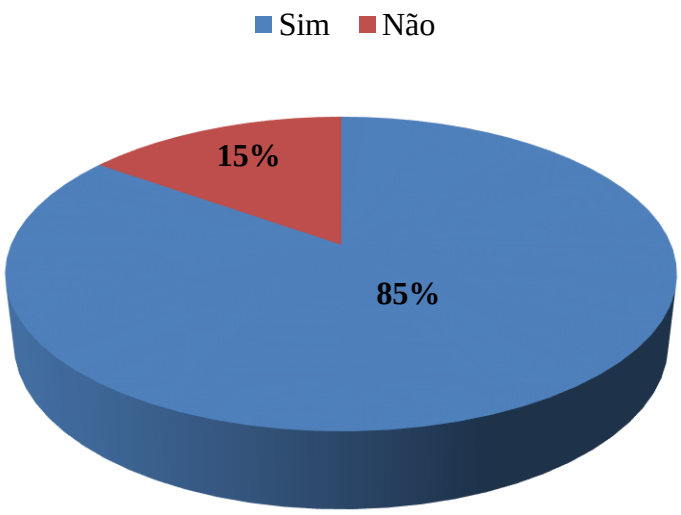
Bacharelado X Licenciatura



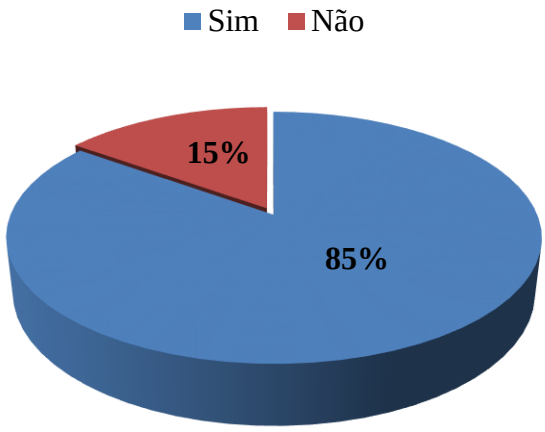
A participação como professor do Curso Pré Vestibular Paulo Freire aumentou o seu interesse pelo Magistério?



Você pretende exercer o magistério após a graduação?



Você acredita que será um profissional melhor preparado por ter particpado dos quadros do Curso Pré Vestibular Paulo Freire?





Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 2| 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

POLIAMOR: CONCEITO, APLICAÇÃO E EFEITOS

POLYAMORY: CONCEPT, APPLICATION AND EFFECTS

Anna Isabella de Oliveira Santos[*]

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas[**]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno do poliamor, filosofia de vida que admite a coexistência de vários amores, com conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, de forma a possibilitar o seu reconhecimento como família no mundo jurídico. Esta nova forma de se relacionar, não obstante a reprovação moral de muitos, tem adquirido muitos adeptos, razão pela qual exige a atenção por parte do direito. Os entraves morais e religiosos são muitos, todavia, inobstante isso, por meio de técnica bibliográfica, quer se demonstrar que a monogamia não é um princípio jurídico capaz de impedir a formação de uma família poliafetiva, sobretudo, levando em conta a interpretação plural e humanitária do novo conceito de família. A Constituição da República de 1988 trouxe em seu bojo princípios, tais como o da dignidade humana, isonomia, pluralidade familiar e intervenção mínima do Estado na família, que concedem liberdade às pessoas para que busquem sua felicidade da forma que melhor lhe atendam. Demonstrar-se-á, portanto, que a conceituação restritiva de família não se compatibiliza com a promoção da dignidade humana, fundamento básico do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Poliamor. Família Poliafetiva. Monogamia. União Civil. Dignidade Humana.

ABSTRACT: *The aim of this article is to analyze the phenomenon of polyamory, the philosophy of life that allows the coexistence of various loves, with the knowledge and consent of all those involved, in order to enable them to be recognized as a family in the legal world . This new way of relating, despite the moral reprobation of many, has acquired many adherents, which is why it demands attention from the law. There are many moral and religious obstacles, however, by means of a bibliographical technique, either to demonstrate that monogamy is not a legal principle capable of preventing the formation of a poly-family, especially taking into account the plural and humanitarian interpretation of the new Concept of family. The Constitution of the Republic of 1988 brought principles such as human dignity, isonomy, family plurality and minimal state intervention in the family, which grant people freedom to seek their happiness in the way that best meets their needs. It will be demonstrated, therefore, that the restrictive conceptualization of family is not compatible with the promotion of human dignity, basic foundation of the Democratic State of Right.*

KEYWORDS: *Polyamore. Polyamorous Family. Monogamy. Civil Union. Human Dignity.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A evolução histórica da família. 1.1 Conceito tradicional de família. 1.2 Aspectos históricos marcantes da família. 2 O modelo contemporâneo de família. 2.1 Espécies de família. 2.1.1 Casamento. 2.1.2 União Estável. 2.1.3 Família monoparental. 2.1.4 Família anaparental. 2.1.5 Família Mosaico ou pluriparental. 2.1.6 Família eudemenonista. 2.1.7 Família homoafetiva. 2.1.8 Famílias simultâneas ou paralelas. 3 Poliamor. 3.1 O poliamor na concepção dos adeptos. 3.2 A relação do poliamor com a monogamia. 3.3 Princípios que amparam o reconhecimento da família poliafetiva. 3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.3.2 Princípio da Igualdade. 3.3.4 Princípio da pluralidade de entidade familiar. 3.3.5 Princípio da boa fé. 3.4 A união estável poliafetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade evoluiu muito nos últimos anos e as novas formas de relacionamentos íntimos amorosos sugerem uma reinterpretação dos valores e preceitos normativos para garantir a liberdade das relações afetivas.

[*] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogada.

[**] Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Del Rey (UNIESP). Professora de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e das Faculdades Del Rey (UNIESP). Tutora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Servidora Pública Federal do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-MG).

O pluralismo das entidades familiares, guiado pelo princípio da dignidade humana, foi consagrado pela Constituição da República de 1988, tendo o legislador reconhecido à existência de várias possibilidades de arranjos familiares pautados em vínculos de afeto.

Não obstante tal evolução inclusiva da legislação brasileira, a realidade de algumas relações amorosas foi deixada à margem do ordenamento jurídico, exemplo disso, é o poliamor, tema central deste estudo.

Poliamor se define como uma filosofia de vida que admite a possibilidade de uma pessoa manter um relacionamento amoroso íntimo e afetivo com duas ou mais pessoas ao mesmo tempo, com o conhecimento e consentimento dos envolvidos.

Interessante é que tal fenômeno social tem gerado famílias que almejam o reconhecimento de direitos, como, por exemplo, a constituição de união estável, a possibilidade de escolha de regime de bens, o reconhecimento da multiparentalidade, a guarda dos filhos e a sucessão. No entanto, o fato de tal forma de vínculo afetivo contrariar as práticas relacionais habituais, alicerçado no ideal de amor romântico e pautado na monogamia, atrai a intolerância de muitos juristas, circunstância que leva à invisibilidade dessas famílias quanto à análise de direitos de seus adeptos.

Fato é que, diante da sociedade pós-contemporânea em que se vive, a relação de afeto deve prevalecer às tradições religiosas e sociais, sobretudo, considerando a filosofia eudemonista da busca da felicidade, pedra de toque para a realização da dignidade humana.

