

Sumário

PREFÁCIO

Fábio Costa Morosini, Cesar Viterbo Matos Santolim, Kenny Sontag,
Nicole Rinaldi de Barcellos 1-4

AUTORES CONVIDADOS

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA. Valores y principios regulativos
Alfonso-Luis Calvo Caravaca 5-38

DESNACIONALIZANDO O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO – Um direito com múltiplos julgadores e implementadores
Diego P. Fernández Arroyo 39-62

TEORIA DO DIREITO SEM FRONTEIRAS: Direito internacional privado como pluralismo jurídico global
Horatia Muir Watt 63-83

ARTIGOS

"THE SECOND ROAD": State responsibility and the emergence of the distinction between primary and secondary rules in the international law commission
George Rodrigo Bandeira Galindo 84-115

A CRISE CONTEMPORÂNEA DE REFUGIADOS NA EUROPA E A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE NACIONALIDADE
Paulo Klein Junior, Giovanni Olsson 116-145

DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: Uma visão orgânica e funcional
Clóvis Alberto Volpe Filho, José Antonio de Faria Martos 146-163

RACIONALIDADE NA JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DA SAÚDE PÚBLICA: do paradigma da "bipolaridade objetiva do mínimo existencial" à interpretação restritiva da dignidade humana
Sérgio Cabral dos Reis 164-189

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA NO BRASIL: um "horário desprotegido" na TV aberta e a proteção integral de crianças e adolescentes
Rômulo Magalhães Fernandes 190-210



PATRIMONIALISMO E SISTEMA DE JUSTIÇA: O Caso do auxílio-moradia a partir da perspectiva de Max Weber Guilherme Stefan, José Alcebíades de Oliveira Junior	211-232
O ESTADO BRASILEIRO E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA Rafael José Nadim de Lazari, Adolfo Mamoru Nishiyama	233-250
TRABALHO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER Valdete Souto Severo	251-275
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL Andre Luiz dos Santos Nakamura	276-300

PREFÁCIO

A equipe editorial da revista *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, publicação do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) tem a honra de apresentar ao público e à comunidade acadêmica o número 1 do Volume XV. As pesquisas apresentadas foram produzidas por pesquisadores de diferentes regiões do Brasil e do exterior, de forma a contemplarem as pluralidades de pensamento e as diversas nuances que envolvem o campo do direito em sua relação com outras disciplinas.

Nossos votos são de que as discussões neste número propostas fomentem o pensamento crítico, promovam debates multidisciplinares e incentivem o diálogo entre as esferas acadêmica e pública. Como periódico vinculado a programa de pós-graduação de universidade pública, ressaltamos o nosso compromisso na disponibilização, de forma livre e gratuita a toda a sociedade, de estudos com relevância acadêmica e rigor científico.

Nesta edição, contemplando os requisitos de publicação da CAPES, preparamos uma seção especial de direito internacional privado, na qual três pesquisadores convidados estrangeiros de singular distinção abordam temas voltados à compreensão contemporânea desta disciplina, tocando em temas como integração regional, desnacionalização do direito e pluralismo jurídico.

O convidado Alfonso-Luis Calvo Caravaca, professor catedrático de direito internacional privado da Universidad Carlos III de Madrid, na Espanha, apresenta estudo na língua espanhola sobre o sistema próprio de direito internacional privado da União Europeia, abordando seus princípios e valores, as implicações nas áreas da jurisdição internacional e do direito aplicável, os critérios de conexão utilizados e a eficácia extraterritorial das decisões.

O convidado Diego P. Fernández Arroyo, professor na *Sciences Po* em Paris, na França, contribui com um debate sobre a desnacionalização do direito internacional privado, abordando a disciplina como um direito que possui múltiplos julgadores e implementadores. O autor argumenta que o Estado hoje coexiste com outros atores públicos e privados, o que faz com que a produção, a implementação e a eficácia do direito internacional privado dependam consideravelmente de diferentes tipos de atores não-estatais.

A convidada Horatia Muir Watt, professora na *Sciences Po* em Paris, na França, analisa em seu estudo se o pluralismo jurídico pode abranger o direito internacional privado para criar uma teoria do direito além-fronteiras. No artigo, a autora argumenta que a teoria do direito internacional privado pode contribuir com princípios, infundir interações normativas híbridas e garantir a responsabilidade no relacionamento entre a direito global e a justiça global.

Apresentamos também nesta edição nove estudos de autoria de professores provenientes de universidades que contemplam distintas localidades do Brasil, e que abordam diversas áreas do conhecimento jurídico. Os mencionados artigos foram selecionados com base na revisão cega por pares de nossos avaliadores, a partir das submissões aos Cadernos.

No âmbito do direito internacional público, o professor George Rodrigo Bandeira Galindo, da Universidade de Brasília, apresenta um estudo em inglês acerca da responsabilidade do Estado e a emergência da distinção entre regras primárias e secundárias na comissão de direito internacional.

No mesmo ramo do direito, Paulo Klein Junior, da Universidade Federal de Santa Catarina, e Giovanni Olsson, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, abordam a crise contemporânea de refugiados na Europa, problematizando até que ponto a nacionalidade ainda é importante e efetiva na proteção dos direitos humanos.

Os autores Clóvis Alberto Volpe Filho e José Antonio de Faria Martos, professores da Faculdade de Direito de Franca, em São Paulo abordam a diferença entre princípios e regras em uma diferenciação orgânica, afirmando que o texto normativo pode se apresentar como princípio ou regra a depender do seu contexto normativo e do seu vínculo funcional.

Na esfera do direito processual, o professor Sérgio Cabral dos Reis, da Universidade Estadual da Paraíba, discute sobre racionalidade na Judicialização individual da saúde pública, abordando o paradigma da bipolaridade objetiva do mínimo existencial.

A proteção das crianças e adolescentes é debatida por Rômulo Magalhães Fernandes, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em seu artigo. No estudo, o autor contempla o tema da classificação indicativa no Brasil, debatendo a tensão entre liberdade de informação dos meios de comunicação e a proteção integral de crianças e adolescentes.

Na seara da sociologia do direito, Guilherme Stefan, José Alcebíades de Oliveira Junior, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) realizam uma revisão da temática do patrimonialismo na obra de Max Weber e de autores brasileiros de referência, e analisam sua relação com o auxílio-moradia no Brasil.



A inclusão social das pessoas com deficiência é investigada por Rafael José Nadim de Lazari da Universidade de Marília, em conjunto com Adolfo Mamoru Nishiyama da Universidade Paulista, ambos de São Paulo, em artigo que aborda o papel do Estado brasileiro na proteção desse grupo vulnerável.

No campo do direito do trabalho, Valdete Souto Severo, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, analisa as interfaces entre trabalho e violência contra a mulher. A autora analisa examina diferentes formas de violência contra a mulher e suas relações com o mundo do trabalho, propondo possibilidades de enfrentamento jurídico ao problema.

Finalmente, Andre Luiz dos Santos Nakamura, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, contribui à publicação com um estudo sobre as parcerias público privadas no sistema prisional, no qual defende que a possibilidade de se utilizar da concessão administrativa, para a gestão terceirizada de estabelecimentos prisionais requer muita cautela do poder público.

Agradecendo aos pesquisadores, avaliadores e leitores, temos o prazer de publicar mais esta edição do periódico *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Gostaríamos de agradecer especialmente ao acadêmico Diego Flávio Fontoura José, estagiário destes Cadernos, pelo incansável trabalho na editoração deste número.

Desejamos a todos e todas uma boa leitura!

Porto Alegre, 31 de julho de 2020

Prof. Dr. Fábio Costa Morosini
Editor-chefe

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim
Editor-chefe Substituto

Doutorando Kenny Sontag
Editor-colaborador

Doutoranda Nicole Rinaldi de Barcellos
Editora-colaboradora



EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA. VALORES Y PRINCIPIOS REGULATIVOS

O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA UNIÃO EUROPEIA. VALORES E PRINCÍPIOS REGULATÓRIOS

EUROPEAN UNION PRIVATE INTERNATIONAL LAW. VALUES AND REGULATORY PRINCIPLES

Alfonso-Luis Calvo Caravaca*

RESUMEN: La UE dispone de un “sistema propio de Derecho internacional privado”, como el Derecho internacional privado que posee cada Estado. Su crecimiento imparable y su vocación de regulación global del Derecho internacional privado permiten afirmar que existe ya un auténtico sistema de “Derecho internacional privado europeo” que constituye, ya en la actualidad, el sistema central de Derecho internacional privado de todos los Estados miembros. No sólo por la cantidad de instrumentos legales sino, principalmente, porque este Derecho internacional privado europeo desarrolla unos valores intrínsecamente europeos que representan una nueva manera de entender el Derecho internacional privado, que el mismo TJUE ha puesto al servicio de los valores sustantivos del Derecho europeo.

PALABRAS-CLAVE: Derecho internacional Privado. Unión Europea. Derecho internacional privado europeo. Jurisdicción internacional. Derecho aplicable.

RESUMO: A UE tem o seu próprio “sistema de direito internacional privado”, tal como o direito internacional privado de cada Estado. O seu crescimento irrefreável e a sua vocação de regulação global do direito internacional privado permitem afirmar que já existe um sistema autêntico de “direito internacional privado europeu” que constitui, já hoje, o sistema central do direito internacional privado de todos os Estados membros. Não só pelo número de instrumentos jurídicos, mas, principalmente, porque este direito internacional privado europeu desenvolve valores intrinsecamente europeus que representam uma nova forma de compreender o direito internacional privado, os quais o próprio TJUE colocou o serviço dos valores substantivos do direito europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. União Europeia. Europeização do Direito Internacional Privado. Jurisdição Internacional. Direito aplicável.

ABSTRACT: The EU has its own “system of private international law”, as the private international law that each State has. Its unstoppable growth and its vocation of global regulation of private international law make it possible to affirm that there is already an authentic system of “European private international law” that constitutes, already today, the central system of private international law of all member States. Not only because of the number of legal instruments but, mainly, because this European private international law develops intrinsically European values that represent a new way of understanding private international law, of which the CJEU itself has put at the service of the substantive values of European law.

KEYWORDS: Private international law. European Union. Europeanization of private international Law. International jurisdiction. Applicable law.

SUMÁRIO: I Introducción. 1 Aspectos generales. 2 Principio de coherencia entre los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado. II. Principios y valores del Derecho internacional privado europeo. 1. Principios y valores generales. 2. Competencia judicial internacional. 3. Derecho aplicable. A) Aspectos generales de las normas de conflicto europeas. B) Punto de conexión preferido en Derecho internacional privado de la UE. La autonomía de la voluntad conflictual. a) Aspectos generales. b) Argumentos a favor de la autonomía de la voluntad conflictual. C) Punto de conexión subsidiario preferido en Derecho internacional privado de la UE. La residencia habitual de la persona. a) Argumentos a favor del punto de conexión “residencia habitual”. b) Concepto de “residencia habitual”. 4. Eficacia extraterritorial de decisiones. Referencias.

* Professor Catedrático de Derecho internacional privado da Universidad Carlos III de Madrid. Membro do Conselho de Direção do UNIDROIT.

I INTRODUCCIÓN

1 ASPECTOS GENERALES

1. La UE dispone de un “sistema propio de Derecho internacional privado”, como el Derecho internacional privado que posee cada Estado. Es cierto que todavía se encuentra en un estado de construcción y que, por ello, es incompleto, apunta H. J. SONNENBERGER¹. En tal sentido ha indicado E.-M. KIENINGER, que la codificación del Derecho internacional privado es más un proceso que un hecho². Sin embargo, su crecimiento imparable y su vocación de regulación global del Derecho internacional privado permiten afirmar que existe ya un auténtico sistema de "Derecho internacional privado europeo" que constituye, ya en la actualidad, el sistema central de Derecho internacional privado de todos los Estados miembros³. El Derecho internacional privado de la UE cuenta en la actualidad con 18 Reglamentos europeos que constituyen el armazón legal de una auténtica "*European Choice of Law Revolution*"⁴. No sólo

6

¹ SONNENBERGER, H.J. Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 4, Bielefeld, 2011, p. 325-335.

² KIENINGER, E.-M. Die weitere Kodifikation des europäischen IPR. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 200-208.

³ REQUEJO, M. Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations. In: Hess, BURKHARD; JAYME, Erik; MANSEL, Heinz-Peter (Hrsg.). *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*. Bielefeld: Giesecking Verlag, 2018, p. 425-439.

⁴ Los reglamentos europeos que constituyen el núcleo del Derecho internacional privado de la UE son los que siguen: Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012); Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DOUE L 338 de 23 diciembre 2003) y Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 junio 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida); Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008); Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007); Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como "Reglamento Roma III"; Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009); Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE L 141/19 de 5 junio 2015); Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012); Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de



por la cantidad de instrumentos legales sino, principalmente, porque este Derecho internacional privado europeo desarrolla unos valores intrínsecamente europeos que representan una nueva manera de entender el Derecho internacional privado, señala TH. KADNER GRAZIANO⁵. Un Derecho internacional privado que el mismo TJUE ha puesto al servicio de los valores sustantivos del Derecho europeo, como expone T. AZZI⁶.

2 PRINCIPIO DE COHERENCIA ENTRE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2. La coherencia del Derecho internacional privado de la UE puede entenderse en varios sentidos. Desde un punto de vista normativista se distingue, indica S. SÁNCHEZ LORENZO, entre coherencia vertical, horizontal y transversal⁷. Desde una perspectiva sustantiva, sin embargo, una clasificación diferente puede sugerirse.

3. En primer lugar, como "coherencia interna" de los reglamentos europeos de Derecho internacional privado. Se trata de que cuestiones de Derecho internacional privado similares, como por ejemplo, la elección de la Ley aplicable o la precisión del lugar de la residencia habitual de una persona, tengan una misma regulación en los distintos reglamentos europeos de Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado de la UE está compuesto por normas generadas en momentos diferentes. Cada normativa de Derecho internacional privado europeo es el producto de negociaciones y tensiones particulares. Por tanto, lleva razón J. BASEDOW, cuando escribe es que la propia naturaleza de las normas es presentarse de modo

2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016); Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

⁵ KADNER GRAZIANO, T. Codifying European Union private international law: The Swiss Private International Law Act: a model for a comprehensive EU private international law regulation? *Journal of Private International Law*, v. 11, n. 3, Geneva, 2015, p. 585-606.

⁶ AZZI, T. La cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire. In: AVOUT, Louis d'; BUREU, Dominique; MUIR WATT, Horatia (Eds.) *Les relations privées internationales: Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, Paris: LGDJ, Lextenso, 2014, p. 43-58. También LABAYLE, H. Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice *RTDE - Revue trimestrielle de droit européen*, v. 42, n. 1, Paris, 2006, p. 1-46.

⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S. El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo. *REDI - Revista Española de Derecho Internacional*, v. 70, n. 2, Madrid, 2018, p. 17-47.

descoordinado⁸. En consecuencia, como hace notar L. WALKER, no es extraño observar que la regulación de ciertas cuestiones, -como el reenvío, la remisión a derechos plurilegislativos, etc. -, es distinta de reglamento a reglamento en el Derecho internacional privado europeo⁹. Ciertos juristas han estimado que esta situación no es deseable y han defendido la elaboración de un "Reglamento general" o "Roma cero" que debería contener esa parte general del Derecho internacional privado europeo. Frente a ello, otros especialistas sostienen que la realidad normativa de la UE demuestra que el legislador europeo no cree en la parte general del Derecho internacional privado. El gigantismo de una teoría general del Derecho internacional privado no es apropiado para los tiempos líquidos actuales. El reenvío, por ejemplo, puede tener sentido en el Derecho internacional privado sucesorio, pero carece de toda razón, indica H. SCHACK, en el Derecho internacional privado de daños o de contratos¹⁰. Por eso, la parte general del Derecho internacional privado europeo, que responde a la idea propia de la modernidad de una teoría válida de modo general, una cosmovisión del Derecho internacional privado, es una idea superada en los tiempos post-modernos actuales que no debería nunca ver la luz.

4. En segundo lugar, como "coherencia conceptual". Se trata, apunta J.P. SCHMIDT, de que los conceptos jurídicos empleados por distintos reglamentos europeos tengan el mismo significado dentro de las lógicas divergencias debidas a la diferente función que tales conceptos despliegan en los distintos reglamentos europeos¹¹. Esta coherencia conceptual ha sido claramente aceptada por el legislador europeo (Cons. 7 RR-I, Cons. 7 RR-II y Cons. 7 RB I-bis, que se refieren a la coherencia entre las "disposiciones" de estos reglamentos europeos), pese a los problemas lingüísticos inevitables, como ha destacado T. RAUSCHER¹². Y pese, también, a la tradición jurídica condensada en cada concepto que puede sonar igual (=

⁸ BASEDOW, J. EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz: ein schwieriges Verhältnis. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 194-200.

⁹ WALKER, L. Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU. *Journal of Private International Law*, v. 14, n. 2, Geneve, 2018, p. 225-261.

¹⁰ SCHACK, H. Was bleibt vom Renvoi? *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 33, 4, Bielefeld, 2013, p. 315-320.

¹¹ LÜTTRINGHAUS, J. D. Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht: Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung, dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse. *RabelsZ - Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, j. 77, h. 1, Tübingen, 2013, p. 31-68.

¹² RAUSCHER, T. Von prosaischen Synonymen und anderen Schäden: zum Umgang mit der Rechtssprache im EuZPR/EuIPR. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32, 1, Bielefeld, 2012, p. 40-48.



"domicilio", matrimonio entre personas del mismo sexo", etc.), pero refleja ideas muy distintas, como demuestra muy gráficamente I. ISAILOVIC¹³.

5. En tercer lugar, como "coherencia externa". Se trata de que los Reglamentos europeos se coordinen entre sí de modo que sólo las cuestiones que expresamente están excluidas de dichos Reglamentos quedan todavía en manos de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado de los Estados miembros. El objetivo de esta "coherencia externa" o "coherencia inter-Reglamentos" radica en proporcionar un sistema de Derecho internacional privado europeo sin lagunas de regulación, indica J.D. LÜTTRINGHAUS¹⁴. Ello potencia la certeza legal y confina a los sistemas nacionales de Derecho internacional privado de los Estados miembros a supuestos expresamente excluidos, puramente residuales (M. LEHMANN)¹⁵. También el legislador europeo ha asumido esta "coherencia externa" de los reglamentos de Derecho internacional privado como un objetivo del sistema. Así puede verse en los Cons. 7 RR-I, Cons. 7 RR-II y Cons. 7 RB I-bis, que se refieren a la coherencia entre el "ámbito material" de estos reglamentos europeos, en expresión empleada por M. ANDRAE¹⁶.

9

II PRINCIPIOS Y VALORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

1 PRINCIPIOS Y VALORES GENERALES

6. Varios principios que inspiran el Derecho internacional privado europeo constituyen, al mismo tiempo, valores jurídicos fundamentales del mismo. Tales principios-valores se

¹³ ISAILOVIC, I. Same Sex but Not the Same: Same-Sex Marriage in the United States and France and the Universalist Narrative. *AJCL – American Journal of Comparative Law*, 66, 2, Berkley, 2018, p. 267-315.

¹⁴ LÜTTRINGHAUS, J. D. Verboten des internationalen Arbeitsrechts unter Rom I: Das bei „mobilen Arbeitsplätzen“ anwendbare Recht und der Auslegungszusammenhang zwischen IPR und IZVR (zu EuGH, 15.3.2011, Rs. C-29/10, Heiko Koelzsch vs. Großherzogtum Luxemburg, unten S. 582, Nr. 59). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 6, Bielefeld, 2011, p. 554-559.

¹⁵ LEHMANN, M. Eine Lücke im europäischen Kollisionsrecht der Schuldverhältnisse? Die Haftung wegen Vermögensübernahme und wegen Fortführung eines Handelsgeschäfts (OGH, S. 541). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 35, 6, Bielefeld, 2015, p. 495-500.

¹⁶ ANDRAE, M. Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 38, 3, Bielefeld, 2018, p. 221-230. También HEIDERHOFF, B. Die EU-Güterrechtsverordnungen. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 38, 1, Bielefeld, 2018, p. 1-11.

proyectan de manera decisiva en el Derecho internacional privado europeo, como ha enfatizado abundante doctrina¹⁷.

En primer término, todo el Derecho internacional privado europeo persigue la libre circulación de personas y factores productivos en la UE. Todo el Derecho internacional privado europeo, subrayan H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, debe ser interpretado en función de dicho objetivo¹⁸.

En segundo lugar, todo el DIPr europeo está presidido por el principio del "proceso justo", indica M. HAZELHORST¹⁹. Los litigios y cuestiones jurídicas de Derecho internacional privado

¹⁷ Vid. *inter alia*, ARNOLD, S. (Hrsg.). *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016; ARNOLD, S. Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht. In: ARNOLD, S. (Hrsg.). *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 23-53; BARIATTI, S. Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni, *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XLII, 2, Milano, 2006, p. 361-376; BASEDOW, J. Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea. *AEDIPr - Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVI, Madrid, 2016, p. 53-77; BERTRAND, B. Les blocs de jurisprudence. *RTDE - Revue trimestrielle de droit européen*, 48, 4, Paris, 2012, p. 741-770; BRUINIER, S. *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*. Frankfurt am Main : Lang, 2003; CALVO CARAVACA, A.-L. El DIPr. de la Comunidad Europea. *International Law - Revista colombiana de Derecho internacional*, n. 2, Bogotá, 2003, p. 277-300; FALLON, M; LAGARDE, P; POILLOT-PERUZZETTO, S. (Dir.). *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?* Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt a. M., Wien: Lang, 2011; FURRER, A. Die Rolle des IPR im Europäischen Privatrecht. *SZIER - Swiss Review of International and European Law*, 18, 1-2, Zürich, 2008, p. 7-30; HO-DAC, M. *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne. Analyse sous l'angle du Droit International Privé*. Bruxelles: Bruylant, 2012; JAYME, E. Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi, *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XLII, 2, Milano, 2006, p. 353-360; JESSURUN D'OLIVEIRA, H. The EU and a metamorphosis of Private International Law. In: FAWCETT, J. (Ed.) *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 111-136; LAGARDE, P. Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures. *RabelsZ - Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, j. 68, h. 2, Tübingen, 2004, p. 225-243; LEIBLE, S (Ed.). *General principles of European private international law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016; MALATESTA, A. Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123 CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?, *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XLIII, 2, Milano, 2007, p. 293-312; NEHNE, T. *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012; ROMITO, A. M. Brevi riflessioni sul diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea. In: TRIGGIANI, Ennio et al. *Dialoghi con Ugo Villani*, t. II, Bari: Cacucci, 2017, p. 1163-1169; SCHMITZ, M. *Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017; VIENENKÖTTER, R. *Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017; WELLER, M.-P. Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik? *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 5, Bielefeld, 2011, p. 429-437; WÜRDINGER, M. Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Eine methodologische Untersuchung über die praktische Konkordanz zwischen Brüssel I-VO, Rom I-VO und Rom II-VO. *RabelsZ - Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 75, 1, Tübingen, 2011, p. 102-126.