Assim, levando a efeito que a monogamia não pode ser regra para a formação de uma entidade familiar, tampouco se materializa como um princípio jurídico norteador das relações amorosas, não se vislumbra qualquer fundamento impeditivo para que uma relação poliafetiva seja reconhecida pelo direito como entidade familiar.

Contudo, o momento atual é tenso, a intolerância e o conservadorismo religioso têm, por vezes, impedido a conquista de direitos, e, exatamente nesse contexto, vê-se o conflito ideológico envolvendo o intitulado Estatuto da Família (PL 6.583/2013), aprovado na Câmara dos Deputados em outubro de 2015, pelo qual o conceito de família é restrito aos casamentos e às uniões estáveis entre homens e mulheres, com ou sem filhos.

Ante a tal contradição, pela qual a Constituição da República de 1988 inclui a possibilidade de criação de novas famílias e a lei infraconstitucional restringe, o presente artigo tem por objetivo analisar a ampliação do conceito de família, apresentando a necessidade de o



Direito acompanhar a evolução da sociedade, sobretudo, no que pertine a nova forma de manter relacionamento íntimo afetivo, conhecido como poliamor.

Dessa forma, o estudo baseia-se na complexidade das novas relações sociais, tendo como problemática a necessidade de o Direito reconhecer, tutelar e prestigiar a diversidade de entidades familiares, para além daquela baseada na monogamia, que tenham como fundamento o compartilhamento de afeto e o amor.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

O estudo sobre a família poliafetiva, inicialmente, nos remete a uma breve reflexão sobre a transformação da entidade familiar ao longo da história. Não há como ignorar que a ciência é eternamente desafiada por novas situações o que nos leva a quebra dos paradigmas, marcando o choque entre teorias, que cedem lugar a novas idéias. A renovação é o momento que a pós-modernidade representa e a família poliafetiva se insere em tal realidade.

Dessa forma, antes de adentrar na evolução histórica propriamente dita, importante se faz apresentar o conceito tradicional de família.

1.1 Conceito Tradicional de Família

Nos primórdios, o casamento era a única forma de constituição de família. Nessa ocasião, o conceito jurídico de família era limitado e taxativo, sendo oportuno mencionar que o Código Civil Brasileiro de 1916 somente conferira o *status familiae* aos agrupamentos originados do instituto do matrimônio.

Orlando Gomes definiu a família tradicional como sendo "o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil" (GOMES, 1999, p. 22).

A família tradicional, portanto, era formada pelo pai e pela mãe, unidos por um matrimonio de união e afeto, com um ou mais filhos, compondo uma família nuclear constituída pelos pais (pai e mãe) e filhos; pai e filho (s); ou mãe e filho (s) ou extensa - composta pelos avôs, tios, primos, irmãos, cunhados, etc..

De modo geral, a família sempre desempenhou uma importante relevância na vida do indivíduo, sendo, nesse meio, o ambiente propício para a difusão de valores morais e sociais que servirão de base para o processo de socialização, tradição e o costume ali desenvolvido.

Seguindo essa linha, passa-se a investigar os aspectos marcantes na evolução da família, sobretudo, com o objetivo de verificar o nascedouro da monogamia, apurando a sua real natureza jurídica.

1.2 Aspectos Históricos Marcantes da Família

A família evoluiu e vem evoluindo, gradativamente, desde os tempos antigos até os dias atuais, circunstância que denota a alteração do conceito de família nas suas diversas mutações, a sociedade sofre mudanças constantes e o direito tenta acompanhar as novas realidades sociais.

Nessa toada de evolução, existem várias teorias que explicam a origem da família. Em seu livro "A origem da família da propriedade privada e do Estado", a despeito de posicionamentos contrários apresentados, Engels defende, de forma lógica, a existência do estado primitivo de promiscuidade, acrescentando que dele formaram-se, gradativamente, as famílias consangüíneas, punaluanas, sindiásmicas e monogâmicas (ENGELS, 1984).

A primeira família foi classificada por Engels como consangüínea, aquela em que os grupos conjugais se separam por gerações. "Todas as avós e avôs, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si, o mesmo sucede com seus filhos" (ENGELS, 1984, P. 37), ou seja, todos os homens e todas as mulheres relacionavam-se sexualmente, não havia impedimento pelo grau de parentesco, como irmãos e irmãs. Irmãos e irmãs, primos e primas casavam-se entre si (ENGELS, 1984).

Posteriormente, na segunda etapa, substituindo o modelo anterior, surgiu à família punaluana, organização que excluiu a relação sexual entre os membros da mesma família e proibiu o casamento entre primos de segundo e terceiro grau (ENGELS, 1984).

Segundo Engels, "o primeiro progresso na organização da família consistiu em excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo foi à exclusão dos irmãos", fenômeno que foi ocorrendo pouco a pouco, iniciando pelos irmãos uterinos (por parte de mãe), terminando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais (ENGELS, 1984, p. 39).

Ademais, na família punaluana, a descendência era estabelecida somente pela linhagem materna, "apenas a mãe era certa", por ser desconhecido o pai, as relações de herança existentes

na época provinham do direito materno. O matrimônio estava ainda em seu início O autor ressalta que, nas famílias por grupos, não se podia saber com certeza quem era o pai das crianças ali nascidas, sabendo-se, apenas, quem é a mãe. (ENGELS, 1984, p. 46-47).

Diversamente da punaluana, a família sindiásmica caracteriza-se pela extinção do matrimonio grupal. Nessa forma de organização familiar já se formavam uniões por pares de duração mais longa. Estágio marcado pelo matriarcado, "habitualmente, as mulheres mandavam na casa" (ENGELS, 1984, p. 51). Em caso de separação dos pais os filhos ficaram sempre com a mãe. A proibição do incesto dificultava os casamentos em grupos.

A família sindiásmica foi marcada, sobretudo, pelo matriarcalismo. A mulher exercia maior poder no interior da família, pois definia as relações sanguíneas, escolhia o pai de seus filhos e eram as verdadeiras senhoras do lar, responsáveis pelos encargos da família, afigurando-se como a grande força dentro dos clãs. (ENGELS, 1984, p. 51).

Inicialmente, portanto, as famílias eram chefiadas pelas mulheres e a sociedade era regida pelo poder matriarcal. No entanto, o fato de a mulher se relacionar com vários homens prejudicou sua fecundidade, tornando seus filhos mais debilitados.

Além disso, o poder feminino perde a força, em razão de fatos ocorridos no velho mundo. A criação de gado e o desenvolvimento das atividades agrícolas implicaram o surgimento de novas riquezas, bem como da propriedade particular. Seguindo essa linha, quanto mais aumentava a riqueza mais importante se tornava a posição do homem em relação à mulher (ENGELS, 1984).

Em pouco espaço de tempo, por esta razão, o homem logo assumiu a liderança dos bens e da família. Com os homens à frente da família, surgia família monogâmica. A mulher, nesse contexto, passa a ser propriedade de apenas um homem, entretanto, ao homem era permitida a prática de heterismo - a infidelidade masculina. Por outro lado, se ficasse comprovado o adultério por parte da mulher, a mesma era castigada cruelmente (ENGELS, 1984).

Entretanto, com a prática da monogamia, as mulheres se tornaram mais escassas, em outras palavras, faltavam mulheres na sociedade e os homens se viam obrigados a procurá-las. A dificuldade de encontrar uma mulher na sociedade monogâmica fez com que os homens começassem a raptá-las e até mesmo comprá-las (ENGELS, 1984).

Devido a isso, o casamento passou a ser uma forma de apropriação de uma esposa, espécies raras, dando origem à família monogâmica, calcada no casamento e na procriação. Este modelo de família monogâmica foi institucionalizado no Código Civil de 1916, época em

que a sociedade conservadora e hierarquizada, supervalorizava os homens enquanto que às mulheres era atribuída uma posição de submissão, a chefia da casa sempre cabia ao sexo masculino.

A concepção de família, portanto, se ligava diretamente ao matrimônio, sendo legítimos apenas os arranjos formados a partir do casamento. O Direito era conservador, importando-se, excessivamente, com a preservação do núcleo familiar, de modo a defender a prevalência dos interesses da instituição do matrimônio em detrimento dos filhos.

Consequência disso, é que os frutos das relações extraconjugais – os filhos - ficavam marginalizados, sem qualquer reconhecimento[1], tidos como ilegítimos e espúrios porquanto incestuosos - frutos do relacionamento entre duas pessoas para as quais há impedimento legal para o casamento, decorrente de vínculo de parentesco - ou adulterinos - resultantes da união entre duas pessoas, sendo uma ou ambas legalmente casadas com terceira pessoa.

Puniam-se, portanto, aqueles gerados fora das normas legais e dos princípios morais vigentes à época, ou seja, os frutos dos relacionamentos havidos do adultério (crime, à época) ou de relações incestuosas, notadamente, em face da visão sacralizada e da necessidade excessiva de preservação família. Além disso, buscavam-se culpados pelo fim da sociedade conjugal.

Após séculos de transformações no meio social em que a família se mostrava inserida, o advento da Constituição da República de 1988 reconheceu novos contornos à família, materializando os princípios da igualdade, liberdade, pluralidade familiar, direitos ligados à dignidade da pessoa humana, duramente perseguidos pela sociedade.

Tais mecanismos constitucionais impactaram o Direito Civil, especialmente, o Direito das Famílias, afastando a concepção individualista e patrimonial para inaugurar a era da valorização da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988). Emerge a Constitucionalização do Direito Civil, exigindo do intérprete uma alteração de paradigma, do patrimônio para a pessoa.

Diante da nova perspectiva da família, o modelo de família tradicional – o matrimônio - passou a ser apenas uma alternativa para se constituir um núcleo familiar. É o que dispõe o art. 266 da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

[1] Art. 358 do Código Civil Brasileiro de 1916: "Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos" (BRASIL, 1916).

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

Percebe-se que a Constituição da República de 1988 ampliou o conceito de família, elencando como entidades familiares o casamento, a união estável e o núcleo monoparental - aquele formado por um dos pais e os filhos, deixando claro que a família pautada no afeto merece proteção do Estado (BRASIL, 1988).

Desta feita, a nova perspectiva de família englobou as famílias informais, formadas por casais que não tiveram vontade ou não puderam formalizar suas relações, contudo, vivem como se casados fossem. Nesse sentido, Maria Berenice Dias aduz:

> Família informal, ainda que rejeitada pela lei, acabaram aceitas pela sociedade, fazendo com que a Constituição Federal de 1988 albergasse no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, mediante a recomendação de promover sua convenção em casamento. A legislação infraconstitucional que veio regular essa nova espécie de família acabou praticamente copiando o modelo oficial do casamento. O reconhecimento da união estável gera deveres e cria direitos aos conviventes. Assegura alimentos estabelece regime de bens e garante aos conviventes direitos sucessórios. (DIAS, 2011, p. 47).

Pode-se destacar ainda que, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 4277 e a ADPF 132, alargou ainda mais o conceito de família ao proferir uma decisão que concedeu aos casais homoafetivos o direito de formarem família por meio da união estável. A Suprema Corte brasileira entendeu que a união homoafetiva é uma entidade familiar, sendo que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

O reconhecimento da família homoafetiva demonstra, claramente, que o direito não pode ignorar as relações fáticas existentes na sociedade. Por outro lado, no contexto da pluralidade familiar, não há justificativa para o não reconhecimento dos direitos das famílias aos arranjos poliafetivos. A igualdade entre homem e mulher, a proteção à família plural, o respeito à dignidade humana, à liberdade, à garantia aos direitos fundamentais, impõe a aceitação de novas modalidades de família, sendo plenamente viável, portanto, conferir proteção às famílias poliafetivas.

É preciso reconhecer a diversidade das relações afetivas para garantir a proteção dos direitos individuais fundamentais e a efetiva aplicação dos princípios constitucionais do Direito de Família.

A partir de parâmetros históricos, pode-se perceber que a família do novo milênio se mostra um resgate da dignidade da pessoa humana, tão reprimida e oprimida ao longo da evolução da família. Como forma de evidenciar tal mudança, passa-se a abordar os modelos contemporâneos de famílias.

2 MODELO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA

Como se observa, o conceito jurídico de família, até o advento da Constituição da República de 1988 era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferira o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio.

O modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, pelo qual a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo - o que Deus uniu o homem não pode separar – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial[2].

No entanto, as alterações do modo de pensar do ser humano, que passou à busca da felicidade sem culpas e preconceitos, bem como a inserção dos princípios constitucionais, ensejaram a alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil.

[2] O Código Civil de 1916 e, posteriormente, também a Lei do Divórcio atribuíam ao cônjuge culpado pela separação judicial as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

A partir da ideia de que a família tem como base o afeto, as relações de confiança, segurança e bem-estar necessário ao desenvolvimento da pessoa, no decorrer dos anos, se alteraram, nesse passo, novas formas de constituição familiar foram reconhecidas pela doutrina e legislação pátria.

Maria Berenice Dias relata a ampliação do conceito de família:

> O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. (DIAS, 2007, p. 37).

Como o presente artigo apresenta enfoque no reconhecimento jurídico de organizações sociais posicionadas à margem da proteção normativa, se faz necessário abordar os fundamentos pelos quais se defende a garantia do direito fundamental de formar uma família aos indivíduos adeptos ao padrão relacional diverso daquele estabelecido pela sociedade, a poliafetividade.

O Direito das Famílias evoluiu e as novas espécies de família são prova disso. Passa-se à análise sucinta de cada um dos modelos de família.

2.1 Espécies de Família

O conceito de família se ampliou e a pluralidade constitucional é uma realidade que não pode ser ignorada pela sociedade. Nessa perspectiva, pretende-se, traçar os contornos contemporâneos do Direito das Famílias, de forma a demonstrar a sua nova concepção eudemonista, a sua função social, bem como os princípios informadores e legitimadores dos novos arranjos familiares.

2.1.1 Casamento

O casamento é o instituto que já foi exaustivamente tratado neste estudo, razão pela qual serão feitas apenas algumas referências importantes neste tópico.

Conforme já dito, o conceito jurídico de família, até o advento da Constituição da República de 1988, era extremamente limitado e taxativo. O Código Civil Brasileiro de 1916

conferia o *status familiae* apenas aos arranjos originários do instituto do casamento, modelo único de família.