¹⁸ MANSEL, H.-P; THORN, K; WAGNER, R. Europäisches Kollisionsrecht 2010: verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung? *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 1, Bielefeld, 2011, p. 1-30.

¹⁹ HAZELHORST, M. *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2017, p. 33-34.

deben solventarse en todo caso mediante un proceso justo en el que se respete la tutela judicial efectiva de los particulares.

2 COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

7. La mayor parte de las normas europeas de competencia judicial internacional operan en dos tiempos (= *two stages process*).

Primer momento. Tales normas atribuyen dicha competencia a los tribunales de los Estados miembros en los casos conectados con la UE, esto es, en los casos que presentan una vinculación mínima con la UE.

Segundo momento. Posteriormente, numerosas normas europeas de competencia internacional concretan qué tribunales de qué Estado miembro son los territorialmente competentes para conocer del litigio. Aunque no todas las normas actualmente en vigor responden a esta segunda idea regulativa, dicha tendencia es mayoritaria: se procura que los particulares sepan, *ex ante*, qué concreto tribunal posee competencia internacional, esto es, no el Estado ante cuyos tribunales se debe litigar. Esta regulación resulta eficiente. Evita que los litigantes tengan que informarse sobre las normas de Derecho Procesal interno de cada Estado miembro para poder determinar los concretos tribunales que son competentes para decidir el litigio internacional. En consecuencia, subraya CH. KOHLER, las normas europeas de competencia internacional procuran, cada vez con mayor ahínco, que no quede espacio aplicativo para las normas "nacionales" de competencia judicial internacional de los Estados miembros²⁰.

8. Existen ciertas normas europeas de competencia judicial internacional que, en los casos no conectados con la UE, no comportan la incompetencia de los tribunales de los Estados miembros para conocer de tales supuestos. En efecto, en tales casos, dichas normas ordenan aplicar las reglas nacionales sobre competencia judicial internacional de cada Estado miembro. Este enfoque es erróneo. Supone que casos no vinculados con la UE pueden ser resueltos por

²⁰ KOHLER, C. Abschied von der autonomen Auslegung des Begriffs „Zivil- und Handelssachen“ in Art. 1 EuGVVO? (zu EuGH, 12.9.2013, Rs. C-49/12, The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs vs. Sunico ApS e.a., unten S. 84, Nr. 1). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 35, 1, Bielefeld, 2015, p. 52-56.

tribunales de Estados miembros de la UE porque así les autorizan las normas nacionales, de cada Estado miembro que regulan la competencia judicial internacional.

El art. 6.1 RB I-bis (2012) opera de ese modo cuando afirma: "*Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25*".

Igualmente, el art. 7 RB II-bis [materia matrimonial] indica que "*[s]i de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado*".

La explicación de este proceder, que no constituye, naturalmente, ninguna justificación de esta equivocada línea de política legislativa, quizás radique en una idea vinculada con la soberanía estatal. Se trataría con ello de satisfacer dos objetivos: (a) Dejar cierto ámbito de operatividad a los Estados miembros para decidir si en relación con ciertos casos que la UE no considera conectados con la UE, tales Estados desean extender su jurisdicción a los mismos; (b) Permitir, explica A. BONOMI, que los Estados miembros puedan emplear foros exorbitantes recogidos en sus normas nacionales de competencia judicial internacional contra demandados domiciliados en terceros Estados que, a su vez, disponen de foros exorbitantes que utilizan contra las personas domiciliadas en los Estados miembros²¹.

12

III DERECHO APLICABLE

A ASPECTOS GENERALES DE LAS NORMAS DE CONFLICTO EUROPEAS

9. Ya en el corazón mismo del sistema europeo de Derecho internacional privado cabe subrayar, con R HAUSMANN, varios datos de suma importancia valorativa para comprender la política jurídica de la UE en relación con el sector del Derecho aplicable en el Derecho internacional privado de la UE²².

²¹ BONOMI, A. European Private International Law and Third States. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 184-193.

²² HAUSMANN, R. Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo. *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, LI, 3, Milano, 2015, p. 499-522.

10. En primer lugar, las normas de conflicto europeas son *erga omnes*. Señalan la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales en todo caso, esto es, sea cual sea la nacionalidad, residencia de los litigantes y sea cual fuere la Ley aplicable al caso, esto es, aunque dicha Ley sea la Ley de un tercer Estado no miembro de la UE²³. En consecuencia, las normas "nacionales" de conflicto de Leyes de los Estados miembros, aunque no se han derogado, resultan inaplicables para determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales en las materias cubiertas por el Derecho internacional privado europeo. La neutralidad savygniana de las normas de conflicto europeas y la localización a través del principio de la vinculación más estrecha explican este hecho, apunta M.-P. WELLER²⁴.

11. En segundo lugar, las normas de conflicto europeas prefieren, sin duda, dos puntos de conexión (M. MELLONE): la autonomía de la voluntad conflictual (= punto de conexión prevalente: los particulares eligen la Ley aplicable a sus relaciones jurídico-privadas) y la residencia habitual (punto de conexión subsidiario)²⁵.

12. En tercer lugar, apunta J. BASEDOW, la nacionalidad de la persona queda confinada a funcionar como punto de conexión subsidiario sólo operativo en defecto de Ley elegida por las partes y en defecto de residencia habitual común de las partes²⁶. Es "*l'effacement de la loi nationale au profit de la loi de la résidence habituelle*" (P. WAUTELET)²⁷. La pérdida de protagonismo y peso conflictual de la conexión nacionalidad de la persona en el Derecho internacional privado de la UE se explica, apunta P. MANKOWSKI, por razones técnicas (= surgen problemas cuando el sujeto ostenta más de una nacionalidad), por razones

²³ BASEDOW, J. Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 2, Bielefeld, 2011, p. 109-116.

²⁴ WELLER, M.-P. Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik? *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 5, Bielefeld, 2011, p. 429-437.

²⁵ MELLONE, M. La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie. *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 46, 3, Milano, 2010, p. 685-716; HILBIG-LUGANI, K. Parteiautonomie im Zusammenspiel des neueren europäischen Kollisionsrechts. *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 116, 10, Köln, 2017, p. 739-760.

²⁶ BASEDOW, J. Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 2, Bielefeld, 2011, p. 109-116.

²⁷ WAUTELET, P. Party autonomy in international family relationships: a research agenda. In: CAUFFMAN, Caroline; SMITS, Jan M. *The citizen in European private law: norm-setting, enforcement and choice*. Cambridge: Intersentia, 2016, p. 23-48; WAUTELET, P. Conflits de lois. *Journal des tribunaux*, 12 marzo 2005, n. 6173, p. 180-184.

constitucionales (= en las relaciones privadas bi y trilaterales es contrario a la igualdad constitucional y a la no discriminación recogida por instrumentos legales internacionales preferir la nacionalidad del marido o de la mujer), por razones de buena administración de la Justicia (= la UE se ha convertido en un área de acogida de inmigrantes, de modo que la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona contribuye a la integración jurídica de los inmigrantes y facilita la labor de los jueces y autoridades de los Estados miembros) y por razones de Derecho Privado ligadas a los costes jurídicos (= para el particular, la aplicación de la Ley de la residencia habitual suele ser más sencilla, veloz y económica que la aplicación de su propia Ley nacional)²⁸. En este sentido, si el sujeto ostenta varias nacionalidades, el legislador europeo deja en manos del legislador nacional la precisión de cuál debe ser la nacionalidad prevalente a efectos de concretar la nacionalidad de la persona como punto de conexión (Cons. 50 R.1103/2016 y 1104/2016, Cons. 22 RR-III).

13. En cuarto término, es preciso subrayar que el Derecho internacional privado de la UE persigue, con extrema frecuencia, el principio del paralelismo (*Gleichlaufgrundsatz*) entre los criterios de competencia judicial y de Ley aplicable. Ello significa que resulta frecuente, y así es buscado por el legislador europeo, que cuando un tribunal de un Estado miembro tenga competencia internacional para decidir un supuesto, aplicará, en circunstancias generales, su propia Ley sustantiva. Con ello se ahorran costes ligados a la aplicación de un Derecho extranjero y se simplifica, en general, la labor judicial. No obstante, este *Gleichlaufgrundsatz* entre los criterios de competencia judicial y de Ley aplicable no constituye una regla general ni tampoco una regla prevalente propia del Derecho internacional privado de la UE, sino un criterio operativo frecuentemente activado por los instrumentos legales europeos.

14. En quinto lugar, el reenvío se relega a casos muy concretos, residuales e infrecuentes, casos complejos, con la idea de evitar la aplicación del Derecho material de terceros Estados.

15. En sexto lugar, el Derecho internacional privado de la UE persigue, a través de los puntos de conexión "autonomía de la voluntad conflictual" y "residencia habitual de la

²⁸ MANKOWSKI, P. Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 130-139.



persona", la aplicación de la Ley del Estado más estrechamente vinculado con la situación privada internacional en cuestión. Ello supone una reducción de costes conflictuales para los particulares interesados. Ahora bien, dicho objetivo resulta atemperado por la idea de "aceleración de la tutela jurisdiccional" para los ciudadanos que circulan por el espacio judicial europeo y de reducción de costes del proceso. Por ello, el legislador europeo persigue dotar de automaticidad al proceso de determinación de la Ley aplicable. Se prefieren puntos de conexión rígidos. Las "cláusulas de excepción" basadas en la "vinculación más estrecha" del caso con un concreto Estado queden confinadas a supuestos residuales, de aplicación infrecuente, sólo para casos particularmente complicados. Estas cláusulas pierden su primacía en la escalera conflictual, primacía que una vez tuvieron bajo la forma de "principios directivos superiores" a los que debían acomodarse las presunciones de determinación de la Ley aplicable, como se puede apreciar en el art. 4.1 CR 1980, hoy sustituido por el art. 4 RR-I.

16. En séptimo lugar, ciertos problemas clásicos de Derecho internacional privado se abordan con simplicidad. Así, la cuestión previa de Derecho internacional privado no recibe un tratamiento propio, de modo que debe sujetarse a la Ley designada por su propia norma de conflicto europea o nacional (= tesis de la conexión independiente). El conflicto móvil se elimina mediante puntos de conexión inmutables. El orden público internacional sólo opera en casos excepcionales y de modo restrictivo. El fraude de Ley internacional se trata de evitar mediante cláusulas que impiden a los particulares internacionalizar falsamente supuestos meramente internos. Por el contrario, la calificación se trata de manera muy particular a través de un método unilateral en el que interviene de modo decisivo el TJUE, indican K. LENAERTS / TH. STAPPER²⁹.

17. Finalmente, en octavo lugar, se observa en los instrumentos legales europeos una cierta "superación conflictual" (= es, hasta cierto punto, poco relevante cuál sea la Ley estatal que se aplique a una situación privada internacional). Con frecuencia, para el legislador europeo lo importante es que, creada en un Estado miembro una cierta situación privada internacional

²⁹ LENAERTS, K; STAPPER, T. Die Entwicklung der Brüssel I-Verordnung im Dialog des Europäischen Gerichtshofs mit dem Gesetzgeber. *RabelsZ - Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 78, 2, Tübingen, 2014, p. 252-293. También ARNOLD, S. Kollisionsrechtliche und international-verfahrensrechtliche Aspekte bei Schadensersatzansprüchen privater Auslandsfonds-Anleger (BGH, S. 563). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 33, 6, 2013, p. 525- 530.



(= una persona jurídica, el nombre de una persona física, un matrimonio, una filiación), mediante la aplicación de una determinada Ley estatal, dicha situación privada internacional circule por toda la UE (= sea considerada existente y válida en toda la UE). Importa más que tal situación circule que cuál haya sido la Ley estatal aplicada para crear dicha situación. El principio del mutuo reconocimiento, indica C.F. NORDMEIER, apunta a esa dirección³⁰.

B PUNTO DE CONEXIÓN PREFERIDO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UE. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

A ASPECTOS GENERALES

18. El criterio preferido por el legislador europeo como punto de conexión principal en la mayor parte de los instrumentos legales de Derecho internacional privado es la elección de Ley por las partes o por la persona relevante o "autonomía de la voluntad conflictual"³¹. Se trata de

16

³⁰ NORDMEIER, C.F. Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32, 1, Bielefeld, 2012, p. 31-40.

³¹ BIDAUD-GARON, C; PANET, A. Les domaines orphelins de l'autonomie de la volonté: quels ersatz? In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 91-109; CALLÉ, P. Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille). In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 31-40; CORNELOUP, S; JOUBERT, N. Autonomie de la volonté et divorce: le règlement Rome III.). In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 179-203; CUNIBERTI, G. Le fondement de la limitation du choix de la loi dans les contrats internes. In: HESS, B; JAYME, E; MANSEL, H. P. (Hrsg.). *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*. Bielefeld: Gieseking, 2018, p. 31-37; DANUSSO, G.M. Autonomia negoziale, scelta della legge applicabile e limiti posti dall'art. 3, C.3 del Regolamento (CE) 593/2008. In: *Liber amicorum Pietro Rescigno: in occasione del novantesimo compleanno*, vol. 1. Napoli: Editoriale scientifica, 2018, p. 751-765; DIONISI-PEYRUSSE, A. Autonomie de la volonté et loi applicable aux régimes matrimoniaux: le règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P. (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 245-264; DÖBEREINER, C. Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht. In: DUTTA, A; WEBER, J (HRSG.). *Die europäischen Güterrechtsverordnungen: Tagungsband zu einem wissenschaftlichen Symposium des Deutschen Notarinstituts und der Universität Regensburg am 10. Februar 2017 in Würzburg*. München: Beck, 2017, p. 63-84; FALLON, M. Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens. In: PANET; FULCHIRON, H; WAUTELET, P. (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 171-177; FONGARO, É; NOURISSAT, C. Autonomie de la volonté et succession: le règlement successions. In: PANET; FULCHIRON, H; WAUTELET, P. (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 205-222; J FONTANELLAS I MORELL, J. M. Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión. *CDT*, 10, 2, Madrid, 2018, p. 376-408; FULCHIRON, H. Disponibilité/indisponibilité: quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 283-

"the pivot and the unchallenged champion of the private international law of contracts", indica P. MANKOWSKI³². Su presencia puede apreciarse en los Reglamentos Roma I [contratos internacionales: art. 3 RR-I y Cons. 11 RR-II [obligaciones extracontractuales: art. 14], Roma III [divorcio y separación judicial: arts. 5-7], Protocolo de La Haya sobre alimentos de 23 noviembre 2007 [art. 8], Reglamento sucesorio europeo [art. 22], Reglamento sobre regímenes matrimoniales 2016 [art. 22], Reglamento sobre efectos patrimoniales de parejas registradas 2016 [art. 22].

19. La voluntad conflictual es empleada por el legislador europeo con una doble valencia. En primer término, opera como un medio de "auto-conexión de los particulares con un concreto ordenamiento jurídico": las partes se vinculan, de modo voluntario, con una determinada Ley estatal aplicable. Por tanto, el particular no es ya "objeto" sino "sujeto" de las normas de conflicto de leyes. En segundo término, opera también como un medio de la

17

293; GALLANT-BUSNEL, E; JAULT-SESEKE, F. Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 223-244; GRIECO, C. The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International Law, *CDT*, 10, 2, 2018, p. 457-476; HAMMJE, P. Ordre public et lois de police: limites à l'autonomie de la volonté? In: A PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 111-138; HELLGARDT, A. Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie. *RabelsZ*, 82, 3, Tübingen, 2018, p. 654-696; J HEYMANN, J. Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille: perspective fédéraliste. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 41-59; KINSCH, P. Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 13-29; KOHLER, C. La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale". In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 73-90; NOURISSAT, C. Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 61-71; S ÖMÜR, S.M. *Rechtswahl als Rechtsgeschäft: Wirksamkeitsvoraussetzungen und das auf sie anwendbare Recht nach europäischem internationalem Privatrecht*. Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2016; OPREA, E.A. Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe. *CDT*, 10, 2, Madrid, 2018, p. 579-596; SCHMITZ, M. *Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017; WAUTELET, P. Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p.139-168; WENNERBUSCH, J. *Rechtswahl im Spannungsfeld von Parteiautonomie und kollisionsrechtlichem Schutz des Schwächeren: eine vergleichende Untersuchung der Rechtswahlmöglichkeiten sowie der Effektivität des Schwächerenschutzes im internationalen Scheidungs-, Unterhalts- und Erbrecht*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2018.

³² MANKOWSKI, P. Just how free is a free choice of law in contract in the EU?, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2, 2017, p. 231-258.



regulación privada de las relaciones jurídicas de los particulares (*Mittel der Privatisierung rechtlicher Gestaltung*) (H.P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER)³³. Es, por tanto, al mismo tiempo, un medio para designar el Derecho objetivo aplicable, recuerda también F. MAULTZSCH³⁴.

B ARGUMENTOS A FAVOR DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

20. Las razones que explican el lugar de privilegio que ocupa la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado europeo son claras.

21. En primer lugar, este punto de conexión permite a los particulares una vida más flexible y líquida. Se trata de un punto de conexión flexible: las personas eligen con libertad y dentro de ciertos límites poco estrictos, la Ley estatal que prefieren ver aplicada a la situación jurídica que les afecta. Esta flexibilidad de elección y de cambio de la Ley aplicable encaja con el carácter líquido de la sociedad actual, en la que todo cambia a velocidad vertiginosa (Z. BAUMAN)³⁵. Por tanto la autonomía de la voluntad conflictual permite a los particulares una vida más flexible y líquida, pues eligen el modelo legal que prefieren y además pueden cambiarlo si lo desean mediante la elección de otra Ley estatal como expresa U.P. GRUBER³⁶.

22. En segundo lugar, este punto de conexión posibilita la mejor regulación legal para las partes. Es la eficiencia económica de la autonomía de la voluntad a la que se refiere, entre otros, M. DANOV³⁷. Este punto de conexión permite para satisfacer los intereses privados de las personas que se mueven por la UE. Las partes eligen la Ley que, por razones sustantivas, procesales o cualesquiera otras, más les conviene a la hora de regular sus relaciones jurídicas. Es el modo que unas partes concretas prefieren para distribuir entre ellas los recursos escasos

³³ MANSEL, H.P.; THORN, K.; WAGNER. *Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation*, *IPRax*, 29, 1, Bielefeld, 2009, p. 1-23.

³⁴ MAULTZSCH, F. Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument? *Journal of Private International Law*, vol. 12, 3, Geneve, 2016, p. 466-491.

³⁵ BAUMAN, Z. *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Cambridge, MA: Polity Press, 2007, p. 33-36.

³⁶ GRUBER, U.P. Die konkludente Rechtswahl im Familienrecht (KG, S. 71). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 34, 1, Bielefeld, 2014, p. 53-56.

³⁷ DANOV, M. Global competition law framework: A private international law solution needed. *Journal of Private International Law*, vol. 12, 1, Geneve, 2016, p. 77-105.

existentes, de forma que tales recursos acaban en las manos de la persona que más los valora. De esa manera, la autonomía de la voluntad conflictual conduce a la solución más eficiente para los particulares, la que les proporciona la mejor regulación jurídica estatal, precisa H. JACOBS³⁸. O incluso, la mejor regulación aunque sea una regulación no estatal, añade A. HELLGARDT³⁹.

23. En tercer lugar, la autonomía de la voluntad conflictual potencia la certeza jurídica, la estabilidad de las situaciones jurídicas y la libre circulación de personas y factores productivos en la UE. La libre elección de la Ley aplicable aumenta el grado de libre circulación de las personas, bienes, empresas, servicios y capitales en el espacio judicial europeo. Elegida la Ley aplicable a un contrato, a un daño, a un divorcio, sea cual sea el Estado miembro cuyas autoridades conocen del litigio y sea cual sea el país al que se trasladen las personas en cuestión, la Ley aplicable a la materia no cambia nunca, a menos que las partes lo quieran, apunta H. JACOBS⁴⁰. La Ley aplicable permanece, pues, estable y el cruce de frontera por las personas no supone un cambio en la Ley aplicable. La consigna es: ¡a circular! Este punto de conexión potencia la certeza y la estabilidad en la precisión de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, ya que aunque los sujetos circulen libremente por la UE, la Ley elegida como Ley aplicable a una situación privada internacional no cambia.

24. En cuarto lugar, este punto de conexión refuerza la buena administración de la Justicia. Este punto de conexión se prefiere también por su ahorro de costes para los tribunales. La ley elegida por las partes es la aplicable sin que el tribunal deba gastar recursos materiales ni tiempo en fijar cuál es la Ley aplicable a una situación privada internacional. La simplicidad de la autonomía de la voluntad conflictual para concretar la Ley aplicable es evidente. No hay que investigar acerca del país donde las partes residen, ni sobre la nacionalidad que ostentan ni debe investigarse cuál es el país más vinculado con el asunto. El automatismo judicial aumenta y ello coadyuva a la buena administración de la Justicia.

³⁸ JACOBS, H. Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 35, 4, Bielefeld, 2015, p. 293-297.

³⁹ HELLGARDT, A. Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie. *RebelsZ*, 82, 3, Tübingen, 2018, p. 654-696.

⁴⁰ JACOBS, H. Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 35, 4, Bielefeld, 2015, p. 293-297.

25. En quinto lugar, en ciertas materias, la libre elección del Derecho aplicable ha funcionado como punto de conexión de compromiso entre los partidarios de un punto de conexión, como la nacionalidad, y los defensores de otro punto de conexión distinto, como el domicilio o la residencia habitual. Así se aprecia en el Reglamento sucesorio europeo 650/2012 y en los Reglamentos 1103/2016 y 1104/2016 sobre los regímenes económicos matrimoniales y de las parejas registradas.

26. En sexto término, se favorece la integración europea de las personas. Mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, los particulares se sienten más vinculados a un sistema jurídico europeo que a un sistema jurídico nacional - estatal. En efecto, se diluye el poder de los concretos Estados miembros y decaen los vínculos entre las personas y los Estados miembros (A. DAVI).

27. Tras el triunfo planetario de la economía de mercado (9 noviembre 1989: caída o, más bien, derribo del Muro de Berlín), la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos del mundo han potenciado el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Son los particulares los que de "modo descentralizado", esto es, sin que exista una decisión al respecto por parte del Estado, deciden con quién y cómo contratar, con quién y cómo contraer matrimonio, qué nombre ostentar, qué relaciones económicas tener con su cónyuge, etc. (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ)⁴¹. Se trata de un "orden constitucional policéntrico" (R. BARNNET) en el que los particulares bien informados prefieren las regulaciones que resultan mejores para sus intereses y descartan las regulaciones más deficientes y oportunistas⁴². La idea, antigua pero muy certera, e impulsada con vehemencia por J. STUART MILL, de que "*las personas son los mejores jueces de sus propios intereses*" significa que, para unas concretas personas, las reglas que éstas elaboren (= "Derecho voluntario") serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado (= "Derecho dirigista"). Cada persona sabe lo que le conviene mejor de lo que puede saberlo el Estado. Los poderes públicos, los parlamentos que crean las normas

⁴¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. La racionalidad económica del DIPr. *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz*, Univ. País Vasco, 2001, p. 88-154.

⁴² BARNETT, R.E.; OMAN, N.B. *Contracts: Cases and Doctrine* 6. ed. Williamsburg: William & Mary, 2016; BARNETT, R.E. Some Problems With Contract as Promise. *Cornell Law Review*, v. 77, Ithaca, 1992, p. 1022-1033.



jurídicas carecen de la información necesaria para elaborar normas adecuadas para todas las personas, pues cada persona es diferente. El Estado debe dejar campo libre para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con las reglas que ellos mismos crean (F.A. VON HAYEK), pues ello conducirá, necesariamente, al resultado más eficiente. En Derecho internacional privado ello se refleja en la idea de que las partes deben poder elegir con libertad la Ley estatal aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales siempre que con ello no se perjudique a terceros, al interés público, general o estatal ni a particulares situados en posiciones negociadoras débiles. No obstante, corresponde al Derecho elaborado por el Estado desarrollar varias funciones clave: (a) Fijar las reglas imperativas que permitan a las partes alcanzar acuerdos entre ellas y que garanticen que tales acuerdos se cumplan (*enforcement*). Se trata de elaborar reglas modales de elección del Derecho aplicable, en la expresión de M. HOOK⁴³; (b) Establecer regulaciones imperativas para proteger a las personas que no pueden defender sus intereses por sí mismos en condiciones de igualdad con otros sujetos: menores, consumidores, trabajadores y otros colectivos con débil *bargaining power*, así como terceros directamente afectados por decisiones de otras personas. Con ello se persigue, en la medida de lo posible, que tales sujetos puedan negociar y elegir libremente en un plano de igualdad; (c) Crear normas objetivos aplicables en defecto de pacto entre las partes. En definitiva, ello se traduce en una expansión de la autonomía de la voluntad en todos los sectores del Derecho Privado. La autonomía de la voluntad conflictual alcanza el rango de solución de valor general para el Derecho internacional privado europeo. Pues bien, por coherencia estructural del Derecho Privado, la expansión de la autonomía de la voluntad conflictual en Derecho internacional privado encaja con la expansión de la autonomía material en amplios sectores del Derecho Privado material de los Estados miembros. Así se puede apreciar en campos como el derecho al nombre de las personas físicas, las relaciones jurídicas entre los cónyuges y entre los miembros de las parejas registradas, las sucesiones *mortis causa*, etc. Por tanto, la autonomía de la voluntad conflictual defiende la libre elección de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales como la mejor solución jurídica de Derecho internacional privado (= la más eficiente) porque premia a las mejores regulaciones jurídicas y castiga a las más deficientes y permite que las partes alcancen sus legítimos objetivos del modo más económico. En el mundo de la libre elección de Ley, las

⁴³ HOOK, H. The concept of modal choice of law rules. *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2, Geneve, 2015, p. 185-211.



Leyes mejores desplazan a las peores y permiten a las personas aumentar su bienestar porque, de ese modo, los recursos acaban en las manos de las personas que más los valoran.

C PUNTO DE CONEXIÓN SUBSIDIARIO PREFERIDO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UE. LA RESIDENCIA HABITUAL DE LA PERSONA

28. En defecto de elección de Ley, los instrumentos legales europeos de Derecho internacional privado hacen aplicable, como regla general, la Ley de la residencia habitual de las partes o de la persona en cuestión. Queda aparte el Reglamento 2015/848 [insolvencia] que por la especial configuración de la materia regulada, la insolvencia empresarial, de carácter mitad sustantivo y mitad procesal, pivota sobre la regla general de la aplicación de la *Lex Fori Concursus* (Ley del Estado miembro donde se ha abierto el concurso). Los argumentos a favor de la residencia habitual de la persona como punto de conexión en Derecho internacional privado son varios, sólidos y contundentes.

22

A ARGUMENTOS A FAVOR DEL PUNTO DE CONEXIÓN "RESIDENCIA HABITUAL"

29. Los argumentos a favor del punto de conexión "residencia habitual de la persona" son varios y presentan un sólido anclaje valorativo.

30. En primer lugar, este punto de conexión disminuye los costes para las personas. La preferencia por la residencia habitual de la persona responde a la idea de "integración social". Se aplica la Ley de dicho país porque corresponde con el ambiente jurídico-social en el que más integrado está el sujeto. Se supone, por ello, que es la Ley cuya aplicación al supuesto comporta menores costes para las personas afectadas. El legislador europeo arranca de la idea de que la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona conlleva, para ésta, costes menores que los que suscita la aplicación de su Ley nacional. Porque la nacionalidad se ostenta, pero en la residencia habitual se vive. Por ello, la preferencia por la residencia habitual como conexión



tiene una justificación económica. Es la Ley del país que presenta una mayor vinculación con la persona física, como pone de relieve A. DUTTA⁴⁴.

31. En segundo lugar, potencia la libre circulación de personas y su integración en el país donde viven. La aplicación de la Ley de la residencia habitual facilita la integración de los ciudadanos europeos y no europeos en el Estado miembro de acogida. De este modo, el criterio "residencia habitual" fomenta la libre circulación, pues el sujeto puede trasladarse de Estado a Estado sin que su Ley nacional suponga una cortapisa u obstáculo a su integración en el nuevo país de residencia habitual del mismo. Este punto de conexión permite, destaca M.-P. WELLER, la movilidad de la Ley aplicable y la aplicación de la Ley que responde al ambiente social actual de las personas⁴⁵. Es una "conexión de presente". A una sociedad líquida caracterizada por una movilidad estructural debe corresponder una conexión también líquida y móvil.

32. En tercer lugar, este punto de conexión proporciona una aceptable estabilidad jurídica. La residencia habitual constituye un criterio dotado de un aceptable nivel de estabilidad jurídica. En efecto, la Ley aplicable no cambia aunque las personas viajen por el mundo, trasladen temporalmente su residencia a otro país, o cambien de nacionalidad.

23

33. En cuarto lugar, por último, puede afirmarse que este punto de conexión es fácilmente comprobable por las autoridades y por terceros, dejando al margen casos difíciles que siempre surgen, recuerda D. MARTINY⁴⁶. La residencia habitual constituye una vinculación "material y exterior" de una persona con un Estado. Se trata de un criterio objetivo, exterior y físicamente observable por la misma persona y por terceros (H. BATIFFOL / P. LAGARDE)⁴⁷.

⁴⁴ DUTTA, A. Der gewöhnliche Aufenthalt: Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts. *IPRax*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 139-146.

⁴⁵ WELLER, M.-P. Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie. *IPRax*, 34, 3, Bielefeld, 2014, p. 225-233.

⁴⁶ MARTINY, D. Internationale Zuständigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt des verstorbenen Grenzpendlers. *IPRax*, 38, 1, Bielefeld, 2018, p. 29-35.

⁴⁷ BATIFFOL, H; LAGARDE, P. *Droit international privé*, t. I. 8. ed. LGDJ: Paris, 1993, p. 400-401.

B CONCEPTO DE "RESIDENCIA HABITUAL"

34. El concepto de residencia habitual es un concepto europeo no definido por el Derecho europeo. Es el mismo para todos los Estados miembros de la UE y no debe definirse por referencia a un Derecho nacional concreto. Ahora bien, este concepto europeo de "residencia habitual" nunca ha sido definido por el legislador europeo⁴⁸. En realidad, el legislador europeo no ha querido definirla de modo axiomático por varias razones (STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, FD 45-47; STJUE 2 abril 2009, C-523/07, *A*, FD 33-34)⁴⁹.

En primer lugar, para evitar que las partes puedan tergiversar el sentido de una posible definición cerrada de residencia habitual y fingir residencias habituales que son, en verdad, falsas o ficticias.

En segundo lugar, para que el concepto mismo de residencia habitual opere de modo líquido y variable, esto es, para que pueda ser definido y concretado de manera distinta según sea la normativa europea que lo utilice y el objetivo que ésta persigue. En efecto, la determinación concreta del país donde la persona tiene su residencia habitual se debe realizar con atención al sector o materia regulada y con atención a las circunstancias del caso concreto.

⁴⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Policies in the Choice of Law: Habitual Residence and the European Succession Regulation. In: *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*. v. II. Napoli: Editoriale Scientifica, 2019, p. 747-761; CHALAS, C. Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II bis (CJEU 8 juin 2017, aff. C-111/17 PPU, D. 2017. 1250, AJ fam. 2017. 493, obs. A. Boiché, RTD eur. 2017. 849, note V. Egéa, dr. fam. no. 10 oct. 2017, Comm. 219, note A. Devers, Procédures no. 8-9, août 2017, Comm. 192, obs. C. Nourissat, Europe no. 8-9, août 2017. Comm. 336, obs. L. Idot). *RCDIP*, 1, 2018, p. 115-125; GEIMER, E. Die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers durch das Nachlassgericht. In: SCHÜTZE, R.A. (Hrsg.). *Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*. München: Beck, 2017, p. 117-120; JOHN, G. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 1. *GPR*, 15, 2, 2018, p. 70-79; JOHN, G. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 2, *GPR*, 15, 3, 2018, p. 136-142; KRUGER, T. Habitual residence: the factors that courts consider. In: BEAUMONT, P. ET AL. *Cross-border litigation in Europe*. Oxford: Hart, 2017, p. 741-754; S. KURTH, *Der gewöhnliche Aufenthalt in Art. 4, 21 Abs. 1 EuErb-VO*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2017; A. LIMANTE, "Establishing habitual residence of adults under the Brussels IIa: best practices from national case-law", *Journal of Private International Law*, 14, 1, 2018, p. 160-181; B. RENTSCH, "Präzedenzfall versus Machterhalt: eine kritische Rekonstruktion der EuGH-Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthalt", en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 273-302; ID., *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; R. VIENENKÖTTER, *Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017; A. ZANOBETTI, "La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione", en *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 1361-1404.

⁴⁹ STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe* [ECLI:EU:C:2010:829]; STJUE 2 abril 2009, C-523/07, *A* [ECLI:EU:C:2009:225].

Es el llamado "método de la interpretación funcional o teleológica". Se trata de favorecer el objetivo perseguido por el legislador europeo en el concreto instrumento legal del que se trate. Por ello, en cada sector los elementos relevantes que ponen de manifiesto dónde está la residencia habitual de la persona son diferentes. algunos ejemplos pueden resultar útiles: (a) Para concretar dónde se localiza la residencia habitual de la persona a efectos del divorcio es escasamente relevante el país en el que el sujeto tiene su centro de negocios o sus bienes; (b) Por el contrario, tales elementos sí revisten importancia para precisar el país donde la persona tiene su residencia habitual a los efectos de un contrato internacional celebrado en el marco de los negocios propios de la persona; (c) En los Reglamentos que regulan la competencia internacional, la residencia habitual se concreta con especial atención a la tutela judicial efectiva, esto es, con la intención de favorecer el acceso de las personas a los tribunales; (d) En los Reglamentos que regulan la situación jurídica de los menores exigen interpretar la noción de residencia habitual del menor en el sentido en el que se favorezca de manera más decisiva la posición jurídica de dicho menor.

En tercer lugar, para que pueda determinarse la residencia habitual del sujeto mediante un análisis del "conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso" que debe desarrollar la autoridad competente. Sólo el análisis de las circunstancias de cada caso concreto permiten deducir con corrección el país donde la persona tiene su residencia habitual. Así, es claro que el hecho de que un menor de cierta edad esté escolarizado en un concreto Estado es relevante para concretar el país de su residencia habitual. Por el contrario, si se trata de un bebé, el hecho de que éste no se halle escolarizado en un país es un dato con muy escaso peso conflictual. El hecho de que una persona tenga varias propiedades inmuebles en varios países presenta un relieve distinto al hecho de que una persona tenga sólo una propiedad inmueble en un concreto país.

35. No obstante lo anterior, la jurisprudencia europea ha trazado algunos rasgos básicos y generales de la residencia habitual como punto de conexión válidos para todos el Derecho internacional privado de la UE.

a) La residencia habitual se concreta en el país donde el sujeto está socialmente integrado: se localiza en el país donde tiene la persona tiene su "centro social de vida" (= lugar en el que la persona tiene una integración en un "entorno social y familiar").



b) La residencia habitual comprende, por un lado, un elemento objetivo o material, que es la presencia física de una persona en un país. Sin presencia física no puede haber "residencia habitual". La residencia habitual en sentido europeo no es ni opera como el *domicile* inglés.

c) La residencia habitual comprende, por otro lado, un elemento adjetivo: su carácter "estable" o "regular". Por ello, la "mera presencia" de una persona en un país no basta para afirmar que dicha persona tiene en dicho país su residencia habitual (STJUE 2 abril 2009, C-523/07, A, FD 33). Residencia "habitual" es lo contrario a residencia "temporal" u "ocasional" y a "mera presencia". Es una residencia estable que, precisamente por ello, refleja una "integración en un entorno social y familiar". El carácter "habitual" de la residencia debe acreditarse mediante un examen de varias circunstancias: la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un concreto Estado, la nacionalidad de la persona, su escolarización, sus conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales de la persona en dicho Estado, así como un elemento subjetivo de singular relieve: la intención de la persona de establecerse en ese país.

d) Entre todos los elementos citados, tres revisten especial importancia para acreditar la habitualidad de la residencia: (i) Una cierta duración de la residencia es necesaria, pues ello revela una estabilidad suficiente de la misma. No existe una "duración mínima" de la residencia para que pueda considerarse como "habitual", pero es claro que una presencia de muy breve duración impide que pueda hablarse de residencia "habitual" de la persona en ese país. También puede afirmarse que una duración notable de la presencia física de un sujeto en un país opera como presunción *juris tantum* en favor de su residencia habitual en dicho país; (ii) En particular, en los casos de "traslado de la residencia habitual de un Estado a otro", es elemento primordial "la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable" (STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, FD 51). Por ello, una presencia de una persona durante dos años en un país puede parecer que comporta su "residencia habitual" en el mismo, pero si dicha persona está presente en dicho país a los solos efectos de estudiar una carrera universitaria, su ligamen con tal país es débil y puede concluirse que no comporta "residencia habitual" en el mismo. El elemento subjetivo, esto es, la voluntad de conferir un carácter "estable" a la presencia física, despliega una función residual que se activa cuando la permanencia física de un sujeto en un concreto país no ha alcanzado una duración notable que pueda hacer presumir que tal sujeto ha querido fijar en dicho país su residencia habitual. De este modo, si una persona habita en un

país X desde hace tres meses y se ha trasladado al mismo con su familia, trabaja en dicho país, ha comprado su vivienda habitual en el mismo y ha vendido todas sus propiedades en su país de origen Z, parece claro que su residencia habitual está ahora en el país X y no en Z; (iii) Por otra parte, según el legislador europeo y según también el TJUE, debe presumirse que una persona se integra con mayor velocidad en su país de origen que en otro país distinto. De ese modo, ganará su residencia habitual en el país de su origen, que suele ser el país de su nacionalidad, más rápidamente que en otro país.

4 EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE DECISIONES

36. Las normas europeas de este sector regulan, hasta ahora, la circulación de sentencias y otras decisiones y documentos públicos en el interior de la UE, esto es, entre los Estados miembros: es la libre circulación de decisiones *ad intra* de la UE, subraya M. HAZELHORST⁵⁰. Estas normas están presididas por un principio clave: la decisión pública que procede de otro Estado miembro no es una decisión "extranjera" sino que es una decisión dictada por autoridades que participan en el espacio judicial europeo. Por ello, estas normas arrancan de un principio básico: como regla general, toda decisión dictada por tribunales de un Estado miembro surte efectos jurídicos en todos los demás Estados miembros, y sólo en supuestos excepcionales de extrema gravedad se denegarán los efectos extraterritoriales de dichas decisiones en los demás Estados miembros. En dicho contexto se inscribe, recuerda T. SCHILLING, la eliminación del *exequatur* en el Reglamento Bruselas I-bis⁵¹. Del mismo modo, el mutuo reconocimiento de situaciones relativas al estado de las personas se inscribe en una libre circulación de decisiones que no se consideran extranjeras, sino dictadas por Estados que participan en un mismo espacio europeo de Justicia, apunta S.L. GÖSSL⁵².

37. En el futuro es previsible que la UE acuerde elaborar criterios uniformes europeos válidos para regular los efectos legales, en todos los Estados miembros, de sentencias y otras decisiones dictadas en terceros Estados. Ello sería lógico, apunta M. GEBAUER, visto que la UE

⁵⁰ HAZELHORST, M. *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2017, p. 9-13.

⁵¹ SCHILLING, T. *Das Exequatur und die EMRK*. *IPRax*, 31, 1, Bielefeld, 2011, p. 31-40.

⁵² GÖSSL, S. L. Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Status-Änderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“? (EuGH S. 416). *IPRax*, 38, 4, Bielefeld, 2018, p. 376-382.



tiende a configurarse como un Estado con su propio sistema de Derecho internacional privado frente a terceros Estados⁵³. Hasta que llegue dicho momento, cada Estado regula, mediante sus normas "nacionales", los efectos jurídicos que producen en su territorio las decisiones dictadas en terceros Estados.

38. El Convenio de Bruselas [competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil] de 27 septiembre 1968 reguló ambos sectores del Derecho internacional privado. Por ello, los Reglamentos que se ocupaban de regular tanto la competencia judicial como la eficacia extraterritorial de decisiones se nombraron como "Reglamentos Bruselas". Es el caso del Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003 [materia matrimonial y responsabilidad parental] conocido como "Reglamento Bruselas II-bis". Por otro lado, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980 fue el primer instrumento legal que unificó de manera sistemática las normas de conflicto de Leyes en los Estados miembros. Por ello, los subsiguientes Reglamentos europeos que contenían exclusivamente normas de conflicto de Leyes se denominaron "Reglamentos Roma", como el Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 [ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) o el Reglamento 864/2007 de 11 julio 2007 [ley aplicable a las obligaciones extracontractuales] (Reglamento Roma II). Sin embargo, al proliferar más tarde los Reglamentos que se ocupan de las tres cuestiones básicas del Derecho internacional privado esta nomenclatura parece haberse abandonado. De hecho, los "Reglamentos triples" no han sido nombrados de ninguna manera especial, como se aprecia en el Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 [competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de sucesiones *mortis causa*], en el Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 [competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos] así como en el Reglamento 2015/848 de 20 mayo 2015 (*recast*) [procedimientos de insolvencia].

⁵³ GEBAUER, M. Analoge Anwendung des § 107 FamFG bei inländischer Privatscheidung unter Beteiligung einer ausländischen Behörde (OLG Nürnberg, S. 528). *IPRax*, 38, 5, Bielefeld, 2018, p. 497-498.

REFERÊNCIAS

ANDRAE, M. Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 38, 3, Bielefeld, 2018, p. 221-230.

ARNOLD, S. (Hrsg.). *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

ARNOLD, S. Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht. In: ARNOLD, S. (Hrsg.). *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 23-53.

ARNOLD, S. Kollisionsrechtliche und international-verfahrensrechtliche Aspekte bei Schadensersatzansprüchen privater Auslandsfonds-Anleger (BGH, S. 563). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 33, 6, 2013, p. 525- 530.

AZZI, T. La cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire. In: AVOUT, Louis d'; BUREU, Dominique; MUIR WATT, Horatia (Eds.) *Les relations privées internationales: Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, Paris: LGDJ, Lextenso, 2014, p. 43-58.

BARIATTI, S. Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni, *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XLII, 2, Milano, 2006, p. 361-376.

BARNETT, R.E. Some Problems With Contract as Promise. *Cornell Law Review*, v. 77, Ithaca, 1992, p. 1022-1033.

BARNETT, R.E; OMAN, N.B. *Contracts: Cases and Doctrine* 6. ed. Williamsburg: William & Mary, 2016.

BASEDOW, J. Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea. *AEDIPr - Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVI, Madrid, 2016, p. 53-77.

BASEDOW, J. Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 2, Bielefeld, 2011, p. 109-116.

BASEDOW, J. EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz: ein schwieriges Verhältnis. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 194-200.

BATIFFOL, H; LAGARDE, P. *Droit international privé*, t. I. 8. ed. LGDJ: Paris, 1993.

BAUMAN, Z. *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Cambridge, MA: Polity Press, 2007.



BERTRAND, B. Les blocs de jurisprudence. *RTDE - Revue trimestrielle de droit européen*, 48, 4, Paris, 2012, p. 741-770.

BIDAUD-GARON, C; PANET, A. Les domaines orphelins de l'autonomie de la volonté: quels ersatz? In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 91-109.

BONOMI, A. European Private International Law and Third States. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 184-193.

BRUINIER, S. *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*. Frankfurt am Main: Lang, 2003.

CALLÉ, P. Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille). In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 31-40.

CALVO CARAVACA, A.-L. El DIPr. de la Comunidad Europea. *International Law - Revista colombiana de Derecho internacional*, n. 2, Bogotá, 2003, p. 277-300.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Policies in the Choice of Law: Habitual Residence and the European Succession Regulation. In: *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*. v. II. Napoli: Editoriale Scientifica, 2019, p. 747-761.

CHALAS, C. Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II bis (CJEU 8 juin 2017, aff. C-111/17 PPU, D. 2017. 1250, AJ fam. 2017. 493, obs. A. Boiché, RTD eur. 2017. 849, note V. Egéa, dr. fam. no. 10 oct. 2017, Comm. 219, note A. Devers, Procédures no. 8-9, août 2017, Comm. 192, obs. C. Nourissat, Europe no. 8-9, août 2017. Comm. 336, obs. L. Idot). *RCDIP*, 1, 2018, p. 115-125

CUNIBERTI, G. Le fondement de la limitation du choix de la loi dans les contrats internes. In: HESS, B; JAYME, E; MANSEL, H. P. (Hrsg.). *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*. Bielefeld: Giesecking, 2018, p. 31-37.

DANOV, M. Global competition law framework: A private international law solution needed. *Journal of Private International Law*, vol. 12, 1, Geneve, 2016, p. 77-105.

DANUSSO, G.M. Autonomia negoziale, scelta della legge applicabile e limiti posti dall'art. 3, C.3 del Regolamento (CE) 593/2008. In: *Liber amicorum Pietro Rescigno: in occasione del novantesimo compleanno*, vol. 1. Napoli: Editoriale scientifica, 2018, p. 751-765.

DIONISI-PEYRUSSE, A. Autonomie de la volonté et loi applicable aux régimes matrimoniaux: le règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux. In: PANET, A;

FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 245-264.

DÖBEREINER, C. Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht. In: DUTTA, A; WEBER, J (Hrsg). *Die europäischen Güterrechtsverordnungen: Tagungsband zu einem wissenschaftlichen Symposium des Deutschen Notarinstituts und der Universität Regensburg am 10. Februar 2017 in Würzburg*. München: Beck, 2017, p. 63-84.

DUTTA, A. Der gewöhnliche Aufenthalt: Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts. *IPRax*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 139-146.

FALLON, M. Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens. In: PANET; FULCHIRON, H; WAUTELET, P. (Dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 171-177.
FALLON, M; LAGARDE, P; POILLOT-PERUZZETTO, S. (Dir.). *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?* Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt a. M., Wien: Lang, 2011.