O casamento, nos primórdios do Direito Romano, era um acordo de vontade celebrado entre duas famílias, essencialmente monogâmico, heterossexual, baseado no mútuo consentimento (GAUDEMET, 2001), tendo por finalidade a constituição de uma família tradicional voltada para a procriação.

O Código Civil de 1916 reproduziu o perfil da família patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e heterossexual, impondo à mulher e aos filhos obediência ao *pater familias*, figura que se preocupava com a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho.

As Revoluções sociais e o deslocamento das mulheres para o mercado de trabalho alteram tal situação, e, aos poucos a instituição matrimonializada se enfraquece, notadamente, pelo surgimento de várias relações concubinárias, que reagiam à dificuldade de dissolver o casamento imposta pelo Estado.

Foi somente em 1977 que a Lei do Divórcio trouxe importantes evoluções, consagrando a dissolubilidade do matrimônio, a alteração do regime legal de casamento para Comunhão Parcial, bem como tornou facultativa a adoção do nome do marido pela mulher (FARIAS, ROSENVALD, 2015).

A realidade se alterou ainda mais com o advento da Constituição da República de 1988, pois emerge o novo modelo de família, fundado nos pilares da repersonalização, afetividade, pluralidade e eudemonismo. Cuida-se da "família-instrumento" de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Seguindo esta perspectiva, o casamento contemporâneo tem a função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana, sendo aceitável, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo.

2.1.2 A União Estável

União Estável é, conforme o artigo 1.723 do Código Civil, a relação entre homem e mulher que mantêm uma convivência pública, contínua e duradora, com a intenção de constituir família. A grande característica deste instituto é a informalidade. Em regra, a união estável não é registrada, embora possa obter registro.

Tal disposição legal se remete aos seguintes elementos caracterizadores da união estável: ânimo de constituir família; diversidade de sexos; estabilidade; continuidade; publicidade; e ausência de impedimentos matrimoniais.

O ânimo de constituir família se relaciona com a vontade de os companheiros viverem como se casados fossem (convivência *more uxorio*), também denominado de *intuito familae* e *affectio maritalis*, elemento distintivo entre a união estável, o namoro e o noivado.

A diversidade de sexos, por sua vez, é um requisito que não mais prevalece no Direito das Famílias pós-moderno, principalmente, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das Adin 4277 e ADPF 132, em 5 de maio de 2011 – reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo e atribuindo interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil de 2002. Assim, excluiu-se qualquer significado discriminatório ou impeditivo em relação ao reconhecimento da família homoafetiva, não sendo mais requisito da união estável a diversidade de sexos.

O requisito da estabilidade se liga diretamente ao da continuidade, sendo que o primeiro se refere a uma duração prolongada no tempo, sem a exigência de tempo mínimo de convivência. A continuidade, por sua vez, refere-se ao convívio familiar e à solidez do vínculo afetivo.

A convivência pública refere-se à notoriedade e a publicidade da família no meio social dos companheiros, ou seja, verifica-se se a comunhão de vida é de conhecimento público, e se os companheiros se comportam como se casados fossem. Salienta-se que não há exigência de lapso temporal mínimo para reconhecimento da união estável, sendo necessária apenas prova de durabilidade e continuidade do vínculo.

Merece ressalva o requisito derradeiro, qual seja: a inexistência de impedimentos para o casamento, nos termos do art. 1.723, §1º, do Código Civil de 2002: "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso IV no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente" (BRASIL, 2002). Em caso de uniões de impedidos de casar, ter-se-á o concubinato impuro.

O fato de a pessoa se encontrar casada não tem obstado a formação de família, prova disto são os inúmeros núcleos familiares simultâneos existentes na pós-modernidade.

Desse modo, entende-se que o impedimento de "pessoa casada" formar uma união estável não mais se aplicaria, mormente, porque se defende o reconhecimento dos direitos das

famílias simultâneas. Tal norma é incompatível com a hermenêutica constitucional, que valoriza fundamentalmente a proteção da dignidade humana.

Como se observa, no Brasil, tem-se a possibilidade de haver uniões estáveis homoafetivas, heteroafetivas e, por que não, poliafetivas.

2.1.3 A Família Monoparental

A família monoparental compreende todas as pessoas que estiverem ligadas por um vínculo de parentesco de ascendência e descendência. A família monoparental foi reconhecida pela Constituição Federal, em seu artigo 226, §4º: § 4º, como entidade familiar e de acordo com a mesma é conceituada como "a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.22) entende que "uma família é monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças".

A família monoparental pode ser fruto de uma decisão voluntária ou involuntária do genitor. Existem várias situações que podem originar a monoparentalidade, entre elas o divórcio, separação, viuvez, etc.

Portanto, pode-se concluir que esta espécie de entidade familiar é compreendida por um único genitor e seus filhos, sendo esta unidade decorrente de uma situação voluntária ou não.

2.1.4 A Família Anaparental

Família anaparental se caracteriza pela ausência dos pais. Ela se constitui basicamente pela convivência entre parentes ou pessoas, em um mesmo lar, que possuem um vínculo de parentesco, mas não possui vínculo de ascendência e descendência. É a hipótese de dois irmãos que vivam juntos.

No tocante ao tema, a autora Maria Berenice DIAS (2007, p. 46) nos ensina, ainda, que "A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõem o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental".



2.1.5 Família Mosaico ou Pluriparental

A família mosaico, também conhecida como pluriparental, consiste na família constituída após o desfazimento de relações passadas. É uma entidade familiar resultante da pluralidade de relações parentais formadas pelo divórcio/separação e pelo posterior recasamento. São famílias seguidas das desuniões.

Maria Berenice DIAS (2007, p. 47) esclarece que "As famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de independência".

Ainda, segundo a autora, podemos afirmar que a família mosaico ou pluriparental é aquela que:

> [...] decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos[...] (DIAS, 2007, p. 47).

A família mosaico tem assumido papel importante na sociedade, sobretudo em face da possibilidade de reconhecimento legal de mais de um pai e/ou mãe, delineando, assim, a tridimensionalidade das paternidades jurídica, biológica e socioafetiva (TIEZZI; GESSE, 2016). A multiparentalidade é uma realidade e muitos casos têm sido deferidos no Judiciário Brasileiro.

Portanto, não há como negar a repercussão jurídica da família mosaico no meio social, ilustrando com perfeição os ideais da família pós-moderna, plural, democrática, eudemonista, pois ser feliz, atualmente, é ter liberdade para se casar, divorciar, casar novamente, unir, desunir, enfim, reedificar-se.

Tais famílias, assim como as demais, merecem o amparo legal do Estado, mormente, ante a nova lógica da família plural contemporânea.

2.1.6 Família Eudemenonista

Maria Berenice DIAS (2007, p. 52/53) observa que a família eudemonista é um novo nome a tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo.

Nos tribunais pátrios já existe jurisprudência favorável à valorização do afeto como elemento formador da entidade familiar. Como exemplo, destaca-se a decisão abaixo:

> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE JÁ POSSUI PATERNIDADE CONSTANTE EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART.362, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO AUTOR DO VOTO VENCEDOR.
> Os dispositivos legais continuam vigorando em sua literalidade, mas a interpretação deles não pode continuar sendo indefinidamente a mesma. A regra que se extrai da mesma norma não necessariamente deve permanecer igual ao longo do tempo. Embora a norma continue a mesma, a sua fundamentação ética, arejada pelos valores dos tempos atuais, passa a ser outra, e, por isso, a regra que se extrai dessa norma é também outra. Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. É a família eudemonista, em que a realização plena de seus integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo. Daí o prestígio do aspecto afetivo da paternidade, que prepondera sobre o vínculo biológico, o que explica que a filiação seja vista muito mais como um fenômeno social do que genético. E é justamente essa nova perspectiva dos vínculos familiares que confere outra fundamentação ética à norma do art. 362 do Código Civil de 1916 (1614 do novo Código), transformando-a em regra diversa, que objetiva agora proteger a preservação da posse do estado de filho, expressão da paternidade socioafetiva. Posicionamento revisto para entender que esse prazo se aplica também à impugnação motivada da paternidade, de tal modo que, decorridos quatro anos desde a maioridade, não é mais possível desconstituir o vínculo constante no registro, e, por conseqüência, inviável se torna investigar a paternidade com relação a terceiro. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005246897, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 12/03/2003).

Deste modo, a família eudemonista é aquela que independe de vínculo biológico. É a entidade familiar que tem como base a comunhão de afeto recíproco entre seus os membros.

2.1.7 A Família Homoafetiva

A Família Homoafetiva é aquela decorrente da união de pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento da união de casais homoafetivos pelo STF, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF configurou um marco na ampliação do conceito de família.

Num momento histórico para a sociedade em geral, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, quebrou paradigmas, e, finalmente, reconheceu a União Homoafetiva como uma entidade familiar – formada por pessoas do mesmo sexo – detentora de direitos e deveres equiparados à união estável entre homem e mulher, nos termos do art. 226, §3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

Por intermédio do Supremo Tribunal Federal, agindo como guardião da Constituição Brasileira, ampliou-se os direitos das famílias, atendendo ainda mais aos anseios sociais, ficando claro para a sociedade a não discriminação às entidades familiares contemporâneas.

Assim, é necessário que as famílias possuam um conceito amplo, democrático, igualitário e independente do matrimônio, pois a realidade atual transcende o fenômeno do vínculo sanguíneo e se baseia no afeto.

2.1.8 Famílias Simultâneas ou Paralelas

As famílias simultâneas, ou paralelas, são entidades familiares formadas por dois ou mais núcleos familiares concomitantes com um componente comum entre eles, ou seja, uma pessoa casada mantém outra união estável ou um vínculo afetivo com terceira pessoa, que tem ou não conhecimento dessa situação.

As famílias simultâneas não se confundem com as relações eventuais e descomprometidas, sem a intenção de formar família. Para se caracterizar uma família simultânea, necessário se faz a presença de dois elementos: o vínculo afetivo de uma pessoa em duas entidades familiares e a intenção de constituir família.

As famílias simultâneas quando consentidas podem ser chamadas de poliamor aberto, na medida em que este se configura quando uma das pessoas possui mais de um relacionamento íntimo simultâneo com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tem como base a sinceridade e lealdade. Seguindo essa linha, até poderia se considerar como poliamor a união simultânea aparente.

Com efeito, a monogamia não deve ser a única forma de constituição familiar, o conceito de família deve buscar abarcar a realidade dos relacionamentos que tem como base o compartilhamento de afeto. Reconhecer o envolvimento emocional das relações plurais é de suma importância para garantir os direitos patrimoniais de todos os envolvidos na relação.

Seguindo essa linha, os tribunais têm reconhecido as famílias simultâneas para fins de direitos sucessórios e patrimoniais, como por exemplo, nos julgados: TJ-PE - APL: 2968625/PE, Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 13/11/2013, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/11/2013; TJ-MA - APL: 0393812014/MA 0015505-24.2013.8.10.0001, Relator: Jamil de Miranda Gedeon Neto, Data de Julgamento: 12/03/2015, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 16/03/2015).

Ora, se as famílias simultâneas estão sendo reconhecidas pelos tribunais pátrios, as famílias poliafetivas, também merecem o mesmo amparo.

3 O POLIAMOR

Poliamor é um relacionamento não monogâmico em que as pessoas têm mais de um relacionamento íntimo, simultaneamente, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos. Tem como base a lealdade, o amor e ética.

Segundo Pablo Stolze Gagliano (2014), o poliamor:

> [...] admite a possibilidade de co-existirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. (GAGLIANO, FILHO, 2014. p. 288).

Esse relacionamento tem como objetivo múltiplas relações afetivas, normalmente, com envolvimento profundo. A filosofia aceita a classificação de poliamor aberto e fechado, no primeiro, entram e saem adeptos livremente, ao passo que, no segundo, as pessoas que mantém um relacionamento poliamoroso tendem a morar juntos, ter filhos e apresentar os dois ou mais companheiros para a família. è do poliamor fechado que tem surgido as uniões poliafetivas.

Nessa perspectiva, Regina Narravo Lins dispõe sobre o poliamor:

> No poliamor uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. O poliamor pressupõe uma total honestidade seio da relação. Não de trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e sentem à vontade com ela. A idéia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual. O poliamor aceita como fato evidente que todos têm sentimentos em relação a outras pessoas que as rodeiam. Como nenhuma relação está posta em causa pela mera existência de outra, mas, sim, pela sua própria capacidade de se manter ou não, os adeptos garantem que o ciúme não tem lugar nesse tipo de relação. Não é o mesmo que uma relação aberta, que implica sexo casual fora do casamento, nem na infidelidade, que é secreta e sinônimo de desonestidade. O poliamor é baseado mais no amor do que no sexo e se dá com o total conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, estejam estes num casamento, num ménage à trois, ou no caso de uma pessoa solteira com vários relacionamentos. Pode ser visto como incapacidade ou falta de vontade de estabelecer relações com uma única pessoa, mas os poliamantes se sentem bastante capazes de assumir vários compromissos, da mesma forma que um pai tem com seus filhos (LINS, 2007, p. 401).

Os pressupostos básicos para a formação de uma família são amor, carinho, afeto e respeito, não cabendo julgamento de valor. No Poliamor, têm-se todos estes elementos.

Há um equívoco quando se imagina que poliamor é o mesmo que uma segunda família de fato. Na realidade, o poliamor é uma só família, consensual, baseado no amor e ética. Todos os envolvidos têm uma ligação afetiva, não sendo admitida a traição, o combinado deve ser cumprido.

Contrariando as relações monogâmicas, optantes por este estilo de vida, acreditam que relacionamentos poliamorosos são mais saudáveis e proporcionam uma vida mais natural, considerando que as pessoas são amadas e amam mais uma pessoa simultaneamente.

3.1 O Poliamor na Concepção dos Adeptos

Não há dados que contabilizem o número de brasileiros em relacionamentos poliamoros, mas o interesse pelo tema tem crescido nos últimos anos e existem, inclusive, grupos que se encontram regularmente para discutir esse estilo de vida.

Em entrevista concedida a IstoÉ o fundador de um desses grupos, o Pratique Poliamor Rio de Janeiro, Rafael Machado, de 27 anos, professor de história, filho de militar, conta que cresceu acreditando que a monogamia era a única opção de relacionamento amoroso. “Até os 17 anos eu tinha uma postura bem moralista, resultado da minha criação. Mas, quando conheci o poliamor, entendi que é natural amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo” (BRANDALISE; ROCHA, 2014).