FONGARO, E; NOURISSAT, C. Autonomie de la volonté et succession: le règlement successions. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 205-222.

FONTANELLAS I MORELL, J. M. Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión. *CDT*, 10, 2, Madrid, 2018, p. 376-408.

FULCHIRON, H. Disponibilité/indisponibilité: quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 283-293.

FURRER, A. Die Rolle des IPR im Europäischen Privatrecht. *SZIER - Swiss Review of International and European Law*, 18, 1-2, Zürich, 2008, p. 7-30.

GALLANT-BUSNEL, E; JAULT-SESEKE, F. Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 223-244.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. La racionalidad económica del DIPr. *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz*, Univ. País Vasco, 2001, p. 88-154.

GEBAUER, M. Analoge Anwendung des § 107 FamFG bei inländischer Privatscheidung unter Beteiligung einer ausländischen Behörde (OLG Nürnberg, S. 528). *IPRax*, 38, 5, Bielefeld, 2018, p. 497-498.

GEIMER, E. Die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers durch das Nachlassgericht. In: SCHÜTZE, R.A. (Hrsg.). *Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*. München: Beck, 2017, p. 117-120.

GÖSSL, S. L. Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Status-Änderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“? (EuGH S. 416). *IPRax*, 38, 4, Bielefeld, 2018, p. 376-382.

GRIECO, C. The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International Law, *CDT*, 10, 2, Madrid, 2018, p. 457-476.

GRUBER, U.P. Die konkludente Rechtswahl im Familienrecht (KG, S. 71). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 34, 1, Bielefeld, 2014, p. 53-56.

HAMMJE, P. Ordre public et lois de police: limites à l'autonomie de la volonté? In: A PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 111-138.

HAUSMANN, R. Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo. *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, LI, 3, Milano, 2015, p. 499-522.

HAZELHORST, M. *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2017, p. 33-34.

HEIDERHOFF, B. Die EU-Güterrechtsverordnungen. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 38, 1, Bielefeld, 2018, p. 1-11.

HELLGARDT, A. Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie. *RebelsZ*, 82, 3, Tübingen, 2018, p. 654-696.

HEYMANN, J. Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille: perspective fédéraliste. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 41-59.

HILBIG-LUGANI, K. Parteiautonomie im Zusammenspiel des neueren europäischen Kollisionsrechts. *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 116, 10, Köln, 2017, p. 739-760.

HO-DAC, M. *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne. Analyse sous l'angle du Droit International Privé*. Bruxelles: Bruylant, 2012.

HOOK, H. The concept of modal choice of law rules. *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2, Geneve, 2015, p. 185-211.

ISAILOVIC, I. Same Sex but Not the Same: Same-Sex Marriage in the United States and France and the Universalist Narrative. *AJCL – American Journal of Comparative Law*, 66, 2, Berkley, 2018, p. 267-315.

JACOBS, H. Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen. *IPRax*, 35, 4, Bielefeld, 2015, p. 293-297.

JAYME, E. Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi, *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XLII, 2, Milano, 2006, p. 353-360.

JESSURUN D'OLIVEIRA, H. The EU and a metamorphosis of Private International Law. In: FAWCETT, J. (Ed.) *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 111-136.

JOHN, G. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 1. *GPR*, 15, 2, 2018, p. 70-79.

JOHN, G. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 2, *GPR*, 15, 3, 2018, p. 136-142.

KADNER GRAZIANO, T. Codifying European Union private international law: The Swiss Private International Law Act: a model for a comprehensive EU private international law regulation? *Journal of Private International Law*, v. 11, n. 3, Geneva, 2015, p. 585-606.

KIENINGER, E.-M. Die weitere Kodifikation des europäischen IPR. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 200-208.

KINSCH, P. Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 13-29.

KOHLER, C. Abschied von der autonomen Auslegung des Begriffs „Zivil- und Handelssachen“ in Art. 1 EuGVVO? (zu EuGH, 12.9.2013, Rs. C-49/12, The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs vs. Sunico ApS e.a., unten S. 84, Nr. 1). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 35, 1, Bielefeld, 2015, p. 52-56.

KOHLER, C. La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 73-90.

KRUGER, T. Habitual residence: the factors that courts consider. In: BEAUMONT, P. ET AL. *Cross-border litigation in Europe*. Oxford: Hart, 2017, p. 741-754.

LABAYLE, H. Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice *RTDE - Revue trimestrielle de droit européen*, v. 42, n. 1, Paris, 2006, p. 1-46.

LAGARDE, P. Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures. *RabelsZ - Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, j. 68, h. 2, Tübingen, 2004, p. 225-243.

LEHMANN, M. Eine Lücke im europäischen Kollisionsrecht der Schuldverhältnisse? Die Haftung wegen Vermögensübernahme und wegen Fortführung eines Handelsgeschäfts (OGH, S. 541). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 35, 6, Bielefeld, 2015, p. 495-500.

LEIBLE, S (Ed.). *General principles of European private international law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

LENAERTS, K; STAPPER, T. Die Entwicklung der Brüssel I-Verordnung im Dialog des Europäischen Gerichtshofs mit dem Gesetzgeber. *RabelsZ - Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 78, 2, Tübingen, 2014, p. 252-293.

LÜTTRINGHAUS, J. D. Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht: Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung, dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse. *RabelsZ - Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, j. 77, h. 1, Tübingen, 2013, p. 31-68.

LÜTTRINGHAUS, J. D. Verboten des internationalen Arbeitsrechts unter Rom I: Das bei „mobilen Arbeitsplätzen“ anwendbare Recht und der Auslegungszusammenhang zwischen IPR und IZVR (zu EuGH, 15.3.2011, Rs. C-29/10, Heiko Koelzsch vs. Großherzogtum Luxemburg, unten S. 582, Nr. 59). *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 6, Bielefeld, 2011, p. 554-559.

MALATESTA, A. Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123 CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?, *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XLIII, 2, Milano, 2007, p. 293-312.

MANKOWSKI, P. Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 37, 2, Bielefeld, 2017, p. 130-139.

MANKOWSKI, P. Just how free is a free choice of law in contract in the EU?, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2, 2017, p. 231-258.

MANSEL, H.-P; THORN, K; WAGNER, R. Europäisches Kollisionsrecht 2010: verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung? *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 1, Bielefeld, 2011, p. 1-30.

MANSEL, H.P ; THORN, K; WAGNER. Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation, *IPRax*, 29, 1, Bielefeld, 2009, p. 1-23.

MARTINY, D. Internationale Zuständigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt des verstorbenen Grenzpendlers. *IPRax*, 38, 1, Bielefeld, 2018, p. 29-35.

MAULTZSCH, F. Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?. *Journal of Private International Law*, vol. 12, 3, Geneve, 2016, p. 466-491.

MELLONE, M. La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie. *RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 46, 3, Milano, 2010, p. 685-716.

NEHNE, T. *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

NORDMEIER, C.F. Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32, 1, Bielefeld, 2012, p. 31-40.

NOURISSAT, C. Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 61-71

ÖMÜR, S.M. *Rechtswahl als Rechtsgeschäft: Wirksamkeitsvoraussetzungen und das auf sie anwendbare Recht nach europäischem internationalen Privatrecht*. Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2016.

OPREA, E.A. Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe. *CDT*, 10, 2, Madrid, 2018, p. 579-596.

RAUSCHER, T. Von prosaischen Synonymen und anderen Schäden: zum Umgang mit der Rechtssprache im EuZPR/EuIPR. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrs*, 32, 1, Bielefeld, 2012, p. 40-48.

REQUEJO, M. Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations. In: Hess, BURKHARD; JAYME, Erik; MANSEL, Heinz-Peter (Hrsg.). *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*. Bielefeld: Giesecking Verlag, 2018, p. 425-439.

ROMITO, A. M. Brevi riflessioni sul diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea. In: TRIGGIANI, Ennio et al. *Dialoghi con Ugo Villani*, t. II, Bari: Cacucci, 2017, p. 1163-1169.

SÁNCHEZ LORENZO, S. El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo. *REDI - Revista Española de Derecho Internacional*, v. 70, n. 2, Madrid, 2018, p. 17-47.

SCHACK, H. Was bleibt vom Renvoi? *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 33, 4, Bielefeld, 2013, p. 315-320.

SCHILLING, T. Das Exequatur und die EMRK. *IPRax*, 31, 1, Bielefeld, 2011, p. 31-40.

SCHMITZ, M. *Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

SONNENBERGER, H.J. Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht. *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 4, Bielefeld, 2011, p. 325-335.

VIENENKÖTTER, R. *Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017.

WALKER, L. Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU. *Journal of Private International Law*, v. 14, n. 2, Geneve, 2018, p. 225-261.

36

WAUTELET, P. Conflits de lois. *Journal des tribunaux*, 12 marzo 2005, n. 6173, p. 180-184.

WAUTELET, P. Party autonomy in international family relationships: a research agenda. In: CAUFFMAN, Caroline; SMITS, Jan M. *The citizen in European private law: norm-setting, enforcement and choice*. Cambridge: Intersentia, 2016, p. 23-48.

WAUTELET, P. Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales. In: PANET, A; FULCHIRON, H; WAUTELET, P (Dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017, p.139-168.

WELLER, M.-P. Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik? *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 31, 5, Bielefeld, 2011, p. 429-437.

WELLER, M.-P. Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie. *IPRax*, 34, 3, Bielefeld, 2014, p. 225-233.

WENNERSBUSCH, J. *Rechtswahl im Spannungsfeld von Parteiautonomie und kollisionsrechtlichem Schutz des Schwächeren: eine vergleichende Untersuchung der Rechtswahlmöglichkeiten sowie der Effektivität des Schwächerenschutzes im internationalen Scheidungs-, Unterhalts- und Erbrecht*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2018.



WÜRDINGER, M. Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Eine methodologische Untersuchung über die praktische Konkordanz zwischen Brüssel I-VO, Rom I-VO und Rom II-VO. *RabelsZ - Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 75, 1, Tübingen, 2011, p. 102-126.

Submissão: 05/05/2020
Aceito para Publicação: 06/05/2020



DESNACIONALIZANDO O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO – UM DIREITO COM MÚLTIPLOS JULGADORES E IMPLEMENTADORES*

DENATIONALISING PRIVATE INTERNATIONAL LAW – A LAW WITH MULTIPLE ADJUDICATORS AND ENFORCERS

Diego P. Fernández Arroyo**

RESUMO: Este artigo propõe um debate sobre a desnacionalização do Direito Internacional Privado (DIPr), abordando o DIPr como um direito que possui múltiplos julgadores e implementadores. Evidentemente, e por mais poderoso que ainda seja, o Estado hoje não é mais o que costumava ser. No domínio do DIPr, o papel central outrora desempenhado pelo Estado foi progressivamente erodido. De fato, o Estado coexiste com outros atores, públicos e privados. Com base nisso, o estudo destaca que a produção e a implementação, e, em última análise, a eficácia do DIPr dependem consideravelmente de diferentes tipos de atores não-estatais. As propostas para abordar a evolução futura do PrIL como uma ferramenta para promover a governança global não devem ignorar o papel fundamental dos julgamentos privados e da implementação privadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. Desnacionalização. Adjudicação privada. Implementação privada. Arbitragem.

ABSTRACT: This article proposes a discourse on the denationalization of Private International Law (PrIL), by approaching PrIL as a law with multiple adjudicators and enforcers. Quite evidently, and as powerful as it still may be, the State is nowadays no longer what it used to be. In the realm of PrIL, the central role once played by the State has progressively been eroded. Indeed, the State coexists with other – public and private – actors. Based on that, the study emphasizes that the fabrication and the enforcement, as well as, ultimately, the effectiveness of PrIL considerably depend on different kinds of non-State actors. The proposals to approach the future evolution of PrIL as a tool to foster global governance should not ignore the fundamental role of private adjudication and private enforcement.

KEYWORDS: Private International Law. Denationalization. Private Adjudication. Private Enforcement. Arbitration.

SUMÁRIO: I Erosão do Estado-centrismo no Direito Internacional Privado. II Sentido atual de adjudicação e implementação não-estatais. A Adjudicação no contexto público. 1 Tribunais internacionais. 2 Cortes de direitos humanos. 3 Tribunais regionais. B Adjudicação privada e implementação privada. 1 Arbitragem 2 Implementação Privada III Impacto da desnacionalização do poder adjudicatório. A Insuficiência da adjudicação do Estado. 1 Mudança da lógica jurisdicional no DIPr. 2 Tentativa de replicar adjudicação privada em tribunais dos Estados. B Dependência de tribunais heteronômicos. 1 Tribunais nacionais dentro de uma estrutura jurisdicional complexa. 2 Diferentes graus de dependência. C Julgadores do Estado como simples “controladores”. 1 Sobre decisões de tribunais estrangeiros e internacionais. 2 Sobre decisões arbitrais e convenções privadas. IV. Uma palavra em conclusão – conteúdo e ensino do DIPr. Referências.

I EROSÃO DO ESTADO-CENTRISMO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Por mais poderoso que ainda seja, é bastante evidente que o Estado hoje não é mais o que costumava ser. Esta descoberta pode ser confirmada a partir de múltiplas perspectivas. No domínio do Direito Internacional Privado (DIPr), o papel central uma vez desempenhado pelo

* Artigo originalmente publicado na língua inglesa no *Yearbook of Private International Law*, v. 20 (2018/2019), p. 31-45, e especialmente revisto e atualizado pelo Professor Doutor Diego P. Fernández Arroyo para esta edição da *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Traduzido para o português pela doutoranda Nicole Rinaldi de Barcellos (PPGDir./UFRGS).

** Professor na Faculdade de Direito da Sciences Po, em Paris, onde é diretor do LLM in Transnational Arbitration & Dispute Settlement. Doutor em Direito (*summa cum laude*), Universidad Complutense de Madrid. Mestre em Direito Comparado, Universidad Complutense de Madrid. Contato: diego.fernandezarroyo@sciencespo.fr



Estado tem sido progressivamente erodido. À primeira vista, o Estado-centrismo pode ainda parecer bastante sólido; repetidas manifestações de exacerbado nacionalismo continuam a reforçar a sua influência. Em primeiro lugar, o Estado permanece como “mestre do jogo”, à medida que ele estabelece o objetivo final do DIPr, através dos tomadores de decisões políticas. Por exemplo, o Estado decide se deve estabelecer uma ordem jurídica dualista ou monista, um sistema conservador ou avançado de DIPr, para adotar uma postura aberta ou fechada em relação ao direito e decisões estrangeiras, entre outros aspectos. Em segundo lugar, o Estado implementa seus objetivos políticos por meio da sua competência para elaboração de leis, incorporada nos legisladores. Por exemplo, ele cria as regras de DIPr, e então decide se deve compilar estas regras em um corpo abrangente (como o Código Civil) ou em um ato independente. Em terceiro lugar, o Estado aparece também como o “árbitro do jogo”, tendo em vista que ele adjudica os litígios de DIPr através dos seus tribunais, para garantir que as regras e políticas subjacentes sejam devidamente respeitadas. Em quarto lugar, funcionários do governo, normalmente vinculados aos departamentos de justiça ou de relações exteriores, desempenham o papel de autoridades centrais em uma miríade de convenções internacionais que organizam a cooperação em questões de DIPr, como questões processuais, familiares e relativas à proteção de crianças. A influência do Estado nesses âmbitos não pode ser negada. Os periódicos jurídicos publicam diversas notícias e comentários acerca de novas codificações dos Estados e decisões de tribunais nacionais sobre o tema do DIPr. Consequentemente, qualquer debate sobre o DIPr “além” ou “depois” do Estado não pode menosprezar essas manifestações. Mas também não pode ser construído exclusivamente em torno do Estado.

40

De fato, o Estado coexiste com outros atores – públicos ou privados – em todas as supracitadas atividades. Esta coexistência é bastante evidente, por exemplo, no âmbito de aplicação das regras do DIPr. Nas últimas décadas, tem havido um notável aumento na criação de regras não-nacionais ou codificação de *soft law* (que podem ser caracterizadas como “conjuntos de princípios” ou, resumidamente, “princípios”), que deram origem a um pluralismo normativo que, em alguns casos, assumiu a forma de ordens jurídicas não-nacionais verdadeiramente paralelas¹. Uma densa rede de regras públicas e privadas não vinculantes está

¹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-boundary Private Relationships. In: *Eppur si muove: the age of uniform law: essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), p. 272 e ss; BASEDOW, Jürgen. The Multiple Facets of Law Enforcement. In: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás;

progressivamente ganhando espaço². Os Estados seguramente mantêm *seu* poder para legislar como uma expressão notável de soberania, e o utilizam diariamente. No entanto, igualmente notória é a rede de regras não-nacionais aplicáveis às relações jurídicas transfronteiriças, criada nas últimas décadas. Até agora, a experiência de criação de princípios tem sido positiva sob vários pontos de vista. Por um lado, os princípios confirmaram a desnacionalização do direito. Mais precisamente, eles enfatizam o fim do monopólio do Estado sobre a produção normativa (presumindo-se que esse monopólio em algum momento tenha existido). Superando a distinção injustificada entre direito estatal e direito não-estatal, os princípios permitem que o direito evolua de maneiras diferentes, especialmente em relação ao surgimento de um direito internacional privado pós-pós-moderno. Por outro lado, os princípios podem aproximar práticas judiciais e arbitrais, desde que os juízes sejam convencidos de que não existe razão para deixar o monopólio da aplicação da lei não-estatal aos árbitros.

II SENTIDO ATUAL DE ADJUDICAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO NÃO-ESTATAIS³

41

No que diz respeito à adjudicação de litígios do DIPr, a erosão do poder do Estado é evidente. Mais precisamente, o que foi desgastado foi a “centralidade” do poder do Estado nesse

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds.). *Enforcement and Effectiveness of the Law: La mise en oeuvre et l'effectivité du droit*. Cham, Switzerland: Springer, 2018, p. 3 e ss.

² Ver: LOQUIN, Eric. Les règles matérielles internationales. *Recueil des cours*, v. 322. 2006, p. 9 e ss.; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. La codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional. In: BASEDOW, Jürgen; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P; MORENO RODRÍGUEZ, José A. *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción, Londres: CEDEP, La Ley & Thomson Reuters, 2010, p. 107 e ss.

³ No ponto, importante destacar as escolhas feitas na tradução quanto aos termos da língua inglesa *adjudication* e *enforcement*, muito recorrentes ao longo do artigo, e que podem apresentar múltiplos significados quando traduzidos para a língua portuguesa. *Adjudication* foi traduzido como adjudicação, e, em alguns casos, como julgamento, julgador ou variações, a depender da adequação dos termos ao texto. Ainda que o significado de adjudicação na língua portuguesa tradicionalmente se refira a um instituto do processo civil relativo ao ato de expropriação executiva, observaram-se publicações de DIPr com a utilização da sua tradução literal como adjudicação, no mesmo sentido da palavra em inglês, que é decidir sobre algo. Porém, ao serem mencionados os *adjudicators*, mostrou-se mais adequado ao português usar a tradução julgadores, inexistindo referências concretas de DIPr quanto ao uso do termo "adjudicadores". Em seu turno, *enforcement* foi traduzido como implementação, ou como execução, quando no contexto da execução de sentenças estrangeiras. A tradução de *enforcement* como implementação foi deduzida do significado do termo francês *mise en oeuvre*, utilizado pelo Professor Doutor Diego P. Fernández Arroyo em obra bilíngue por ele organizada (In: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds.). *Enforcement and Effectiveness of the Law: La mise en oeuvre et l'effectivité du droit*. Cham, Switzerland: Springer, 2018). Em português, *enforcement* pode ser traduzido também para aplicação ou cumprimento, mas estas palavras não pareceram se encaixar quando analisado o *private enforcement*. A tradução de *enforcement* como execução foi utilizada no contexto do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras por parte do Estado.

contexto. É óbvio que os tribunais nacionais não possuem exclusividade sobre a adjudicação de demandas sobre DIPr. No entanto, por bastante tempo, eles desempenharam um papel adjudicatório central. De fato, a implementação dos direitos substantivos em casos internacionais foi, durante muito tempo, entendida como inseparável da atividade dos tribunais dos Estados. Evidentemente, tal percepção não poderia ignorar o fato de que as cortes e tribunais internacionais vêm tratando de questões de DIPr desde sua instituição. Essa constatação óbvia não precisa de demonstração. No entanto, acredito que chamar a atenção para certos aspectos do julgamento e da implementação não-estatais pode ser útil para melhor compreensão da situação atual do DIPr, bem como para prever sua possível evolução.

A ADJUDICAÇÃO NO CONTEXTO PÚBLICO

1 TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Sabe-se que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) – assim como o seu predecessor, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional⁴ – tiveram que lidar com questões de DIPr em uma variedade de cenários, tipicamente relacionados ao Direito Internacional Público (DIP)⁵. Tem-se dito que a Corte foi provocada a examinar questões do DIPr para desempenhar adequadamente sua função DIP⁶. Em outras palavras, a Corte encontrou e ainda encontra questões de DIPr misturadas com as matérias habituais de DIP. Algo semelhante pode ser dito sobre a atividade de solução de controvérsias de DIPr em outras cortes internacionais de escopo

⁴ Ambos mencionados a seguir tão somente como a “Corte”.

⁵ A Corte sempre foi considerada uma instituição de DIP, basicamente de acordo com o Artigo 34 do Estatuto da CIJ, que determina que somente os Estados podem ser partes em processos perante a Corte. Ver *The Corfu Channel* [1949] ICJ Rep, p. 35: “But to ensure respect for international law, of which it is the organ, the Court must declare that the action of the British Navy constituted a violation of Albanian sovereignty”; *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v. Poland) (Merits) [1926] PCIJ Ser A No 7, p. 19; “[f]rom the standpoint of International Law and of the Court which is its organ...”; *LaGrand* (Germany v United States) [2010] ICJ Rep, p. 466, 486; *Nottebohm* (Liechtenstein v Guatemala) (Second Phase) [1955] ICJ Rep, p. 420 e ss. Ver, ainda, KOLB, Robert. *The International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 57; ZIMMERMAN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian; TAMS, Christian J (Ed.). *The Statute of the International Court of Justice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 731.

⁶ DE BOER, T. M. *Living Apart Together: the relationship between public and private international law*. *Netherlands International Law Review*, v. 57, n. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 83.

"universal". Os Estados não estão sozinhos como atores internacionais; os julgadores internacionais também são vistos como “meios para desenvolver o direito”⁷.

Concretamente, a Corte lidou com o DIPr nas seguintes situações⁸:

a) Existe uma lacuna no DIP, capaz de ser preenchida por referência ao DIPr. Nesses tipos de casos, a Corte toma emprestadas regras de DIPr para resolver questões análogas de DIP;

b) Como um pré-requisito para resolver uma questão de DIP, a corte deve interpretar um tratado ou um conceito de DIPr;

c) Direitos e obrigações de DIP decorrem diretamente das leis nacionais dos Estados no que tange às disputas internacional privadas;

d) A aplicação das leis nacionais do Estado em relação a disputas internacionais privadas é contestada por infringir o DIP.

Embora o poder de autoridade da Corte seja relevante, são consideravelmente limitados o seu significado prático e sua influência, dado o número reduzido de casos por ela decididos⁹. É claro, pode-se argumentar que a maioria desses casos não representa um exemplo de desnacionalização tendo em vista que, pela sua própria natureza, os problemas envolvidos não poderiam ser discutidos em tribunais nacionais. No entanto, essa afirmação confirma, precisamente, a existência de questões de DIPr que se encontram fora do escopo da jurisdição dos tribunais nacionais.

43

2 CORTES DE DIREITOS HUMANOS

A situação é notavelmente diferente a nível regional. As decisões de cortes especializadas em direitos humanos em matéria de DIPr se tornaram tanto frequentes, quanto

⁷ SANDS, Phillippe. Reflections on International Judicialization. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 4. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 885-889 (citando H. LAUTERPATCHT).

⁸ Sobre o tema, ver: VAN LOON, Hans; DE DYCKER, Stéphanie. The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law. *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, v. 140 (One Century Peace Palace, from Past to Present). The Hague: Asser Press, 2013, p. 73-119; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P; MBENGUE, Makane Moïse. Public and Private International Law in International Courts and Tribunals – Evidences of an Inescapable Interaction. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 56. New York: Columbia University, 2018, p. 797-854.

⁹ A atividade de outros tribunais internacionais relativa às questões do DIPr também pode ser mencionada, por exemplo, o caso “ARA Libertad” (Argentina v. Gana), levado ao Tribunal Internacional do Direito do Mar. Disponível em: < <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-20/>>. Acesso em 15 jun. 2020.

significativas. Nesse sentido, a atividade do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem sido particularmente importante.

O papel assumido pelas cortes de direitos humanos no DIPr cresceu de forma impressionante nas últimas décadas. Isto se mostra particularmente visível no contexto europeu, embora claramente represente um fenômeno universal que afeta todos os aspectos do DIPr¹⁰. A jurisprudência do TEDH oferece uma variedade de discussões sobre questões de DIPr, que surgem especialmente com relação aos artigos 6º (direito a um julgamento justo) e 8º (direito ao respeito à vida privada e familiar) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ao avaliar uma possível violação desses artigos, o TEDH considerou uma vasta gama de questões e uma variedade de instrumentos relativos ao DIPr, dos quais se destaca a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças¹¹.

O papel do TEDH na abordagem de matérias relacionadas com o DIPr tem sido, por vezes, controverso. O Tribunal já explicou diversas vezes que seu papel não é resolver casos de DIPr, mas tão somente avaliar a compatibilidade das decisões dos tribunais nacionais com os requisitos de direitos humanos. Nas palavras do próprio TEDH:

Não é tarefa do Tribunal substituir as autoridades competentes ao examinar se haveria um risco grave de que a criança fosse exposta a danos psicológicos, na acepção do artigo 13 da Convenção de Haia, caso retornasse a Israel. No entanto, o Tribunal é competente para verificar se os tribunais nacionais, ao aplicar e interpretar as disposições dessa Convenção, asseguraram as garantias estabelecidas no artigo 8 da Convenção, levando especialmente em consideração o melhor interesse da criança.¹²

A atividade referente às questões de DIPr desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) talvez não tenha sido tão impressionante, mas parece

¹⁰ A leitura do Projeto de Resolução do Instituto de Direito Internacional (IDI) sobre Direitos Humanos e Direito Internacional Privado é conclusiva a esse respeito. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire IDI – Séssion de Hyderabad 2017*, vol. 78, p. 215 e ss. Disponível em < <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2018/12/8.-séances-plénières-Basedow.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

¹¹ Ver: BEAUMONT, Paul; WALKER, Lara. Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention. In: *A Commitment to private international law - Essays in honour of Hans van Loon*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 17-30.

¹² TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, 6 July 2010, App. No. 41615/07, para. 141. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/FRE?i=001-99817>>. Acesso em: 15 jun. 2020. Nota da tradutora: tradução livre do excerto extraído da decisão do TEDH, citado pelo autor em inglês. No original: “It is not the Court’s task to take the place of the competent authorities in examining whether there would be a grave risk that the child would be exposed to psychological harm, within the meaning of Article 13 of the Hague Convention, if he returned to Israel. However, the Court is competent to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of that Convention, secured the guarantees set forth in Article 8 of the Convention, particularly taking into account the child’s best interests”.

igualmente significativa. Para provar essa afirmação, basta citar a opinião consultiva sobre as obrigações dos Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em relação à infraestrutura que cria risco de danos significativos ao meio ambiente marinho da Região das Grandes Caraíbas, na qual, entre muitas outras conclusões interessantes, a Corte IDH afirma que os Estados têm o dever de garantir o acesso não discriminatório à justiça a pessoas localizadas fora de seu território que são potencialmente afetadas por danos transfronteiriços originários de seu território¹³.

3 TRIBUNAIS REGIONAIS

Ainda mais evidente do que o impacto dos tribunais de direitos humanos no DIPr foi o resultado da europeização do DIPr, originada na transferência de competências dos Estados-membros para a estrutura regional na União Europeia (UE). Como consequência deste processo, o papel dos tribunais dos Estados-membros da UE é, no que diz respeito ao DIPr, amplamente “dependente”¹⁴ do conteúdo das decisões do Tribunal de Justiça da UE (TJUE).

É verdade que, no sistema jurisdicional europeu, o mecanismo mais comumente utilizado é o pedido de reenvio prejudicial previsto no artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), segundo o qual um tribunal de um Estado-membro consulta o TJUE, a fim de obter uma interpretação autêntica de uma disposição do direito da UE. Sob este mecanismo, o tribunal nacional profere formalmente a decisão final concreta. No entanto, os tribunais dos Estados-membros (todos eles, de fato) são obrigados a seguir a decisão proferida pelo TJUE. As questões remanescentes para os tribunais dos Estados-membros são relativas aos fatos e, em determinados casos, à aplicação de critérios de proporcionalidade, que não parecem tão importantes quanto poder do tribunal regional.

Ademais, o TJUE é essencial para além do reenvio prejudicial, como é demonstrado pelo reforço da competência externa exclusiva da UE (e anteriormente da Comunidade Europeia – CE) nas matérias de DIPr¹⁵. De acordo com o TJUE, a competência exclusiva é

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC- 23/17, 15 Novembro 2017. Ver, especialmente, parágrafo 238 e ss. Disponível em espanhol em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

¹⁴ Sobre a precisa noção de “dependência nesse contexto”, ver infra 3.2.

¹⁵ Ver o *Parecer do TJUE 1/03 de 7 de fevereiro de 2006* (sobre a competência da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em

necessária para que seja evitado o risco de comprometimento da aplicação uniforme e consistente das regras da UE, assim como para o bom funcionamento do sistema que estas estabelecem¹⁶. Além disso, a UE agora é parte de várias convenções sobre questões de DIPr. Ao mesmo tempo, os Estados-membros da UE ratificaram várias convenções "no interesse da União"¹⁷.

B ADJUDICAÇÃO PRIVADA E IMPLEMENTAÇÃO PRIVADA

1 ARBITRAGEM

Voltando ao domínio do que poderia ser rotulado como arena “universal”, os tribunais arbitrais são muito mais ativos em termos de adjudicação de casos de DIPr do que os tribunais internacionais “públicos”. A importância da arbitragem no DIPr não é diminuída pelo fato desta ser principalmente utilizada em litígios comerciais. O que realmente importa não é apenas que o escopo material da arbitragem tenha ido muito além do que pode ser estritamente considerado comercial, mas também que a arbitragem se tornou, na prática, a jurisdição exclusiva, quase exclusiva ou, pelo menos, preferida, em diversos tipos de litígios internacionais. Além disso, a implementação de convenções de arbitragem e sentenças arbitrais é amplamente feita sem a intervenção dos tribunais nacionais. Isto significa que houve uma mudança no poder adjudicatório e na maneira pela qual o produto final do exercício desse poder é implementado. Além disso, veremos que a arbitragem não é o único tipo de implementação privada do direito.

O DIPr atingiu o pico na adjudicação privada por meio do uso da arbitragem como o principal método de resolução de controvérsias no comércio internacional. Grande parte do volume de litígios privados internacionais transferiu-se para o domínio dos tribunais arbitrais, onde a influência e o controle do Estado são consideravelmente fracos. Em uma vasta miríade de questões econômicas, a ascensão da arbitragem internacional confinou os tribunais nacionais

matéria civil e comercial) e o *Parecer de 14 de outubro de 2014* (sobre a competência externa exclusiva da União Europeia).

¹⁶ FRANZINA, Pietro. *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*. Cambridge: Intersentia, 2017.

¹⁷ Embora não sejam comparáveis ao processo da UE, vale a pena mencionar experiências em outros continentes. Dentro do MERCOSUL, ver a Opinião Consultiva 1/2007, de 3 de abril de 2007, sobre a aplicação do Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, de 2004. Disponível em espanhol em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf>. Acesso em 15 jun. 2020.

aos papéis de tribunais padrão. E, se acreditarmos em certas propostas audaciosas, mesmo esse papel não deve ser garantido no futuro¹⁸.

Quando um tribunal arbitral é constituído, sua jurisdição é decidida aplicando-se o universalmente reconhecido princípio competência-competência¹⁹. Se adequadamente aplicado, qualquer uma das partes poderá contestar a jurisdição e, em última análise, é um tribunal que decide sobre a jurisdição do tribunal arbitral. Mais precisamente, o tribunal tem a última palavra porque o princípio competência-competência se baseia na prioridade dada ao tribunal arbitral, a fim de evitar atrasos indevidos na arbitragem. Notavelmente, na imensa maioria dos casos, os tribunais não chegam a proferir última palavra. Portanto, a decisão do tribunal arbitral sobre sua própria jurisdição é final e vinculativa – isto é, não há impugnação, não existe nada para o tribunal decidir. Consequentemente, os tribunais dos Estados e o DIPr clássico talvez sejam relevantes, mas apenas marginalmente²⁰.

No que tange à lei aplicável, os tribunais arbitrais podem ter a liberdade de determinar quais regras são mais apropriadas para um caso específico e podem, especialmente, aplicar diretamente regras não-estatais que são igualmente ou mais adequadas para resolver uma questão internacional. Ademais, a lei que o tribunal arbitral aplica ao litígio pode depender do acordo das partes. Na ausência de tal acordo, a atual tendência predominante nas regras e atos de arbitragem é permitir que o tribunal arbitral aplique as regras de direito [e não o direito (nacional)] que achar mais apropriado²¹. Isto evidencia um DIPr maduro, que criou um sistema para remover os resultados indesejáveis da roleta aleatória da lei aplicável.

¹⁸ Ver: BORN, Gary. BITS, BATS and butts: reflections on international dispute resolution. Disponível em: <www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/BITS-BATS-and-Butts.pdf>.

Acesso em: 15 jun. 2020; CUNIBERTI, Gilles. *Rethinking International Commercial Arbitration. Towards Default Arbitration*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

¹⁹ UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*, article 16. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²⁰ Este parágrafo foi tirado – com algumas modificações – de um debate com G. CORDERO MOSS. Ver: CORDERO MOSS, Giuditta; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. Private International Law and International Commercial Arbitration – A Dialogue about the Usefulness and Awareness of the Former for the Latter. In: RUIZ ABOU-NIGM, Verónica; NOODT TAQUELA, Maria Blanca. *Diversity and Integration in Private International Law*. Edinburgo: Edinburgo University Press, 2019, p. 310-324.

²¹ Por exemplo, 2017 *ICC Arbitration Rules*, artigo 21 (1); Lei Argentina de Arbitragem Comercial Internacional de 2018, artigo 80.

2 IMPLEMENTAÇÃO PRIVADA

Paradoxalmente, as políticas e iniciativas proativas dos Estados têm sido fundamentais para alcançar o estágio atual da autonomia da arbitragem. A palavra “Estado” se refere aqui não somente a qualquer Estado independente que atue individualmente por meio de todos os seus ramos de poder, mas também, notadamente, à ação coletiva dos Estados no âmbito das organizações internacionais. Em verdade, é difícil de explicar o sucesso da arbitragem moderna sem considerar o impacto universal dos instrumentos das Nações Unidas, que são elaborados em estreita colaboração com instituições privadas²². Sem dúvida, isso ajudou as instituições privadas a florescerem em todos os cantos do globo, oferecendo todos os tipos de mecanismos de solução de controvérsias, frequentemente associados a conjuntos de regulamentos privados.

Da mesma forma, várias iniciativas foram desenvolvidas ou estão em andamento no âmbito público, lidando com diferentes formas de implementação privada do direito. Assim, com a adoção da Convenção (de Cingapura) e da Lei Modelo sobre acordos internacionais resultantes da mediação, a UNCITRAL está tentando promover a mediação internacional claramente inspirada em seu sucesso com a arbitragem internacional²³. É verdade que tanto a Convenção de Nova York, quanto a Convenção de Cingapura estabelecem um mecanismo de implementação pública de acordos e decisões privadas. No entanto, parece claro que as partes conhecem a regra geral de aplicação da Convenção de Nova York, segundo a qual as convenções de arbitragem e as sentenças delas resultantes devem ser executadas. Isto impõe que as partes que obedeçam às obrigações decorrentes de tais convenções e sentenças. Os redatores da Convenção de Cingapura provavelmente estão esperando um resultado semelhante²⁴.

Não menos interessante é o esforço da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado para estabelecer um quadro regulatório para promover a eficácia dos acordos

²² Nomeadamente, com o Tribunal Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (em inglês, *International Commerce Chamber, ICC, International Court of Arbitration*). Ver: LEMERCIER, Claire; SGARD, Jérôme. *Arbitrage privé international et globalisation(s)*. [Rapport de recherche 11.11, Mission de Recherche Droit et Justice; CRNS; Sciences Po], Paris 2015.

²³ Ver: SCHNABEL, Timothy. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 19, n. 1. Malibu, CA: Pepperdine University School of Law, 2019, p. 1 e ss.

²⁴ SCHNABEL, Timothy. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 19, n. 1. Malibu, CA: Pepperdine University School of Law, 2019, p. 3.

familiares²⁵. De fato, o direito da família é um campo ideal para o progresso do DIPr e da cooperação público-privada. Em suma, a implementação do direito fora do domínio público ou em cooperação com ele está se tornando cada vez mais importante em muitas áreas²⁶.

3 IMPACTO DA DESNACIONALIZAÇÃO DO PODER ADJUDICATÓRIO

As consequências e os caminhos para a reflexão oferecidos pela descrição anterior são múltiplos. Alguns demonstram o impacto da desnacionalização do poder jurisdicional na configuração atual do DIPr. Focarei especialmente em três aspectos que certamente estão interligados: a insuficiência da adjudicação do Estado, a dependência de órgãos heteronômicos por parte dos tribunais dos Estados e o papel dos julgadores do Estado como simples "controladores".

A INSUFICIÊNCIA DA ADJUDICAÇÃO DO ESTADO

49

1 MUDANÇA DA LÓGICA JURISDICIONAL NO DIPr

Historicamente, na era da centralidade do Estado, o DIPr era uma expressão de soberania; era uma prerrogativa dos Estados regulamentar situações relacionadas ao seu território ou a seus nacionais. Isso foi particularmente notável em questões de jurisdição²⁷. Hoje, a abordagem é (ou, melhor, deveria ser) diferente; a jurisdição não é (exclusivamente) vista como uma prerrogativa do Estado, mas como uma função para garantir um acesso efetivo à justiça. Uma parte dessa suposição é quase nova: já o antigo instituto do *forum non conveniens* e – mais claramente – o não tão antigo instituto do *forum necessitatis* são (ou, novamente,

²⁵ Ver: HCCH. *Revised draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*, 4 January 2019. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/97681b48-86bb-4af4-9ced-a42f58380f82.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²⁶ Ver as contribuições de J. BASEDOW sobre *Multiple Facets of Law Enforcement* e de G.A. BERMAN sobre *Enforcement of Legal Norms Through Private Means*, em: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds). *Enforcement and Effectiveness of the Law*. Springer: Cham, 2018, p. 3 e ss. e p. 33 e ss, respectivamente.

²⁷ Nesse sentido, a expressão “princípio de soberania” foi utilizada. PATAUT, Etienne. *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1999. Mas, ver: MILLS, Alex. Rethinking jurisdiction in international law. *The British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 1 e ss.

deveriam ser) igualmente baseados nessa lógica. Construções sobre jurisdição universal civil também tendem a seguir essa direção²⁸. Assim, o caráter *fundamental* do direito de acesso à justiça se torna a principal base jurisdicional²⁹, com uma extensão óbvia ao direito à implementação³⁰. Como resultado dessa lógica, torna-se evidente que os tribunais dos Estados não podem resolver *todas* as disputas de DIPr *completamente*. Mesmo nos litígios em que, de uma maneira geral, a jurisdição de um tribunal nacional esteja disponível, apenas um tribunal diferente, com uma autoridade supranacional reconhecida, pode decidir adequadamente se um Estado violou os direitos humanos ao adjudicar disputas de DIPr.

Pode-se argumentar que, em certos casos, até a jurisdição principal deve ser alocada aos tribunais internacionais. De fato, sempre que as disputas em uma determinada matéria produzem respostas insatisfatórias nos tribunais nacionais (e, em alguns casos, também na arbitragem internacional), surgem propostas com o objetivo de criar tribunais internacionais³¹.

Não menos importantes são as matérias nas quais os tribunais dos Estados pareceram – de um ponto de vista geral – mal equipados em comparação com os julgadores privados. Tal afirmação não deve ser interpretada para confirmar a visão errônea segundo a qual a importância da arbitragem internacional se deve principalmente às falhas da jurisdição do Estado. O sucesso da arbitragem ocorre, simplesmente, em razão dos atores do comércio internacional a perceberem, por sua própria natureza, como mais adequada a resolver suas disputas de maneira eficiente. Entretanto, isto não é uma inferência sobre as qualidades dos tribunais nacionais. De fato, uma observação da prática dos últimos quarenta anos oferece evidência de que a arbitragem funciona melhor nos Estados cujos tribunais são considerados – de modo geral – confiáveis. As pesquisas e a impressão geral parecem demonstrar que a

²⁸ Entre muitos outros exemplos, veja-se a multiplicidade de comentários sobre *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, nº 10-1491 (17 de abril de 2013), da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Ver, também: BUCHER, Andreas. *La compétence universelle civile. Recueil des cours*, v. 372. 2014, p. 9 e ss.

²⁹ Esta é a lógica subjacente, por exemplo, dos Princípios sobre o Acesso Transnacional à Justiça, da Associação Americana de Direito Internacional Privado. Disponível em: <<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-PT-FINAL18.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

³⁰ Ver infra 3.3.1.

³¹ Veja-se, por exemplo, a procura do “fórum ausente” (do inglês, “missing fórum”) em questões relacionadas à responsabilidade social das empresas. STEINITZ, Maya. *The Case for an International Court of Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. O interesse nesta questão dispensa questionamentos. O Projeto de Convenção Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos, adotado no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU, está entre muitas outras iniciativas complementares. Ver, também: VAN LOON, Hans. Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters. *Uniform Law Review*, v. 23, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 298-318 (propondo desenvolver o componente DIPr na Agenda 2030 das Nações Unidas: Transformando nosso mundo).

arbitragem se tornou o verdadeiro foro natural para uma vasta gama de litígios, nomeadamente de natureza comercial. Isto é confirmado pela criação de instituições arbitrais especializadas em diversos campos, como esportes, finanças, direito marítimo, arte, etc.

Mesmo em relação ao muito criticado sistema de arbitragem de litígios investidor-Estado (no inglês, *investor-state dispute settlement* – ISDS), um retorno à jurisdição “original” dos tribunais do Estado não parece ser uma opção real. De fato, tomando como ponto de partida a institucionalização desse mecanismo no âmbito do Banco Mundial, há mais de meio século, é difícil sustentar que os tribunais dos Estados continuariam sendo os melhores foros para resolver litígios de investimento envolvendo os Estados. Agora, após a assim chamada reação contra o ISDS, as propostas para superar suas detectadas falhas incluem: a criação de (um ou vários) tribunais multilaterais, uma mistura entre arbitragem e um órgão de apelação e a correção e melhoria do atual sistema de arbitragem³².

Existem muitos caminhos atraentes para a pesquisa sobre arbitragem como um mecanismo para resolver litígios de DIPr. Mesmo os bastante trilhados tópicos das relações entre tribunais arbitrais e tribunais nacionais ainda oferecem muitos pontos de interesse³³. Talvez mais útil em termos de contribuição para a melhoria da solução de controvérsias do DIPr seja a pesquisa sobre a viabilidade e os limites da promoção de alguns aspectos da arbitragem nos procedimentos de adjudicação do Estado (por exemplo, flexibilidade processual e *abertura* substancial) e vice-versa (por exemplo, desenvolvimento da jurisprudência arbitral).

51

2 TENTATIVA DE REPLICAR AJDUCIDAÇÃO PRIVADA NOS TRIBUNAIS DOS ESTADOS

A tendência atual – talvez seja exagerado chamá-la de “proliferação” – de criar tribunais nos Estados com competências específicas em questões comerciais internacionais, confirma as afirmações anteriores. Os Estados perceberam que sem tribunais específicos operando sob regras e mecanismos semelhantes a arbitragens internacionais, é muito difícil submeter os casos

³² Vejam-se os documentos da UNCITRAL. *Working Group III*. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>. Acesso em: 15 jun. 2020.

³³ Ver: RAU, Alan Scott. The Allocation of Power Between Arbitral Tribunals and State Courts. *Recueil des cours*, v. 390. 2010, p. 9 e ss.

aos tribunais nacionais. As experiências nacionais apresentam muitas diferenças, embora algumas características comuns possam ser identificadas³⁴.

É improvável que esses tribunais dos Estados eliminem a opção de arbitragem³⁵. Na melhor das hipóteses, os tribunais comerciais atuarão como foros concorrentes que, dependendo das características específicas estabelecidas pela regulamentação local, podem ser especialmente apropriados para alguns litígios. Por exemplo, eles podem ser atraentes para a solução de controvérsias com base em pequenos montantes, para as quais a arbitragem pode parecer muito custosa. Obviamente, o desafio para esses tribunais é tornar-se atraente para partes em disputa potenciais ou reais, não em comparação com a arbitragem, mas em termos gerais³⁶.

A atividade dos tribunais comerciais internacionais ainda é incipiente. É necessário mais desenvolvimento para tirar conclusões firmes em relação à sua eficácia. Mais pesquisas podem ser realizadas sobre o fenômeno. Nesse sentido, diferentes perspectivas foram sugeridas: histórica, sociológica e geopolítica, em um intento transdisciplinar e, de caráter jurídico mais específico, questões relacionadas à “cultura processual” e ao potencial incentivo ao *forum shopping*³⁷. Talvez também seja interessante pesquisar as condições, os prós e os contras, da proposição de tribunais nacionais sobre outras matérias (não comerciais) internacionais.