Em um dos poliencontros, Rafael conheceu a professora Sharlenn de Carvalho, 31 anos. Sharlenn conta que depois de viver um casamento monogâmico por nove anos buscou outras possibilidades. Conta que o namoro com Rafael iniciou em consenso de seu ex-marido (na época, casados), que a princípio considerou a ideia interessante, contudo, depois pediu prioridade, razão porque se separaram. Hoje, Sharlenn de Carvalho tem outros dois namorados. Nas palavras de Sharlenn, “ter de podar o seu desejo e o desejo do outro é uma violência” (BRANDALISE; ROCHA, 2014).

Marceli, de 25 anos, técnica em informática, ao ser entrevistada pelo site Bem Paraná, contou que possui um namorado e uma namorada. Todos se conhecem, se gostam, se respeitam e pensam até em morar juntos. Essa relação já dura há três anos. Conta, ainda, que enfrenta alguns preconceitos e argumenta:

> Há quem pense em orgia ou promiscuidade, mas é uma relação baseada na cumplicidade, respeito e sinceridade, é viver sem mentiras nem com o peso da culpa por manter um caso extraconjugal. E ficar feliz pelo outro, ao saber que a pessoa que você ama também está feliz (BEM PARANÁ, 2007).

O namorado de Marceli, o designer gráfico Cláudio, de 26 anos, reconhece que não é fácil administrar uma relação poliafetiva. "Acredito que o casal deve definir como funciona o relacionamento, que vai tomando forma de acordo com as particularidades de cada um. Lidar com ciúme é difícil, mas lidar com a mentira é ainda mais difícil" (BEM PARANÁ, 2007).

Também em entrevista concedida a Bem Paraná, a praticante do poliamorismo, Marcelle De Beauvoir, fala sobre as vantagens e desvantagens do poliamor:

> Não acredito na limitação do amor. O amor não é uma coisa que delimitamos. A vantagem das pessoas que vivem relações poliafetivas é a liberdade de amar, a liberdade de poderem ser sinceras com elas mesmas e com as pessoas com quem se relacionam. É poder viver o que se tem vontade, experimentar coisas novas. Já a desvantagem são os tabus, o preconceito, a estigmatização, o machismo (BEM PARANÁ, 2007).

Sobre as regras do relacionamento poliafetivo, Marcelle acrescenta que "Relações poliafetivas possuem praticamente as mesmas regras das relações monogâmicas, a diferença está no número de pessoas que vão fazer parte da relação. É uma relação que exige cumplicidade, respeito, transparência como qualquer outra" (BEM PARANÁ, 2007).

De fato, as relações poliafetivas têm como ideal admitir uma multiplicidade de sentimentos, que se desenvolvem com vários parceiros, indo além da relação sexual. O sexo é um complemento secundário, a base é a honestidade e o compromisso entre os envolvidos.

A fidelidade dos parceiros não se refere à posse do outro, mas sim à confiança mútua no envolvimento. Ao avaliar que uma pessoa não consegue completar a outra em alguns ou todos os aspectos, uma terceira ou quarta pessoa poderia supriria aquelas necessidades e, dessa forma, terminaria a busca obsessiva de encontrar uma só pessoa perfeita. Trata-se do fim do amor romântico.

É com base nesses argumentos que os adeptos aderem aos relacionamentos poliamorosos, sendo certo que o crescimento desta prática denota uma mudança significativa nas relações íntimas nos últimos anos.

O poliamor traduz, portanto, a unidade familiar que busca a felicidade, por meio de envolvimento afetivo que prescinde a exclusividade. Todavia, a regulamentação das relações poliafetivas tem encontrado obstáculos, sobretudo, no argumento falacioso de que a monogamia

seria um princípio jurídico, referência das entidades familiares amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Passa-se a analisar a relação o poliamor com a monogamia, a fim de demonstrar a sua natureza de mero valor.

3.2 A Relação do Poliamor com a Monogamia

A palavra monogamia é de origem grega e significa MONOS, "um, único", mais GAMEIN, "casar", ou seja, um único casamento. Assim, monogamia seria aquela relação em que as pessoas optam por ter apenas um único parceiro.

Pode-se aferir, por meio da análise histórica, que a monogamia, desde os tempos mais remotos, tem sido o valor referência para a constituição familiar, afinal, apenas as famílias monogâmicas eram reconhecidas no mundo jurídico. A não-monogamia, em contrapartida, tem gerado repulsa em muitos, gerando empecilho do reconhecimento da família poliamorista.

Com efeito, a ideia de que a monogamia é uma característica do homem civilizado, até mesmo em razão dos dogmas religiosos, implicou na imposição da monogamia como modelo de relacionamento íntimo humano, impedindo, com isso, o reconhecimento de outras formas de união.

Alguns doutrinados e magistrados mais conservadores ainda mantêm esta concepção, motivo pelo qual o reconhecimento da constituição de famílias plurais no ordenamento jurídico pátrio ainda não aconteceu.

No entanto, a monogamia não se sustenta como princípio jurídico, sobretudo, porque não pode ser considerada um "dever ser" imposto pelo Estado a todas as relações familiares.

No primado da dignidade da pessoa humana, não é possível compelir um indivíduo a formar uma família essencialmente monogâmica, quando este não for a sua essência de vida. Considerar a monogamia como princípio estruturante do Direito das Famílias seria o mesmo que cercear a possibilidade de ser feliz daquele que pretende formar uma família composta por múltiplos membros, imprimindo um viés excludente totalmente diverso daquele pretendido pela teleologia constitucional.

A monogamia é, nessa concepção, uma orientação religiosa, mero valor e não um princípio do direito de família. A imposição da monogamia pelo Estado, oriunda de dogmas religiosos, se presta, tão somente, a impedir o reconhecimento das famílias em suas diversas

formas de constituição, ferindo de morte os princípios constitucionais que regem o direito de família.

César Fiúza e Luciana Poli destacam que:

> Elevar a monogamia à categoria de princípio é perpetuar o que o texto constitucional não disse; é vendar os olhos para inúmeras realidades familiares; é perseguir resultados desastrosos; é negar o reconhecimento e proteção a diversos núcleos familiares (FIÚZA; POLI, 2016, p. 166).

A monogamia é, na verdade, um estilo de vida, um valor que cabe juízo de qualidade de ser uma boa ou péssima opção de modo de viver. A noção de um relacionamento monogâmico por toda a vida, sem dúvida, está profundamente enraizada na cultura do ocidente, sobretudo, em função de influência religiosa cristã.

A evolução normativa é necessária, sobretudo, para que as relações íntimas afetivas presentes na sociedade sejam regulamentadas pelo ordenamento jurídico em suas particularidades, garantindo a todos os direitos inerentes a uma vida digna.

3.3 Princípios que Amparam o Reconhecimento da Família Poliafetiva

A positivação de normas jurídicas é uma resposta às mudanças sociais. Os anseios sociais formam, durante toda história do Direito, proposições ideais que deveriam informar toda a compreensão das relações humanas, bem como nortear a sua regulamentação. Pode-se dizer que tais proposições são princípios informadores do Direito, em sua essência, o fundamento da ordem jurídica. Nas palavras de Miguel Reale:

> Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE, 2003, p 37).