52

B DEPENDÊNCIA DE TRIBUNAIS HETERONÔMICOS

1 TRIBUNAIS NACIONAIS DENTRO DE UMA ESTRUTURA JURISDICIONAL COMPLEXA

Em muitas ocasiões, as decisões tomadas pelos tribunais dos Estados nada mais são do que a aplicação dos princípios adjudicatórios estabelecidos pelos tribunais internacionais. Eu

³⁴ BOOKMAN, Pamela. The Adjudication Business. Temple University Legal Studies Research Paper, n. 2019-08, 19 February 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3338152>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

³⁵ WALKER, Janet. Specialised international courts: keeping arbitration on top of its game. *Arbitration*, v. 85, n. 1, London, 2019, p. 2 e ss. Na verdade, considerando as experiências de Londres e Nova York como precedentes da tendência atual, nenhum risco de arbitragem pôde ser encontrado.

³⁶ O paradigmático *Singapore International Commercial Court* (em português, Tribunal Comercial Internacional de Cingapura) já ouviu vários casos (disponíveis em <<https://www.sicc.gov.sg/hearings-judgments/judgments>>), mas a maioria deles foi transferida do Supremo Tribunal.

³⁷ BOOKMAN, Pamela. The Adjudication Business. Temple University Legal Studies Research Paper, n. 2019-08, 19 February 2019, p. 53-54. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3338152>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

me referi a essa situação como uma "dependência", embora, em alguns casos, tecnicamente não exista tal coisa. Talvez seja mais apropriado rotular esse fenômeno: a integração do tribunal do Estado em uma estrutura jurisdicional supranacional. É o caso típico da UE, em que os tribunais dos Estados-membros são tribunais da UE ou, em outras palavras, os primeiros tribunais do direito da UE.

Além de qualquer tecnicidade, na verdade, vale ressaltar que em vários Estados, os tribunais nacionais não podem julgar casos de DIPr sem aplicar as noções jurídicas interpretadas pelos tribunais supranacionais. Da perspectiva oposta, pode-se dizer que há muitas decisões destes últimos que são vinculativas para os primeiros. As justificativas para essa situação variam.

Dessa forma, os tribunais de direitos humanos podem ser vistos como a resposta ao enigma de um Estado agindo simultaneamente como juiz e parte. A fim de garantir o respeito pelos direitos humanos em processos civis e, nomeadamente, conceder acesso internacional à justiça, um olhar complementar de fora é frequentemente necessário. Da mesma forma, os tribunais supranacionais são mais adequados para garantir a aplicação dos princípios da comunidade dos Estados, dadas as óbvias - e muitas vezes compreensíveis - contradições entre Estados membros. Os tribunais regionais também estão em melhor posição para interpretar uniformemente a lei aplicável, o que é uma meta essencial para o adequado funcionamento do sistema de integração.

Do ponto de vista prospectivo, vale a pena recordar a proposta de confiar à CIJ um papel ativo na interpretação de instrumentos internacionais sobre questões de DIPr. Uma ideia concreta é incluir uma cláusula opcional nas convenções do DIPr, com base no artigo 36 do Estatuto da CIJ, “desde que qualquer Estado parte da convenção reconheça como obrigatório, em relação a qualquer outro Estado parte que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da CIJ em relação à interpretação e aplicação da convenção”³⁸.

³⁸ Ver: VAN LOON, Hans; DE DYCKER, Stéphanie. The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law. *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, v. 140 (One Century Peace Palace, from Past to Present). The Hague: Asser Press, 2013, capítulo III. Nota da tradutora: Esta citação foi originalmente transcrita pelo autor no inglês, e foi livremente traduzida para esta versão em português. No original: “providing that any State party to the convention recognises as compulsory, in relation to any other State party accepting the same obligation, the jurisdiction of the ICJ regarding the interpretation and application of the convention”.

2 DIFERENTES GRAUS DE DEPENDÊNCIA

Por mais clara que a dependência dos tribunais nacionais em relação aos internacionais seja, esta se materializa de diferentes maneiras e graus. Assim, em alguns casos, a dependência aparece como um requisito *de jure*, obrigatório. Os tribunais nacionais nada podem, senão submeterem-se ao “mandato” do tribunal “superior”. No quadro do DIPr da UE, essa dependência foi enfatizada em relação a certas ferramentas processuais inglesas³⁹, às vezes amargamente⁴⁰. No entanto, o impacto das decisões dos tribunais “superiores” nos seus correspondentes nacionais às vezes é moderado por uma reconhecida margem de apreciação para este e o incrementalismo desenvolvido por aquele (como é o caso do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos)⁴¹; de maneira mais geral, o equilíbrio entre mandatos gerais e decisões concretas é buscado pela admissão do uso de alguns critérios proporcionais⁴². Em outras palavras, o “mandato” pode ser um mandato de princípio, que obrigue aos tribunais do Estado a se adaptar aos fatos específicos de cada caso concreto.

Em outras situações, a dependência pode afetar a conduta das partes em litígios jurídicos pelo fato de algo que foi dado como certo seja derradeiramente excluído por causa de uma mudança repentina nos critérios até o momento seguidos pelo tribunal “superior”. A infame decisão *Achmea* do TJUE⁴³ é ilustrativa a esse respeito: embora a conclusão dos tribunais diga respeito à incompatibilidade entre o direito da UE e o ISDS no contexto particular dos tratados de investimento intra-UE, a decisão levantou algumas preocupações sérias sobre o futuro da arbitragem comercial.

As diferentes maneiras pelas quais essa dependência se manifesta com relação às questões de DIPr, o impacto concreto da dependência (que pode incluir a necessidade de reforma legislativa), e os meios para moderar esse impacto, estão entre os tópicos de pesquisa

³⁹ TJUE. C-281/02, Andrew Owusu v. N. B. Jackson, 1º de março de 2005, ECLI:EU:C:2005:120, sobre *forum non conveniens* e TJUE, C-185/07, Allianz SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc., 10 de fevereiro de 2009 ECLI:EU:C:2009:69, sobre *anti-suit injunction*, foram particularmente importantes nesse respeito.

⁴⁰ HARTLEY, Trevor. The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. IV. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 813-828.

⁴¹ Ver: GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 2018, v. 18, n. 3. Oxford: Oxford University Press, p. 495-515.

⁴² Para uma abordagem crítica geral, ver: MARZAL YETANO, Antonio. La dynamique du principe de proportionnalité. Paris: IUV, 2014.

⁴³ TJUE. C-284/16, Slowakische Republik v. Achmea BV, 6 de março de 2018, ECLI: EU:C:2018:158.



que poderiam ser desenvolvidos no diz respeito à intervenção de tribunais heteronômicos no âmbito da adjudicação em DIPr. Os tópicos relacionados a diferentes aspectos do papel potencial dos tribunais internacionais (e, principalmente, a Corte) na interpretação "autêntica" da noção contida nas convenções do PrIL, poderiam ser ainda mais considerados.

C JULGADORES DO ESTADO COMO SIMPLES “CONTROLADORES”

1 SOBRE DECISÕES DE TRIBUNAIS ESTRANGEIROS E INTERNACIONAIS

Se o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras fossem entendidos como a culminação do exercício do direito humano de acesso à justiça, e não como uma mera cortesia do Estado de execução, o poder dos tribunais deste Estado “de controlar” essas decisões seria de alguma forma diminuído⁴⁴. Essa situação não implica uma “automação” da execução das decisões estrangeiras, mas um escrutínio menos rigoroso destas. Nem é preciso mencionar que me refiro a situações em que nenhum instrumento internacional em matéria de reconhecimento se aplica. Por outro lado, vários instrumentos relevantes permitem diferentes tipos de reconhecimento “automático”, o que torna o controle da decisão estrangeira uma atividade superficial.

O longo caminho percorrido pela Conferência da Haia sobre o DIPr, a fim de projetar um instrumento geral que regule o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras em questões civis e comerciais, bem como o próprio conteúdo da Convenção⁴⁵, mostra o quanto ainda hoje é forte a visão tradicional sobre esse assunto. Da mesma forma, em alguns países ainda é difícil, se não impossível, executar uma sentença estrangeira⁴⁶. Em outros, a porta para a implementação de uma sentença estrangeira só pode ser aberta graças a um instrumento

⁴⁴ Ver os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS), Artigo 7(1) “A eficácia extraterritorial das decisões é um direito fundamental, estreitamente vinculado ao direito de acesso à justiça e aos direitos fundamentais do devido processo. Portanto, os juízes e demais autoridades estatais procurarão favorecer sempre a eficácia das decisões estrangeiras ao interpretar e aplicar os requisitos que elas devem cumprir”. Veja, de maneira semelhante, embora dentro do contexto europeu, KINSCH, Patrick. Enforcement as a Fundamental Right. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, afl. 4. The Hague: TMC Asser, 2014, p. 540-544.

⁴⁵ HCCH. *2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. Disponível em: < <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

⁴⁶ CUNIBERTI, Gilles. Le fondement de l’effet des jugements étrangers. *Recueil des cours*, v. 394, 2018, p. 87 e ss.

internacional. Todos esses recursos são bem conhecidos. No entanto, argumento que, por mais resistente que seja a visão tradicional, ela é incompatível com uma noção de jurisdição baseada no direito fundamental a um acesso efetivo à justiça.

Além disso, a implementação das decisões dos tribunais internacionais afeta ainda mais o papel dos tribunais do Estado implementador. Como mencionado acima, em alguns casos, o “mandato” do tribunal “superior” não é suscetível a nenhum controle por tribunais estaduais “dependentes”.

2 SOBRE DECISÕES ARBITRAIS E CONVENÇÕES PRIVADAS

Em primeiro lugar, é cristalino que a Convenção de Nova York transformou a arbitragem internacional de uma mera opção à solução de controvérsias internacionais, na opção predominante. Mais do que isso: a mera existência da Convenção – em vigor em 164 Estados – é suficiente para garantir o cumprimento voluntário da imensa maioria dos julgamentos arbitrais existentes em todo o mundo; isto é, sem necessidade de intervenção judicial. Em segundo lugar, sempre que uma parte busca a execução perante um tribunal nacional, a sentença é cumprida na grande maioria dos casos. Ou seja, temos, de fato, um número reduzido de casos em que as partes vão aos tribunais para solicitar a execução de uma sentença. E o número de casos em que questões “clássicas” de direito internacional privado surgirão é ainda menor. Em terceiro lugar, deve-se mencionar os motivos da recusa de execução ou de impugnação de uma sentença, que estão bastante padronizados devido ao forte impacto da Convenção de Nova York e la Lei Modelo da UNCITRAL. Por fim, as referências da Convenção ao DIPr tradicional são explicadas pelo contexto histórico em que a Convenção foi adotada. De fato, há sessenta anos atrás o paradigma conflitual Estado-cêntrico ainda prevalecia em relação à arbitragem internacional (que ainda não havia entrado em sua era moderna).

Embora os requisitos específicos sejam diferentes, a própria estrutura adotada pelo Artigo V da Convenção de Nova York é replicada no Artigo 5 da Convenção de Cingapura de 2019 sobre a Execução de Acordos de Mediação. Concretamente, um pedido de reparação só pode ser recusado pela autoridade competente se a parte contrária demonstrar que um dos motivos incluídos no artigo 5º, nº 1 está presente. Do mesmo modo, a autoridade competente pode recusar-se a conceder reparação por motivos de ordem pública ou quando o objeto da controvérsia não puder ser resolvido por mediação.

No que diz respeito às sentenças de ISDS, proferidas no âmbito do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (no inglês, *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* – ICSID), sabe-se que o artigo 54 (1) da Convenção do ICSID determina a execução direta das obrigações pecuniárias impostas pela sentença no território de cada Estado parte "como se fosse uma sentença final de um tribunal naquele Estado". Esta disposição pode parecer irrelevante ao discurso sobre a desnacionalização do DIPr, mas não é. Em primeiro lugar, muitas sentenças do ICSID envolvem aspectos do DIPr. Em segundo lugar, existe de fato uma jurisdição arbitral exclusiva sobre esse assunto. Em terceiro lugar, a arbitragem do ICSID representa aproximadamente mais de 60% da solução de controvérsias entre investidores e Estados. E, em quarto lugar, a Convenção do ICSID foi assinada por 163 Estados e está em vigor em 155 deles⁴⁷. Ademais, deixando de lado algumas iniciativas para eliminar qualquer tipo de mecanismo de solução de controvérsias entre investidores e Estados, observa-se que as propostas para a reforma do ISDS, assim como a maioria dos instrumentos concluídos recentemente – mesmo aqueles que se baseiam na criação de tribunais internacionais – incluem a execução direta das decisões internacionais nos Estados partes⁴⁸.

57

Tudo isso mostra que o caráter nacional da implementação do direito, quando considerada a arbitragem, é bastante formal. Na realidade, os implementadores são principalmente as partes envolvidas na arbitragem. Nesse contexto, um tópico para análise mais aprofundada seria a consideração sobre em que medida os agentes privados devem cumprir os requisitos públicos, como a conformidade com a ordem pública internacional.

IV UMA PALAVRA EM CONCLUSÃO – CONTEÚDO E ENSINO DO DIPr

A era de um DIPr construído sob o fundamento *exclusivo* do Estado terminou. Mais do que isso: dificilmente pode-se argumentar que o Estado é sempre o *centro* de toda a estrutura do DIPr. Este pode ser o caso em algumas específicas questões, mas, em outras, o papel do Estado é no máximo periférico. A produção e a implementação, assim como, em última análise, a eficácia do DIPr, dependem consideravelmente de atores não estatais. Nomeadamente, ainda

⁴⁷ ICSID. *Database of Member States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Member-States.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

⁴⁸ UNCTAD. *Investment Policy Hub - Most Recent Treaties*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>>. Acesso em: 13 jun. 2020.



que sejam feitas duras críticas à arbitragem e à sua legitimidade, é provável que esta mantenha seu papel de destaque no DIPr por muito tempo.

Por mais óbvio que seja o impacto do exposto neste estudo, o conhecimento acadêmico em DIPr – tanto em livros, quanto em cursos universitários – permanece em grande parte ligado ao paradigma do Estado-centrismo. Dessa forma, uma parte considerável do verdadeiro DIPr é mantida fora das discussões de especialistas e longe do acesso dos recém-chegados. Esta é uma fonte lamentável de mal-entendidos.

A aplicação da *soft law* às relações privadas internacionais e a adjudicação não-estatal são partes do DIPr com crescente relevância. Não há justificativa válida para negligenciar este fato, e considerá-lo mero elemento externo, com eventual impacto no DIPr. Consequentemente, as propostas para abordar a evolução futura do DIPr como uma ferramenta para promover a governança global (como os esforços para vincular o DIPr à Agenda 2030 da ONU) não devem ignorar o papel fundamental da adjudicação privada e da implementação privada do direito.

REFERÊNCIAS

BASEDOW, Jürgen. The Multiple Facets of Law Enforcement. In: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds.). *Enforcement and Effectiveness of the Law: La mise en oeuvre et l'effectivité du droit*. Cham, Switzerland: Springer, 2018. p. 3-32.

BEAUMONT, Paul; WALKER, Lara. Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention. In: *A Commitment to private international law - Essays in honour of Hans van Loon*. Cambridge: Intersentia, 2013. p. 17-30.

BERMANN, George A. *Enforcement of Legal Norms Through Private Means*. In: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds). *Enforcement and Effectiveness of the Law*. Springer: Cham, 2018. p. 33-41.

BOOKMAN, Pamela. The Adjudication Business. Temple University Legal Studies Research Paper, n. 2019-08, 19 February 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3338152>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BORN, Gary. BITS, BATS and butts: reflections on international dispute resolution. Disponível em: <www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/BITS-BATs-and-Buts.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BUCHER, Andreas. La compétence universelle civile. *Recueil des cours*, v. 372. 2014. 127 p.

CORDERO MOSS, Giuditta; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. Private International Law and International Commercial Arbitration – A Dialogue about the Usefulness and Awareness of the Former for the Latter. In: RUIZ ABOU-NIGM, Verónica; NOODT TAQUELA, Maria Blanca. *Diversity and Integration in Private International Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 310-324.

CUNIBERTI, Gilles. Le fondement de l'effet des jugements étrangers. *Recueil des cours*, v. 394. 2018. 197 p.

CUNIBERTI, Gilles. *Rethinking International Commercial Arbitration. Towards Default Arbitration*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. 246 p.

DE BOER, T. M. Living Apart Together: the relationship between public and private international law. *Netherlands International Law Review*, v. 57, n. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 183-207.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-boundary Private Relationships. In: *Eppur si muove: the age of uniform law : essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). p. 251–272.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P; MBENGUE, Makane Moïse. Public and Private International Law in International Courts and Tribunals – Evidences of an Inescapable Interaction. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 56. New York: Columbia University, 2018. p. 797-854.

FRANZINA, Pietro. *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion I/13*. Cambridge: Intersentia, 2017. 226 p.

GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 2018, v. 18, n. 3. Oxford: Oxford University Press. p. 495- 515.

HARTLEY, Trevor. The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. IV. Cambridge: Cambridge University Presse, 2005. p. 813-828.

HCCH. *2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. Disponível em: < <https://www.hcch.net/em/instruments/conventions/full-text/?cid=137>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

HCCH. *Revised Draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*, 4 January 2019. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/97681b48-86bb-4af4-9ced-a42f58380f82.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ICSID. *Database of Member States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Member-States.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire IDI – Séssion de Hyderabad 2017*, vol. 78, p. 215 e ss. Disponível em < <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2018/12/8.-séances-plénières-Basedow.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. La codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional. In: BASEDOW, Jürgen; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P; MORENO RODRÍGUEZ, José A. *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción, Londres: CEDEP, La Ley & Thomson Reuters, 2010. p. 107-127.

KINSCH, Patrick. Enforcement as a Fundamental Right. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, afl. 4. The Hague: TMC Asser, 2014. p. 540-544.

KOLB, Robert. *The International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013. 1307 p.

LOQUIN, Eric. Les règles matérielles internationales. *Recueil des cours*, v. 322. 2006. 238 p.

MARZAL YETANO, Antonio. *La dynamique du principe de proportionnalité*. Paris: IUV, 2014. 560 p.

MILLS, Alex. Rethinking jurisdiction in international law. *The British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 183-239.

MERCOSUL. Opinião Consultiva 1/2007, de 3 de abril de 2007, sobre a aplicação do Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, de 2004. Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf>. Acesso em 15 jun. 2020.

PATAUT, Etienne. *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1999. 517 p.

RAU, Alan Scott. The Allocation of Power Between Arbitral Tribunals and State Courts. *Recueil des Cours*, v. 390. 2010. 400 p.

SANDS, Phillipe. Reflections on International Judicialization. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 4. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 885-900.

SCHNABEL, Timothy. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 19, n. 1. Malibu, CA: Pepperdine University School of Law, 2019. p. 1-60.

STEINITZ, Maya. *The Case for an International Court of Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. 242 p.



TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 6 July 2010, App. No. 41615/07, para. 141. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/FRE?i=001-99817>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNCITRAL. *Working Group III*. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNCTAD. *Investment Policy Hub - Most Recent Treaties*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

VAN LOON, Hans. Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters. *Uniform Law Review*, v. 23, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 298-318.

VAN LOON, Hans; DE DYCKER, Stéphanie. The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law. *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, v. 140 (One Century Peace Palace, from Past to Present). The Hague: Asser Press, 2013. p. 73-119.

WALKER, Janet. Specialised international courts: keeping arbitration on top of its game. *Arbitration*, v. 85, n. 1. London, 2019. p. 2-23

ZIMMERMAN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian; TAMS, Christian J (Ed.). *The Statute of the International Court of Justice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 1808 p.

Submissão: 15/06/2020

Aceito para Publicação: 15/06/2020



TEORIA DO DIREITO SEM FRONTEIRAS: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO COMO PLURALISMO JURÍDICO GLOBAL*

JURISPRUDENCE WITHOUT CONFINES: PRIVATE INTERNATIONAL LAW AS GLOBAL LEGAL PLURALISM

Horatia Muir Watt**

RESUMO: Este artigo surge do discurso de abertura proferido pela Professora Muir Watt na conferência anual do CJICL em 8 de abril de 2016. Em seu artigo, ela considera se o direito internacional privado pode oferecer conhecimentos específicos sobre importantes questões que desafiem a teoria jurídica contemporânea. Especificamente, ela analisa se o pluralismo jurídico pode abranger o direito internacional privado para criar uma teoria do direito além-fronteiras. Ela argumenta que a teoria do direito internacional privado pode contribuir com princípios, infundir interações normativas híbridas e garantir a responsabilidade no relacionamento entre a direito global e a justiça global.

ABSTRACT: This article arises from Professor Muir Watt's keynote address to the CJICL annual conference on 8th April 2016. In her article, she considers whether private international law can offer specific insights into important issues that challenge contemporary legal theory. Specifically, she analyses whether legal pluralism can encompass private international law to craft a jurisprudence beyond borders. She argues that conflict of laws theory can contribute principles, infuse hybrid normative interactions and ensure accountability in the relationship between global law and global justice.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. Teoria jurídica. Pluralismo jurídico. Teoria do Direito. Conflito de leis.

KEYWORDS: Private international law. Legal theory. Legal pluralism. Jurisprudence. Conflict of laws.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Entra o pluralismo; saem os conflitos. 3 Voltam os conflitos... bem, mais ou menos. 4 O que pluralismo significa nesse contexto. 5 Pós-escrito: direito internacional privado no modo pluralista, na prática. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças radicais provocadas pela globalização no âmbito do cenário normativo além do Estado-nação¹, acerca das quais esta conferência fornece tantas ilustrações excelentes, convidam-nos a refletir sobre se o direito internacional privado como uma disciplina² ou um 'estilo intelectual'³ possui conhecimentos específicos para contribuir com algumas das questões

* Artigo originalmente publicado na língua inglesa no *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 5, i. 3, Cheltenham, 2016, p. 308-403. Traduzido para o português pela doutoranda Nicole Rinaldi de Barcellos (PPGDir./UFRGS).

** Professora de Direito Internacional Privado e Direito Comparado na *Sciences Po*, e Co-Diretora do programa dos Estudos em Governança Global no *Master's Degree in Economic Law*, em Paris, na França. Doutora em Direito Internacional Privado pela *University of Panthéon-Assas Paris*. Contato: horatia.muirwatt@sciencespo.fr

¹ Globalização é entendida aqui como a extensão específica de tempo e espaço que coincide com a modernidade tardia, Anthony Giddens: GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991, p. 64; o advento da 'sociedade de risco'; ver, em geral, Ulrich Beck: BECK, Ulrich. *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*. Paris: Flammarion, 2008; economia neoliberal global (que será questionada a seguir); o paradoxal 'retorno da ciência', ver, em geral: POMPER, Philip e SHAW, David Gary (Orgs.). *The Return of Science, Evolution, History, and Theory*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002; em um período de descrença crescente nos valores da modernidade; e, com particular relevância para o direito internacional (público e privado), a "liquidação" da soberania, ver de forma geral: BAUMAN, Zygmunt. *L'identité*. Paris: L'Herne, 2010.

² O que é a disciplina jurídica? Ver, em geral: AUDREN, Frédéric Audren; BARBOU DES PLACES, Ségolène. *Qu'est-ce qu'une discipline juridique? Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*. Paris: L.G.D.J., 2018.