Na acepção de Américo Plá Rodriguez (2000), os princípios são:

> [...] linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasará a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos. (RODRIGUEZ, 2000, p. 36).

Nessa perspectiva, os princípios são proposições ideais que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, diretrizes centrais que embasam o direito e fornecem subsídios à sua correta interpretação e aplicação.

Seguindo a linha principiológica, a Constituição da República de 1988 deu atenção especial aos direitos fundamentais e sociais, reconhecendo como princípios basilares, a pluralidade familiar, a isonomia, tudo em busca da promoção da dignidade da pessoa humana.

Nessa toada, a família foi estampada como a base da sociedade, direito constitucionalmente garantido, sobretudo, por ser necessária à formação do indivíduo.

Posto isto, passa-se a elencar os princípios que amparam o reconhecimento da família poliafetiva.

3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana está elencado no rol dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil e consequentemente, do Estado Democrático de Direito. É o que dispõe o art. 1º, III:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel os Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> [...]
> III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

PLÁCIDO E SILVA (1967) assevera que:

> [...] dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação. (SILVA, 1967, p. 526).

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito é resultado da evolução do pensamento humano. E em observância a esse grande princípio basilar que o direito de família foi fortalecido de forma a ampliar a abrangência do conceito de família e aceitar como legítimas as mais diversas formas de constituição familiar.

Maria Berenice Dias destaca que a dignidade humana:

> É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. [...] Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (DIAS, 2009, p. 61-62).

A dignidade da pessoa humana transcende o direito, por isso, desempenha o papel de Princípio Constitucional Civil, constituindo-se uma norma jurídica atuante nas relações entre particulares, notadamente, na família. Mostra-se expressa como uma cláusula geral, que vem protegendo e ampliando as possibilidades de determinado direito.

Dignidade, então, pressupõe a igualdade entre as pessoas, as quais devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de características individuais, raça, gênero, capacidade ou qualquer outra segregação.

Desse modo, resta claro que a aplicação da igualdade concede aos integrantes da família poliafetiva direito de serem respeitados pela sua livre escolha de constituição familiar, sem discriminação.

3.3.2 Princípio da Igualdade

A noção de igualdade é diretamente ligada à dignidade. Consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, o princípio da igualdade assegura que não haverá distinção abusiva entre as pessoas, seja pela lei, pelo Estado ou por particulares.

Cumpre destacar que este princípio não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, seja em razão de sexo, raça, condição econômica, entre outras. Busca-se garantir a igualdade material, igualdade jurídica isonômica, evitando que o parâmetro diferenciador seja carente de razoabilidade. Neste aspecto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca:

> O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Vedam apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça. (FERREIRA FILHO, 1990, p. 243).

O princípio em questão traduz a máxima que de a Lei deve tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, podendo assim resguardar juridicamente os interesses da sociedade como um todo. Tal preceito se mostra importante para o reconhecimento da família poliafetiva, que não pode ser discriminada apenas pela escolha de um arranjo familiar fora dos padrões convencionais esperados.

3.3.3 Princípio da Pluralidade Familiar

A nova definição de família, fundamentada no afeto, sugere uma diversidade de formações possíveis, não havendo que se falar, necessariamente, em uma estrutura ou origem singular.

A multiplicidade de formas não é um assunto novo, ao contrário, evidencia-se durante a evolução da sociedade. Exemplo disso, é que as famílias formadas fora do casamento já se mostravam uma realidade, fruto dos divórcios em grande escala, quando foram legitimadas pela Constituição da República de 1988. Ao lado do casamento, a união estável e a família monoparental, passaram a ser protegidas de forma exemplificativa.

Positivando uma realidade já existente, a Carta Magna abandonou, definitivamente, a estrutura singular do matrimônio, para abarcar uma diversidade de formações possíveis, desde que fundamentada no afeto. O texto constitucional concedeu caráter inclusivo e a organização familiar passa a ser instrumental, afetiva, constituindo-se meio de desenvolvimento da dignidade dos indivíduos, uma entidade pluralizada, igualitária, democrática, hetero ou homoparental, voltada para a busca da felicidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, não pode haver escolha de promoção da dignidade, na realidade, o que o comando constitucional determina é a proteção da dignidade inserida na família que melhor lhe atenda ao indivíduo.

A concepção eudemonista da família, pela qual os arranjos familiares passam a levar em conta a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes, assegura ao individuo relações de igualdade e de respeito mútuo, fundamentos que protegem a família poliafetiva.

O Estado deve proteger a família em todas as suas modalidades. A pluralidade familiar ampliou os parâmetros que norteiam o conceito de formação de família, motivo pelo qual não

é possível negar tutela às diversas formas de constituição de família, principalmente, uma realidade sociológica como a família poliafetiva.

3.3.4 Princípio da boa fé

Um dos princípios fundamentais do direito é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações. A atividade jurídica protege a confiança depositada na conduta esperada entre os envolvidos, em qualquer âmbito do direito.

O Código Civil de 2002 adotou o princípio da boa-fé objetiva como um dos elementos fundamentais das relações jurídicas entre os particulares. A postura ética é uma questão que deve ser analisada em todas as relações civis, inclusive no ambiente familiar. No âmbito familiar, a boa-fé, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, estruturam os valores centrais das famílias, como o afeto, a colaboração, a confiança, o respeito e a responsabilidade, e orientam a complexidade dos vínculos familiares.

Nessa ordem de ideias e compreendendo a família como uma entidade tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, por meio do afeto, solidariedade e confiança, dúvidas não há de que, na vertente do poliamor, prepondera a incidência da boa-fé objetiva, na medida em que as partes se unem de comum acordo, ética, solidariedade, afeto e transparência, inexistindo, então, qualquer impedimento para o enquadramento legal dessa unidade familiar.

Como se observa, a gama de princípios elencados: dignidade humana, igualdade, pluralidade familiar, boa-fé legitimam a família poliafetiva, sendo a união estável uma possibilidade de formalização.

3.4 A União Estável Poliafetiva

Em 2012, a primeira união estável entre três pessoas, um homem e duas mulheres, foi registrada em cartório, na cidade de Tupã, interior de São Paulo. Muitos juristas entenderam que o registro deveria ser considerado nulo, imoral e indecente.

Contudo, a relação poliafetiva em comento já era uma realidade social. *In casu*, o trio já se encontrava unido de forma pública, afetiva, duradoura, com intuito de constituição de família, circunstância que, por si só, já lhes garantiriam direitos de família.

Seguindo a mesma perspectiva, registrada uma união estável entre três mulheres, em 2015, pela tabeliã Fernanda de Freitas Leão, do 15º Ofício de Notas do Rio, localizado na Barra da Tijuca, que justifica:

> Não existe uma lei específica para esse trio, tampouco existe para o casal homoafetivo. Isso foi uma construção a partir da decisão do STF, que discriminou todo o fundamento e os princípios que reconheceram a união homoafetiva como digna de proteção jurídica. E qual foi essa base? O princípio da dignidade humana e de que o conceito de família é plural e aberto. Além disso, no civil, o que não está vedado, está permitido.

O que se percebe é que o registro da união estável poliafetiva apenas declara direitos de família preexistentes, inexistindo qualquer argumento jurídico impeditivo para tal conformação familiar.

Contudo, em reação aos registros mencionados, em 2016, a Associação de Direito da Família e das Sucessões – ADFAS requereu ao Conselho Nacional de Justiça a proibição das lavraturas de escrituras públicas de "uniões poliafetivas" pelas serventias extrajudiciais do Brasil, sob o argumento de inconstitucionalidade, em razão da violação dos princípios constitucionais do direito de família, da moral e dos costumes.

Analisando o pedido elaborado pela ADFAS, no dia 13 de abril de 2016, a Corregedora-Geral de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, recomendou às serventias extrajudiciais de notas, que não lavrassem novas escrituras de uniões poliafetivas, até conclusão de pedido de providências sobre o tema no CNJ.

Inobstante isso, considera-se viável a formalização da união civil poliafetiva, por meio de escritura pública, sendo o regime de bens decidido livremente entre aqueles previstos na lei civil - comunhão parcial, comunhão universal, separação de bens ou participação final dos aquestos.

A união estável poliafetiva sem registro é uma realidade, é fato que as pessoas têm se unido de forma pública, afetiva, duradoura, com intuito de constituição de família, pela simples manifestação consensual de vontade. Ante a tal contexto, o registro público civil se presta apenas a publicizar a família poliafetiva já existente, garantindo-lhes direitos, como pensão, regime de bens, filiação, multiparentalidade, dissolução parcial, total e sucessão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar os aspectos controvertidos do Poliamor, relacionamento afetivo conjugal de mais de três pessoas, que pode gerar a constituição de uma família. Para tanto, discutiu-se sobre o conceito tradicional de família e sua evolução ao longo do tempo, buscando demonstrar como a readequação do modelo tradicional de família é consequência da evolução da sociedade e da ampliação do conceito de entidade familiar no âmbito social.

Seguindo esse contexto, demonstrou-se que o poliamor, aos poucos, vem se tornando conhecido, sendo mais uma forma de relacionamento íntimo amoroso entre as pessoas com a intenção de constituir família, com regras próprias baseadas na liberdade individual e na afetividade.

Tendo em vista ser uma realidade social, evidenciou-se a necessidade de pensar o direito, de forma a entender a possibilidade de surgimento de uma família a partir da prática do poliamor, apresentando soluções justas para os relacionamentos poliafetivos.

Para embasar o reconhecimento jurídico da família poliafetiva, apresentou-se a monogamia como valor não impeditivo da conformação familiar, afastando o caráter normativo defendido por parte da doutrina. Concluiu-se que a monogamia não se sustenta como princípio estruturante do Direito das Famílias, sobretudo, por não ser considerada um "dever ser" imposto pelo Estado a todas as relações familiares.

Por outro lado, evidenciou-se a força normativa dos princípios da dignidade humana, da autonomia privada e da pluralidade familiar, os quais, *per si*, permitiriam a livre escolha da família que melhor corresponda ao indivíduo.

Assim, ante a observância dos princípios da dignidade humana, isonomia e da pluralidade familiar, defendeu-se que o Estado não pode renegar proteção às famílias não monogâmicas. Os membros de tais famílias são detentoras da mesma dignidade daqueles inseridos nas famílias tradicionais.

A Constituição da República de 1988 determina a interpretação do conceito de família de um ponto de vista mais pluralista e humanitário, concedendo liberdade às pessoas para que busquem sua felicidade da forma que melhor lhe atendam. Conceituação restritiva de família não se compatibiliza com a promoção da dignidade humana, fundamento básico do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, são pilares constitucionais da entidade familiar, a dignidade da pessoa humana, o afeto recíproco e o desejo compartilhado de alcançar a felicidade. Assim, não é apenas a garantia constitucional de liberdade e igualdade que ampara a possibilidade jurídica de se regularizar um relacionamento poliamoroso, o direito de ter reconhecida a união entre pessoas que se amam advém, antes de tudo, do direito humano fundamental da dignidade da pessoa humana.

Não há como ignorar que a não regulamentação destas entidades familiares exclui ou dificulta a regulamentação dos direitos patrimoniais de seus membros. Afinal, uma pessoa que conviveu com outras realizando todos os atos de um relacionamento conjugal comum, não pode ser prejudicada apenas pela recusa de aceitação da nova conformação familiar.

Em suma, demonstrou-se que o relacionamento de conjugalidade poliafetiva tem como objetivo a formação de uma única entidade familiar, composta de múltiplas relações afetivas, permeada pelo envolvimento simultâneo e profundo de mais de duas pessoas. Em outras palavras, três ou mais companheiros que mantém um relacionamento poliafetivo formam uma família como outra qualquer, morando sob o mesmo teto, com filhos ou não, cachorro, passarinho, enfim, nítido objetivo de formação de família – *affectio maritalis*.

Reconhecer a família poliafetiva é medida necessária, sobretudo, com fundamento na cláusula familiar inclusiva, disposta no art. 226 da CR/88, a qual permite a formação de novos arranjos, que contenham a afetividade e solidariedade como seus elementos propulsores. Não há qualquer prejuízo em conceder direitos das famílias àqueles que têm em seu coração lugar para mais de um amor.

Levando a efeito que o principal objetivo da família é dar suporte emocional aos indivíduos, como um instrumento de livre desenvolvimento dos seus membros, a simples aplicação dos princípios da autonomia privada, dignidade da pessoa humana, pluralidade de entidades familiares é suficiente para legitimar o reconhecimento jurídico das famílias poliafetivas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil:* famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AURELIO. *Dicionário da língua portuguesa*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro, 2002.

BEMPARANÁ. *Poliamoristas dividem amor entre vários sem culpa*. Disponível em: <http://www.bemparana.com.br/noticia/41655/poliamoristas-dividem-amor-entre-varios-sem-culpa>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRANDALISE, Camila; ROCHA, Paula. Será o fim do tabu da monogamia? *Revista IstoÉ*, n. 2336, 29/08/2014. Disponível em: <http://istoe.com.br/380010_SERA+O+FIM+DO+TABU+DA+MONOGAMIA+/>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Vade Mecum Saraiva. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70005246897. Rel.: José Carlos Teixeira Giorgis. DJ 12/03/2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?código=99392&ano=2002>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 3ª Câmara Cível. APL: 7001246 PE 176862-7. Rel.: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto. DJ 08/03/2012. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21407042/apelacao-apl-7001246-pe-176862-7-tjpe>. Acesso em: 16 maio. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 2968625. Rel.: José Fernandes. DJ 13/11/2013. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158606091/apelacao-apl-2968625-pe>. Acesso em: 15 maio. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 0393812014. MA 0015505-24.2013.8.10.0001. Rel.: Jamil de Miranda Gedeon Neto. DJ 12/03/2015. Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175071171/apelacao-apl-393812014-ma-0015505-2420138100001>. Acesso em: 15 maio. 2016.

CODO, W. & GAZZOTTI, A.A. Trabalho e Afetividade. In: CODO, W. (Coord.) *Educação, Carinho e Trabalho*. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo. *Concubinato e união estável.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. 2. ed. rev. atual. Por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro. Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família.* 5. ed. rev. atual. e amp. 2. tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da família, da propriedade Privada e do Estado:* trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 16. ed. Rio de janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Família. 7. ed. v. 06. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

Submissão: 11/08/2017
Aceito para Publicação: 11/04/2017