³ MICHAELS, Ralf. *Globalisation and Law: Law Beyond the State*. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Eds.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart 2013, p. 287; Ver, em geral: KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke: Duke Law, 2008, p. 1.

mais significativas que desafiam a teoria jurídica contemporânea.⁴ Se existe um paradigma jurídico global emergente,⁵ isto é, uma consciência jurídica⁶ que englobe os modos de fundamentação e uma estrutura conceitual, este requer uma revisão dos conceitos segundo os quais são entendidos os (modernos) fundamentos e características do direito. Ele também demanda uma reconsideração dos valores que constituem o horizonte normativo do direito; requer um ajustamento das ferramentas metodológicas e epistemológicas com as quais se compreende a complexidade social; e justifica a renovação dos termos do debate sobre legitimidade da autoridade política. O desafio para o direito acadêmico é claramente relevante. Pode-se argumentar que os dias da teoria analítica do direito estão contados; caminhos mais esperançosos são abertos por tentativas interdisciplinares a partir de várias direções: estudos de soberania sob uma perspectiva literária ou religiosa;⁷ pluralismo jurídico global a partir de uma perspectiva sociológica;⁸ e uma crítica à virada quantitativa contemporânea que usa indicadores como substitutos para o direito comparado.⁹

⁴ Ver o direito internacional (público e privado) como um ponto de vista privilegiado a partir do qual é possível ver as questões teóricas jurídicas não é novo. Ver, em geral, por exemplo: BATIFOLL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz 1956; QUADRI, Rolando. Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 80. La Haye, 1952; mas o advogado internacional moderno 'rejeitou a teoria', como Martti Koskiennemi supõe? Ver: KOSKIENNEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 187; Hoje, o periódico *Transnational Legal Theory* publica as contribuições de direito internacional privado para a teoria jurídica. Ver, em geral, HERBERG, Martin. Global Governance and Conflict of Laws from a Foucauldian Perspective: The Power / Knowledge Nexus Revisited. *Transnational Legal Theory*, 2 (2). Abingdon: Taylor & Francis, 2011, p. 243-269; e MUIR WATT, Horatia. Private International Law beyond the Schism. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: Taylor & Francis, 2011. p. 347-428; Ver, em geral, MUIR WATT, Horatia. La globalization et le droit international privé. In: HEUZÉ, Vincent et all (Eds.). *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015.

⁵ FRYDMAN, Benoît. *Comment penser le droit global? Série des Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit no 2012/01*. Disponível em: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf?lang=fr>. Acesso em: 10 July 2020; MICHAELS, Ralf. Globalisation and Law: Law Beyond the State. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Eds.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart 2013, p. 287; Ver, em geral: KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke: Duke Law, 2008, p. 1-18.

⁶ Ver, em geral: KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBEK, David M; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 19-73.

⁷ Ver, em geral: MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*. Bari: Laterza, 2013.

⁸ Ver, em geral: TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2011. 213 p; BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012..

⁹ Ver, em geral: DAVIS, Kevin et all. (Eds.). *Governance by Indicators: Global Power through Quantifications and Rankings*. Oxford: Oxford University Press, 2012; FRYDMAN, Benoît; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*. Bruxelles: Bruylant 2014.

À primeira vista, não parece que o direito internacional privado – com todo o seu horizonte além do Estado e seus instrumentos jurídicos complexo – tenha qualquer relevância nesse âmbito. Este foi recentemente desacreditado por Neil Walker como uma ‘forma paroquial de manutenção de fronteiras’ entre as várias ‘abordagens coordenadas laterais’ ao direito global¹⁰. Entretanto, neste ponto, convém refletir sobre uma recente declaração contundente de Gunter Teubner, que, em acentuado contraste, eleva o direito internacional privado a um nível meta-constitucional:

Em uma sociedade mundial sem ápice nem centro, resta apenas uma maneira de lidar com os conflitos inter-constitucionais – uma resolução de conflito estritamente heterárquica. Isso não ocorre apenas por causa da ausência de poder centralizado, que poderia ser combatido por esforços políticos intensificados, mas está conectado com estruturas profundas na sociedade que Max Weber chamou de ‘politeísmo’ da modernidade. Mesmo proponentes comprometidos com a ‘unidade da constituição’ são forçados a concordar que a unidade da constituição do Estado-nação está agora se movendo em direção a um ‘choque de constituições civis’, em direção a racionalidades mutuamente conflitantes a serem neutralizadas por um novo direito internacional privado.¹¹

Será que o direito internacional privado pode se encaixar nessa ambiciosa vertente do pluralismo jurídico, na elaboração de uma ‘teoria do direito além-fronteiras’?¹² Esta é a pergunta que este artigo tenta responder. O artigo inicia rastreando a ascensão do pluralismo como uma estrutura explicativa e normativa (I). Procura, então, entender por que o direito internacional poderia estar passando por um ressurgimento nesse contexto (II). Finalmente, conclui tentando definir o que significa pluralismo quando traduzido para o vocabulário do direito internacional privado (III), e fornecendo um exemplo tomado da prática judicial (IV).

2 ENTRA O PLURALISMO; SAEM OS CONFLITOS

Indiscutivelmente, a globalização, ou seu (quarto?)¹³ avatar contemporâneo, está infringindo uma crise de identidade no direito internacional privado.¹⁴ Uma das razões para isso

¹⁰ WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

¹¹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 152. Tradução livre do texto original citado pela autora, feita pela tradutora.

¹² Ver, em geral: BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹³ Para os três primeiros, ver, em geral: KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBEK, David M; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 19-73.

¹⁴ Entendida como uma crise da modernidade, estende-se à instituição do direito em geral. No entanto, ao mesmo tempo, o direito, em particular o direito internacional (público e privado), está longe de ser irrelevante ou ausente do cenário global. Por um lado, os processos que impulsionam a economia global, desde os mercados de



é que ela mostra a ligação entre os métodos jurídicos elaborados para lidar com normas conflitantes e o enquadramento das origens, das funções e dos objetos do direito em um determinado paradigma jurídico. Em outras palavras, os modos de raciocínio jurídico diante de normas conflitantes e reivindicações de autoridade refletem várias concepções e expectativas sobre o que é o direito e o que ele faz, de ele onde vem, e os tipos de problemas com os quais lida. As mudanças que afetam essas suposições e representações sobre o mundo também afetam formas estabelecidas de conhecimento jurídico; sondá-las é um ‘método perigoso’.¹⁵

Tradicionalmente – isto é, no decorrer do século passado e sob a influência do pensamento jurídico clássico em direito internacional¹⁶ – o ordenamento de questões normativas concorrentes fora de qualquer sistema doméstico em particular era almejado pelo direito internacional (público ou privado). Entendia-se tanto fornecer um esquema geral de inteligibilidade através do qual se entendessem outras esferas sociais, quanto disponibilizar ferramentas operacionais para definir autoridade, alocar responsabilidades e orientar a conduta de atores públicos e privados. No entanto, o surgimento de formas de autoridade concorrentes e difusas (pós-Westfalianas) desafia o direito nessas funções de ordenação.¹⁷ No despertar dos deslocamentos de poder dos atores públicos para os atores não-Estatais¹⁸, lutas pela legitimidade ocorrem entre sistemas jurídicos vinculados aos Estados ou por eles aprovados, e

66

commodities e financeiros até as cadeias de abastecimento globais, estão ou incorporados nas ordens jurídicas nacionais ou no direito internacional público econômico. Isso explica por que novas reivindicações (questionadas a seguir) à autoridade transnacional privada são todas feitas em termos especificamente jurídicos, mesmo que ocorram fora dos limites de qualquer sistema institucional de apoio. Simetricamente, a contestação das desigualdades e injustiças globais, seja na forma de violações dos direitos humanos, preocupações ambientais, desigualdade de gênero ou precariedade no local de trabalho, todas usam sintaxe legal. Além dos fóruns judiciais ou quase judiciais (nacionais e internacionais, públicos ou privados), o potencial emancipatório da linguagem do direito é usado em instituições (como a Organização Internacional do Trabalho e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e por ativistas, em nome da sociedade civil, para que o direito apareça como crucial dentro dos diversos projetos políticos empreendidos com vistas à reconstrução de uma sociedade global mais justa. Os direitos humanos como ‘última utopia’ serão melhor analisados abaixo. Ver, em geral: MOYN, Samuel Moyn. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge, MA: Harvard University Presse, 2010.

¹⁵ ‘Método perigoso’ (como Jung descreveu a psicanálise) é tópico do projeto de pesquisa Direito Internacional Privado como Governança Global (PILAGG). Ver: PILAGG Public International Law as Global Governance. Disponível em: <<http://blogs.sciences-po.fr/pilagg>> Acesso em: 10 jul. 2016.

¹⁶ ‘Pensamento jurídico clássico’ é um paradigma identificado no direito doméstico dos EUA. Ver, em geral: KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Frederick, MD: Beard Books, 1975, mas sua influência se estendeu por toda a linha (cobrindo todos os sistemas ocidentais e no direito internacional).

¹⁷ Ver, em geral: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. 448 p.

¹⁸ COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. 448 p; Para um estudo exaustivo sobre Para um estudo exaustivo de empresas multinacionais como reguladoras, ver: BECKERS, Anna. *Taking Corporate Codes Seriously: Towards Private Law Enforcement of Voluntary Corporate Social Responsibility Codes*. DPhil Thesis, Maastricht: Maastricht University, 2014.

outras fontes não identificadas. Além disso, a soberania, conceito fundamental da ordem jurídica internacional e doméstica, aparece invertida ou subvertida, investindo em atores privados, ou significando obrigações com a comunidade internacional, ao invés de supremacia.¹⁹ É difícil entender o que ‘direito’ significa nesse ambiente, pois sua estrutura e sua sintaxe existentes supõem, implicitamente, um horizonte confinado ao Estado-nação (seja dentro do Estado-nação, ou nas interações entre Estados-nação). De uma perspectiva teórica, portanto, é necessário um novo esquema conceitual para seriamente considerar – legitimar, desafiar ou governar – novas, difusas e desordenadas expressões de poder e normatividade; especificamente, aquelas relativas aos atores ‘não autorizados’ da modernidade recente²⁰ que não se encaixam necessariamente nas formas tradicionais de conhecimento jurídico.

No entanto, a crise que afeta o direito internacional privado parece ser mais aguda do que os menores terremotos sofridos pelas disciplinas jurídicas vizinhas. O direito internacional público se adaptou à chegada maciça dos titulares não-Estatais de direitos, transformando-se em um sistema de bem-estar abrangente e explorando seu próprio relacionamento com a justiça global.²¹ O direito comparado deixou para trás suas classificações estáticas das famílias jurídicas para unir forças com a antropologia dos transplantes jurídicos²² ou para contribuir para a estética dos espaços globais²³. Além disso, enquanto a teoria do direito analítica perde sua relevância fora da ordem jurídica do Estado-nação, várias escolas de pluralismo jurídico se comprometeram a ‘desfronteirizar’ a teoria do direito²⁴, de modo a lidarem com os possíveis fundamentos da autoridade jurídica para além das fronteiras do Estado.²⁵ O constitucionalismo

67

¹⁹ Sobre a inversão da soberania, ver, em geral: BATELSON, Jens Bartelson. *Sovereignty as Symbolic Form*. Abingdon: Routledge, 2014.

²⁰ BECK, Ulrich; BONB, Wolfgang (Eds.). *Die Modernisierung der Moderne*. Berlim: Suhrkamp, 2001, p. 40-41; Ver, em geral: BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1992.

²¹ Ver, em geral: JOUANNET, Emmanuelle. *The Liberal-Welfarist Law of Nations*. Cambridge: CUP, 2014, 328 p. Além disso, o direito internacional público, na maré de gerencialismo e fragmentação, é agora cada vez mais confrontado com conflitos articulados como conflitos de jurisdição e lei aplicável, entre os quais autoridades e regimes privados ou híbridos agora ocupam um lugar significativo. Está progressivamente assumindo a problemática tradicional do direito internacional privado: ver em geral: MUIR WATT, Horatia. *Private International Law beyond the Schism*. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: T & F, 2011, p. 347-428.

²² Ver, em geral: PREUß, Ulrich K. *Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture*. In: FRANKENBERG, Günter (Ed.). Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

²³ Ver, em geral: MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*. Bari: Laterza, 2013..

²⁴ BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

²⁵ Ver, em geral: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, com várias contribuições pluralistas de Paul Berman, Nico

global, cosmopolita ou social²⁶ e, menos provavelmente, o direito administrativo global,²⁷ são o resultado de uma mudança semelhante envolvendo uma reforma radical das premissas disciplinares centrais. Assim, pode-se argumentar que os complexos conflitos normativos de nossa era global se tornaram uma nova e empolgante disciplina, teórica e empírica, baseada em uma série de ideias altamente diversas a partir das quais o direito internacional privado, desgastado e limitado, é paradoxalmente excluído.

Essa nova literatura teórica jurídica é agora conscientemente global; ela é, também, em seus *avatares* mais plausíveis,²⁸ amplamente pluralista. Como Paul Berman salienta:

Já se passaram aproximadamente 20 anos desde que os estudiosos começaram a impulsionar os conhecimentos do pluralismo jurídico para a arena transnacional e internacional. Durante essas duas décadas, um rico corpo de trabalho estabeleceu o pluralismo como uma estrutura descritiva e normativa útil para a compreensão de um mundo de autoridades sobrepostas, tanto estatais quanto não estatais. De fato, tem havido uma verdadeira explosão de trabalhos acadêmicos sobre pluralismo jurídico, *soft law*, constitucionalismo global, as relações entre autoridades e a fragmentação e reforço das fronteiras territoriais.²⁹

As afirmações de autoridade concorrentes, que sejam plurais e transnacionais, são apontadas como a característica emblemática de nosso mundo complexo, enquanto o problema definidor do pensamento jurídico contemporâneo repousa nas interações entre tradições jurídicas, esferas sociais, valores culturais, direitos e identidades, epistemologias ou visões de mundo. Várias respostas vêm na forma de uma busca por consenso (em torno dos valores constitucionais), na promoção de novas utopias (a busca pela justiça global), na celebração da diversidade como concorrência (direito e economia), na elaboração de metodologias destinadas a mediar ou coordenar (teoria dos sistemas), ou nas definições renovadas de autoridade e legitimidade (estudos socio-legais).

Krisch and Nicole Roughan. O debate centra-se na própria natureza do direito (se houver), nos fundamentos da legitimidade do direito (mitológico ou não) e na relação entre a autoridade legal e política.

²⁶ Ver, em geral: KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2). Bloomington: Indiana University Press, 2013, p. 605-628; para 'constitucionalismo social' inspirado na teoria dos sistemas de Luhmann, ver TEUBNER, OUP University Press, 2011, discutido em detalhes abaixo.

²⁷ Ver, em geral: KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Law & Contemporary Problems, v. 68. Durham: Duke University, 2005, p. 15-62.

²⁸ Ver: BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 151-188.

²⁹ BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 151-188. Tradução livre do texto original citado pela autora, feita pela tradutora.

À primeira vista, o direito internacional privado pareceria se encaixar muito bem entre essas linhas pluralistas de pensamento. De fato, em seu impressionante panorama das teorias do direito global, Neil Walker classifica juntos o direito internacional privado e o pluralismo jurídico, como modelos de uma ‘abordagem lateralmente coordenada’.³⁰ De dentro da disciplina do direito internacional privado, isso dificilmente é surpreendente. As ligações entre o pluralismo e os conflitos são certamente antigas; uma definição influente do direito internacional privado vê sua função como gerenciamento do pluralismo horizontal,³¹ enquanto o trabalho de Santi Romano se tornou uma controversa referência para doutrinas unilateralistas.³² Dessas duas disciplinas relacionadas, no entanto, a última, com suas conotações constitucionais contemporâneas, sua linhagem comparativa e sua conexão com as preocupações sociais transnacionais, entra em cena. O direito internacional privado, há muito tempo um campo intelectual próspero,³³ sai de cena. Por que, então, seu status diminuiu a ponto de ser reduzido a uma ‘forma paroquial de manutenção de fronteiras’³⁴ enquanto os vários tipos de pluralismo jurídico florescem? Descritivamente, “o pluralismo jurídico global é hoje reconhecido como uma realidade enraizada na ordem jurídica internacional e transnacional”.³⁵ Normativamente, ou como projeto teórico, ele talvez seja a via mais promissora para abordar questões de teoria do direito contemporâneas dissociadas da ordem jurídica doméstica.

Uma explicação pode ser que o direito internacional privado se perdeu dentro de sua própria órbita. Isto não significa negar a existência de uma atividade florescente de elaboração de regras internacionais privadas em todo o mundo; de fato, a codificação parece nunca ter sido tão popular.³⁶ Mas isso não ajuda a dissipar a impressão de que o espírito da teoria do direito está em outro lugar e que pode não haver mais motivo, possivelmente além da força do *lobby* profissional,³⁷ a sustentar a sobrevivência do direito internacional privado a todo custo, a menos

³⁰ WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, v. 3.4.1.2.

³¹ Ver, em geral: FRANCESCAKIS, Phocion. *La théorie du Renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris: Sirey, 1958.

³² Ver, em geral: ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1975.

³³ Ver, em geral: MICHAELS, Ralf. After the Revolution—Decline and Return of U.S. Conflicts of Laws. *Yearbook of Private International Law*, v. 11. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, p. 11-30.

³⁴ WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

³⁵ BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. p. 151.

³⁶ Ver o panorama da codificação: SYMEONIDES, Symeon C. *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 458 p.

³⁷ Ver, em geral: OGUS, Anthony. The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization. *Oxford Journal of Legal Studies*, 22(3). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 419-434.



que seja um subdepartamento do direito dos contratos internacionalizado, um complemento técnico para questões de mercado intra-União Europeia, um auxiliar da arbitragem comercial internacional ou uma ferramenta amplamente estratégica para *forum-shoppers* transfronteiriços? Questões jurídicas que surgem em conexão com colisões transfronteiriças de direitos e de normas parecem pertencer à alçada de outros princípios mais recentes, mais dominantes ou mais políticos, como o federalismo (ou livre circulação na União Europeia) ou os direitos humanos, os quais varrem as técnicas e os métodos internacionais privados para o grande mar de proporcionalidade.³⁸ Além disso, muitos litígios econômicos transnacionais de maior notoriedade são compostos por questões de direito contratual doméstico sobre autonomia das partes. Em outros campos, notadamente no estatuto pessoal e nas relações familiares, ou é suficiente a ideia de reconhecimento,³⁹ ou as regras de conflito são derrubadas sob a pressão da ordem pública. Talvez, então, a disciplina adormecida (fera ou bela?⁴⁰) deva ser deixada em repouso, como um vestígio da era pré-global.

Uma consideração adicional é que a disciplina do direito internacional privado perdeu a guinada à qual estava bem colocada para dar,⁴¹ e que poderia tê-la investido tanto como rainha das novas grandes questões da teoria do direito em um mundo de normas em conflito, quanto como provedora dos instrumentos metodológicos que compõem o novo paradigma jurídico além das fronteiras do Estado.⁴² Ela poderia ter inspirado uma perspectiva de autoridade, nascida de uma experiência multissecular, com a qual se poderia abordar expressões

70

³⁸ Sobre a difusão da proporcionalidade e seu significado, ver em geral: KENNEDY, Duncan. *A Social Psychological Interpretation of the Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*. DESAUTELS-STEIN, Justin; Christopher TOMLINS, Christopher. *Part III - Structures of the Legal Contemporary*. Cambridge: CUP, 2017, p. 365-385; Isso não quer dizer, entretanto, que a proporcionalidade em si tenha um conteúdo uniforme nesses contextos: ver, em geral, MARZAL YETANO, Antonio. *La Dynamique du Principe de Proportionnalité*. Paris: Institut Universitaire Varenne, 2014.

³⁹ Sobre o reconhecimento tanto como elemento de diálogo, quanto como um direito internacional privado problemático, ver, em geral: MUIR WATT, Horatia. *Fundamental Rights and Recognition in Private International Law*. *European Journal of Human Rights*, 3. Bruxelas: Larcier, 2013, p. 409; O conceito de reconhecimento nas primeiras obras filosóficas sociais de Hegel (sobre "luta pelo reconhecimento": *kampf um anerkennung*) é reinterpretado por HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge: Polity Press, 1996; Da mesma forma, a teoria hegeliana de Charles Taylor inspira seu próprio trabalho sobre o reconhecimento dentro de uma sociedade multicultural. TAYLOR, Charles. *Hegel and Modern Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979; TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. New York: Princeton University Press, 1994.

⁴⁰ Nota da tradutora: no original, a autora utiliza a seguinte construção "sleeping beauty (dog or beauty?)", fazendo referência à expressão da língua inglesa "to let sleeping dogs lie", que significa deixar tudo como está.

⁴¹ Este ponto foi desenvolvido mais extensivamente em outro artigo. Ver: MUIR WATT, Horatia. *Private International Law beyond the Schism*. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: T & F, 2011. p. 347-428.

⁴² Ver, em geral: MICHAELS, Ralf. *Globalisation and Law: Law Beyond the State*. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Eds.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart 2013. p. 287-373.



desconhecidas de soberania ou novas afirmações de jurisdição. Desse modo, ela poderia ter proporcionado uma melhor compreensão de nosso mundo pluralista, no qual normas não-Estatais concorrentes devem encontrar seu lugar entre formas mais semelhantes a leis. Poderia ter liderado a posição crítica do império informal,⁴³ povoado por atores corporativos multinacionais, cadeias de valor transfronteiriças e mercados sem fronteiras, que são o próprio material do direito (internacional) privado. Pode-se dizer que o problema, então, é mais profundo do que a mera irrelevância. Suas deficiências, ou pior, seus lados mais sombrios, pelos quais já foi criticado por seu papel na moderna atividade imperial, podem ser a própria causa do grande imbróglio além do Estado em que o próprio direito está perdendo lugar para alternativas, visões de mundo mais críveis.

3 VOLTAM OS CONFLITOS... BEM, MAIS OU MENOS

Em cada um desses pontos, vocabulários disciplinares alternativos entraram em cena e deslocaram o direito internacional privado com ‘declarações’ mais empolgantes⁴⁴ como ‘mudanças de estado’ contemporâneas.⁴⁵ Sem renovação teórica, a antes reverenciada disciplina conceitual já não apresenta uma visão de mundo com a qual entender o caos global – um ponto em que a promessa do pluralismo jurídico é muito mais ambiciosa. Quaisquer que sejam as razões que levaram ao seu atual eclipse, no entanto, justificaram sua rejeição pelas pesquisas atuais, e apesar da riqueza de sua história e potencial, a disciplina provavelmente não está, ou não está mais, fazendo as perguntas certas, propondo os métodos apropriados, ou usando uma epistemologia adequada. No entanto, paradoxalmente, no exato momento em que parece deslocada por vocabulários concorrentes, um exame mais detalhado mostra que ela é investida de uma nova relevância. O pensamento pluralista ‘colou’ nos conflitos. Em muitos aspectos, as ideias do novo pensamento global têm conotações de reinvenção da roda – de um modo mais rico e interdisciplinar.

O constitucionalismo global é enquadrado como fornecedor dos modos de interação entre sistemas normativos sobrepostos. A ciência política exige "normas de interface".⁴⁶ O

⁴³Ver, em geral: KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*. University of Toronto Law Journal, v. 61, n. 1. Toronto: University of Toronto Press, 2011, p. 1-36.

⁴⁴ WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 148-77.

⁴⁵ BRETT, Annabel S. *Changes of State: Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

⁴⁶ KRISCH, Nico. The Structure of Postnational Authority. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.



problema central apontado pelo pluralismo jurídico contemporâneo é enquadrado em termos de normas concorrentes e reivindicações de autoridade, enquanto as soluções propostas para sua acomodação mútua assumem a forma de deferência, coordenação ou síntese, e competição. A diversidade assim descrita, os termos definidos, os métodos utilizados, os valores envolvidos são todos amplamente familiares à história do direito internacional privado, em uma época ou outra. A disciplina surgiu da concorrência de diferentes reivindicações de autoridade (religiosa e secular; independência política); teve que enfrentar tradições heterogêneas de legislar (costumes escritos e orais; sistemas formais e informais); colocou em oposição o que é geralmente conhecido como ‘justiça dos conflitos’⁴⁷ e aspirações alternativas como eficiência econômica; atuou de diversas maneiras em direitos individuais ou sistemas legais; incluiu Estados não reconhecidos e povos indígenas; esteve entre o direito público e o direito privado; experimentou regras substantivas, princípios de deferência ou subsidiariedade; ficou dividida entre o apego à neutralidade e a busca de valores; oscilou entre a construção de comunidade e os ditames da soberania; forneceu o espaço emblemático para explorar as virtudes das regras e padrões, segurança e flexibilidade; e explorou os limites da tolerância e ainda oscila a partir da fé no universalismo para a resignação diante das irreduzíveis interpretações culturais.

Não surpreende, portanto, que a metodologia jurídica internacional privada – ainda que substancialmente revisitada – tenha atraído nova atenção, a ponto de ser apontada como o único conteúdo plausível do ‘constitucionalismo social global’.⁴⁸ Como reconhece Paul Berman, “estas doutrinas (de direito internacional privado) tornam-se uma maneira central de navegar pelas interações, usando princípios que navegam entre o formalismo jurídico e a praticidade política”.⁴⁹ A esse respeito, o direito internacional privado contém um arsenal sofisticado de princípios metodológicos que certamente se encaixam na ideia pluralista de coordenação; é desnecessário desenvolvê-lo em detalhes aqui. A escolha da lei aplicável e os padrões de todos os tipos, diversas ‘abordagens’, teorias de aplicação incidental, reenvio e, com uma pitada de imaginação, subsidiariedade, deferência e poliarquia deliberativa, são apenas algumas das

⁴⁷ Ver, por exemplo, Jeune apresentando o direito internacional não como uma disciplina desprovida de valores substantivos, mas como um poderoso catalisador para a justiça multi-Estadual. JUENGER, Friedrich K. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Leiden: Brill, 2001.

⁴⁸ TEUBNER, G. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: OUP, 2011.

⁴⁹ O outro lado desse movimento é a nova proeminência do constitucionalismo: “Se [...] vemos o constitucionalismo como estabelecendo as regras básicas para a interação entre as autoridades relativas, o constitucionalismo se torna mais importante do que nunca”. BERMAN, Paul Schiff. *The Evolution of Global Legal Pluralism*. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 166.



técnicas à sua disposição, com as quais pode oferecer o mapa de navegação que falta ao pluralismo jurídico. Pode-se argumentar que o direito internacional privado teria sido capaz de "estabelecer as regras básicas para a interação entre autoridades",⁵⁰ com um pequeno empurrão. Nem precisa ser rejeitado como mero instrumento inteligente. Ele possui uma rica teoria que envolve de direitos (transitórios ou não), leis (incluindo o status de direito estrangeiro), cortesia, soberania, coordenação ou tolerância. Recentemente, ele apareceu como um repositório sofisticado para a interdisciplinaridade,⁵¹ fornecendo um arcabouço discursivo que estrutura o pensamento,⁵² uma epistemologia de sistemas complexos ou um novo impulso para a governança global.⁵³

Como ciência,⁵⁴ então, o retorno do direito internacional privado mostra-se possível. Ele aparece como um sério candidato a ocupar uma função significativa de governança no 'espaço jurídico global' definido como além do alcance e fora dos limites da soberania do Estado ou de instituições endossadas pelo Estado. Afinal, há muito tempo que sua linha de atividades faz sentido nas interações que ultrapassam as fronteiras do Estado e recaem nas lacunas existentes entre a soberania nacional e o direito internacional público. Ao mesmo tempo, no entanto, a complacência seria amplamente descabida. A suspensão intelectual contemporânea do direito internacional privado certamente garante um modesto desvio das várias vertentes prósperas da teoria do direito global. De fato, ele pode ter muito a aprender com outros vocabulários disciplinares, seja sobre a definição de conflitos ou seus modos de resolução, e isso pode levar a uma reformulação radical de seus próprios problemas centrais. De fato, se encontros entre normas heterogêneas ou expressões de diversos tipos de autoridade informal são centrais para a compreensão da paisagem normativa além dos confins da soberania do Estado, os esquemas tradicionais de inteligibilidade subjacentes ao direito internacional privado precisam levar em consideração várias dimensões adicionais da complexidade global. Se ele o

⁵⁰ BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 166.

⁵¹ KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke: Duke Law, 2008, p. 1-18.

⁵² Ver, em geral: MUIR WATT, Horatia. New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help? In: VAN HOECKE, Mark (Ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart, 2004, p. 271.

⁵³ Ver, em geral: MUIR WATT, Horatia; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 400 p.

⁵⁴ Sobre o (paradoxal) 'retorno da ciência', ver, em geral: POMPER, Philip; SHAW, David Gary (Orgs.). *The Return of Science: Evolution, History, and Theory*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002, por um período de descrença crescente nos valores da modernidade.

fizer e conseguir enfrentar esse desafio, poderá emergir consideravelmente esclarecido pela teoria do direito global. O contrário também é verdade, no entanto.

4 O QUE PLURALISMO SIGNIFICA NESSE CONTEXTO

Pluralismo pode significar muitas coisas, como Brian Tamanaha destacou.⁵⁵ Ele tem sido usado, e sem dúvida ainda pode ser, para justificar a predominância da lei colonial sobre os indígenas⁵⁶, tanto quanto poderia ser utilizado no sentido contrário, para perturbar as tendências globais para suavizar a diferença cultural (local).⁵⁷ No nosso contexto específico, o pluralismo é entendido como distinto do liberalismo, exatamente da mesma maneira que pode ser diferenciado do bilateralismo (ou 'multilateralismo') e conectado ao unilateralismo ou às teorias neo-estatutárias, dentro do direito internacional privado. Da mesma forma, como um modo de relacionamento com outras ordens jurídicas autônomas, pode ser diferenciado, no direito internacional público, do monismo ou de visões hierárquicas da ordem jurídica mundial.⁵⁸ Novamente, no contexto do direito comparado, rejeita uma presunção de similaridade em oposição a uma valorização da diferença.⁵⁹ O que é necessário, então, é algo no caminho de um esforço colaborativo, interdisciplinar. Várias questões ou escolhas espinhosas enfrentam tanto o direito internacional privado quanto o pluralismo jurídico quando reivindicam relevância fora de contextos inter-nacionais ou infra-Estatais, respectivamente. É necessário explorar as maneiras pelas quais os primeiros podem obter e contribuir com as ideias mais recentes dos últimos. A anatomia do 'conflito' precisa ser revisada, a fim de mudar a perspectiva a partir da qual perguntas de teoria jurídica são feitas.

Esse exercício leva às seguintes percepções: o uso de uma análise de direito internacional privado dentro de uma estrutura pluralista leva os conflitos ao plano central⁶⁰ em

⁵⁵ Ver, em geral: TAMANAHA, Brian Z. Introduction: A Bifurcated Theory of Law in Hybrid Societies. In: KÖTTER, Matthias et al (Eds.). *Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State*. London: Palgrave MacMillan, 2015.

⁵⁶ Ver, em geral: ASSIER-ANDRIEU, Louis. Penser le temps culturel du droit: Le destin du concept de coutume en anthropologie. *L'Homme. Revue française d'anthropologie*, n. 160. Paris: Éditions de l'EHESS, 2001, p. 67-90; BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolerance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thesis Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2002.

⁵⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto*. Bari: Laterza, 2013. 171 p.

⁵⁸ Ver, em geral: BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolerance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thesis Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2002.

⁵⁹ Ver, em geral: LEGRAND, Pierre. Antivonbar. *Journal of Comparative Law*, v. 1. London: Wildy, p. 13-40.

⁶⁰ BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksimilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 166.

qualquer tentativa de compreender o que a lei ‘é’ em nosso ‘mundo de luta’ contemporâneo.⁶¹ Ele destaca as maneiras pelas quais a lei sempre surge de disputados interesses e sempre pode ser interpretada de várias maneiras. Ele não procura se ‘adaptar’ à norma estrangeira em seu próprio esquema, mas aceita a outra norma, ainda que diferente (contanto que o limiar de tolerância não seja ultrapassado: veja abaixo), e trabalha para garantir a comunicação, ao invés da assimilação. É aqui que pluralismo difere de bilateralismo, hierarquia e liberalismo. Da mesma forma, permite outras reivindicações à autoridade legislativa em seus próprios termos. Em outras palavras, aceita que, quando é aberto espaço para a aplicação de leis estrangeiras, a localização da autoridade fica na outra norma.⁶² O pluralismo, portanto, acolhe a norma estrangeira, mas não decide em seu lugar quando e como se aplica. Isso não exclui dispositivos projetados para melhor atravessar inevitáveis lacunas ou sobreposições, como os desenvolvidos por doutrinas neo-estatutárias (efetividade, expectativas legítimas, retorno ao foro, ou outros).⁶³ Ele se esforça para uma coordenação ‘leve’ com base que cada sistema autônomo é pelo menos cognitivamente aberto à potencial ‘relevância’ dos outros.⁶⁴ A busca por coordenação pode ser o único princípio meta-constitucional global aceitável, como Teubner argumenta.⁶⁵

O pluralismo não exclui, no entanto, a operação de um mecanismo de exclusão quando o limiar de tolerância é ultrapassado. Esse ponto foi calorosamente debatido,⁶⁶ como se o pluralismo demandasse uma tolerância do intolerável, mas as versões de direito internacional privado da teoria pluralista demonstram que o recurso à exceção da ordem pública como último recurso *ex post* é perfeitamente concebível nesse contexto; ela pode até ser a própria condição para o pluralismo funcionar. O pluralismo aceita os ‘híbridos’ como inevitáveis. Nenhuma instituição ou reivindicação estrangeira terá efeito exterior, em outro foro, exatamente como foi

⁶¹ KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*. New York: Princeton University Press, 2016.

⁶² BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolerance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thesis Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2002.

⁶³ Nestes bem conhecidos aspectos dos das correntes estatutárias ver: BUREAU, Dominique; MUIR WATTT, Horatia. *Droit international privé*. 3 ed. Paris: PUF, 2014, p. 333 e ss.

⁶⁴ ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1975. 174 p.

⁶⁵ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: OUP, 2011; Nesse sentido: ROUGHAN, Nicole. From Authority to Authorities: Bridging the Social/Normative Divide. In: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016; DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper*. Paris: Seuil 2013.

⁶⁶ Ver, em geral: GALÁN, Alexis; PATTERSON, Dennis. The Limits of Normative Legal Pluralism: Review of Paul Schiff Berman, Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3). Oxford: OUP, 2013, p. 783-800; em resposta, BERMAN, Paul Schiff. How Legal Pluralism Is and Is Not Distinct from Liberalism: A Response to Alexis Galán and Dennis Patterson. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3). Oxford: OUP, 2013, p. 801-08.

estruturada inicialmente. O monismo, o bilateralismo, as visões hierárquicas do direito internacional e o direito comparado baseado em semelhanças projetam, em certa medida, a ideia contrária: o direito estrangeiro é introduzido e feito para se adaptar como está. Mas a hipótese do direito internacional privado é exatamente o contrário: uma norma estrangeira é sempre transformada por meio de interpretação ou combinação com as regras processuais do foro, e assim por diante.⁶⁷ O pluralismo também poderia ganhar ao frequentar o direito internacional privado, incorporando seu modo intelectual (ou ‘estilo’), que foi muito bem identificado como ‘como se’.⁶⁸ Em outras palavras, antes que qualquer decisão definitiva possa ser tomada sobre aplicabilidade e articulação de diversas normas, o resultado deve ser testado. Isso se adapta bem à inevitável avaliação da proporcionalidade do resultado final, que por si só é um dispositivo pluralista.⁶⁹ Tomar emprestado do pluralismo poderia ajudar a resolver o dilema da legitimidade que é cada vez mais preocupante no direito internacional privado, devido ao aumento ou maior visibilidade da autoridade não-Estatal e das formas heterogêneas de legislar. Estes não são ‘direito’ no paradigma tradicional de direito internacional privado; estão fora dos limites, por assim dizer, em razão de um julgamento *ex ante* sobre a legitimidade. Mas, sob uma abordagem pluralista, as questões de legitimidade são tratadas *ex post*: não há julgamentos *a priori* que serviriam para excluir certas reivindicações (como a lei não-Estatal).

76

5 PÓS-ESCRITO: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO MODO PLURALISTA, NA PRÁTICA

Talvez não seja surpreendente que a prática não tenha esperado que a teoria a alcançasse para de fazer um movimento igualmente aventureiro. Ela já teve que enfrentar demandas, valores, interesses, ideais e normas conflitantes, que aparecem além das atribuições da do direito do Estado, em esferas variadas e com diversas participações e dinâmicas complexas. Ela é naturalmente menos livre do que a teoria do direito para romper com os vocabulários convencionais para reagir adequadamente.

⁶⁷ No caso *Kiobel* na Court of Appeals for the Second Circuit (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 621 F. 3d 111 (2nd Cir. 2010)), a situação do direito internacional deu origem a um debate que poderia ser enquadrado exatamente nesses termos; ver: MUIR WATT, Horatia. Les Enjeux de l’Affaire *Kiobel*: Le Chaînon Manquant dans la Mise en Œuvre de la Responsabilité des Entreprises Multinationales en Droit International Public et Privé. In: *Comité Français de Droit International Privé. Années 2010–2012*. Paris: Pedone, 2013, p. 233.

⁶⁸ KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke Law, 2008, p. 1-18.

⁶⁹ KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Frederick: Beard Books, 1975. 273 p.

Um exemplo particularmente ousado, que ao mesmo tempo reconhece os conflitos entre a expansão dos regimes autônomos e propõe uma resposta igualmente pluralista em termos de análise, pode ser encontrado em um caso recente de escravidão infantil em tribunal federal dos EUA envolvendo fazendas de cacau na Costa do Marfim. Apropriadamente, como ilustração de um problema que é emblematicamente global, diz respeito ao funcionamento das cadeias de valor e mercados de commodities mundiais, que são indiscutivelmente as receitas mais potentes para externalidades destrutivas no ambiente social e ecológico global hoje. O Tribunal (*US Court of Appeals for the 9th Circuit*) se refere (para fins jurisdicionais, nos termos do *Alien Tort Statute*) à alavancagem econômica exercida por uma determinada marca no mercado mundial de commodities, a partir da qual extrai inferências legais. Assim, em *Doe v. Nestle USA, Inc.*,⁷⁰ o Tribunal afirma:

[...] os réus tinham controle suficiente sobre o mercado de cacau da Costa do Marfim para que pudessem interromper ou limitar o uso de trabalho escravo infantil por seus fornecedores. Os réus não usaram seu controle para impedir o uso da escravidão infantil, mas, em vez disso, ofereceram apoio que o facilitou. Visto juntamente com a alegação de que os réus se beneficiaram do uso de escravidão infantil, a falha dos réus em impedir ou limitar a escravidão infantil apoia a inferência de que eles pretendiam manter esse sistema em vigor. Os réus dispunham de meios para impedir ou limitar o uso da escravidão infantil e, se quisessem acabar com o trabalho escravo, poderiam ter aproveitado a sua influência no mercado do cacau para detê-lo [...] os réus participaram de esforços de lobby concebidos derrotar a legislação federal que exigiria que importadores e fabricantes de chocolate certificassem e rotulassem seu chocolate como ‘livre de escravo’. Como alternativa à legislação proposta, os réus, juntamente com outros da indústria do chocolate, apoiaram um mecanismo voluntário por meio do qual os a indústria do chocolate se policiaria.⁷¹

77

Notavelmente, nenhuma das ferramentas tradicionais do paradigma jurídico moderno faz parte do raciocínio jurídico usado pelo Tribunal. Território, soberania ou os requisitos da política externa são o foco tradicional da abordagem mais familiar do direito (internacional privado) para a governança da conduta corporativa no exterior. Aqui, por outro lado, é reconhecido o poder, ou a alavancagem, de atores privados no mercado, por meio de suas marcas, assim como sua capacidade de se envolver em captura regulatória por meio do *lobby* e do triunfo da auto-regulação. A resposta jurídica pode ser entendida em termos da

⁷⁰ 766 F. 3d 1013 (9th Cir. 2014).

⁷¹ 766 F. 3d 1025 (9th Cir. 2014). Tradução livre do texto original citado pela autora, feita pela tradutora.

responsabilidade social, do *touchdown* jurisdicional,⁷² do acesso da vítima à justiça (ao invés de jurisdição territorial, contrato, forma corporativa, mercado) e de um horizonte político em que a busca do lucro ou da eficiência do mercado é balanceada com outros valores.

O que o Tribunal está claramente tentando fazer, dentro dos limites formais de uma determinação de jurisdição, é levar a pressão do sistema jurídico a um ponto (em vários vocabulários, um ‘hub’, elo mais fraco ou ‘ponto de pressão’, ou um ponto de ‘*touchdown* jurisdicional’) em uma cadeia de produção global. Além disso, a passagem citada chama a atenção para outros fenômenos normativos que envolvem poder privado, auto-regulação, pressão de reputação e certificação de conformidade com padrões morais.

Esses são entendimentos eminentemente pluralistas do poder de legislar. Eles também remetem ao corpo de conhecimento que inicialmente surgiu em um contexto pré-moderno de autoridades plurais, territórios inexplorados, e fronteiras indeterminadas entre as esferas pública e privada. É por isso que, como uma conclusão a essas breves observações, nós podemos esperar que uma teoria aprimorada do direito internacional privado tenha o potencial de servir ao cerne problemático do direito global e sua relação com a justiça global, contribuindo com princípios com os quais governar a autoridade não-Estatal; infundir interações normativas híbridas com ideias de tolerância e acomodação mútua; e garantir a responsabilização nos processos globais de tomada de decisão por meio de deliberação,⁷³ contestação,⁷⁴ e reconhecimento.⁷⁵

78

REFERÊNCIAS

ASSIER-ANDRIEU, Louis. Penser le temps culturel du droit: Le destin du concept de coutume en anthropologie. *L'Homme*, n. 160. Paris: Éditions de l'EHESS, 2001, p. 67-90.

AUDREN, Frédéric Audren; BARBOU DES PLACES, Ségolène. *Qu'est-ce qu'une discipline juridique? Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*. Paris: L.G.D.J, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *L'identité*. Paris: L'Herne, 2010.

⁷² Ver, em geral: WAI, Robert. Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, 40(2). New York: Columbia Law School, 2002, p. 209-274.

⁷³ Ver, em geral: SCOTT, Craig; WAI, Robert. Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential Contribution of Transnational “Private” Litigation. In: JOERGES, Christian et al (Eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004.

⁷⁴ Ver, em geral: BOMHOFF, Jacco. The Constitution of the Conflict of laws. In: MUIR WATT, Horatia; FERNANDEZ ARROYO, Diego P. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014 (Capítulo 13).

⁷⁵ MUIR WATT, Horatia. Private International Law beyond the Schism. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: Taylor & Francis, 2011. p. 347-428.

- BATELSON, Jens Bartelson. *Sovereignty as Symbolic Form*. Abingdon: Routledge, 2014.
- BATIFOLL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz 1956.
- BECK, Ulrich. *La société du risque*. Paris: Flammarion, 2008.
- BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1992.
- BECK, Ulrich; BONB, Wolfgang (Eds.). *Die Modernisierung der Moderne*. Berlin: Suhrkamp, 2001.
- BECKERS, Anna. Taking Corporate Codes Seriously: Towards Private Law Enforcement of Voluntary Corporate Social Responsibility Codes. DPhil Thesis. Maastricht: Maastricht University, 2014.
- BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BERMAN, Paul Schiff. How Legal Pluralism Is and Is Not Distinct from Liberalism. *Int. J. of Const. Law*, 11(3). Oxford: OUP, 2013. p. 801–08.
- BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. p. 151-188.
- BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolerance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thesis Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2002.
- BOMHOFF, Jacco. The Constitution of the Conflict of laws. In: MUIR WATT, Horatia; FERNANDEZ ARROYO, Diego P. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014 (Capítulo 13).
- BRETT, Annabel S. *Changes of State: Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- BUREAU, D; MUIR WATT, H. *Droit international privé*. 3 ed. Paris: PUF, 2014.
- COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.
- DAVIS, Kevin et all. (Eds.). *Governance by Indicators: Global Power through Quantifications and Rankings*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper*. Paris: Seuil 2013.

GALÁN, Alexis; PATTERSON, Dennis. The Limits of Normative Legal Pluralism: Review of Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3). Oxford: OUP, 2013. p. 783-800.

HERBERG, Martin. Global Governance and Conflict of Laws from a Foucauldian Perspective: The Power / Knowledge Nexus Revisited. *Transnational Legal Theory*, 2 (2). Abingdon: Taylor & Francis, 2011. p. 243-269.

FRANCESCAKIS, Phocion. *La théorie du Renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris: Sirey, 1958.

FRYDMAN, Benoît. *Comment penser le droit global? Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit no 2012/01*. Disponível em: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf?lang=fr>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FRYDMAN, Benoît; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*. Bruxelles: Bruylant 2014.

GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991.

HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge: Polity Press, 1996.

JUENGER, Friedrich K. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Leiden: Brill, 2001.

KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*. New York: Princeton University Press, 2016.

KENNEDY, D. A Social Psychological Interpretation of the Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; Christopher TOMLINS, Christopher. *Part III - Structures of the Legal Contemporary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 365-385.

KENNEDY, D. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBEK, David M; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 19-73.

KENNEDY, D. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Frederick: Beard Books, 1975.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law & Contemporary Problems*, v. 68. Durham: Duke University, 2005, p. 15-62.

KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke: Duke Law, 2008. p. 1-18.

- KOSKENNIEMI, Martti. Empire and International Law: The Real Spanish Contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1. Toronto: University of Toronto, 2011. p. 1-36.
- KOSKIENNEI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- KRISCH, Nico. The Structure of Postnational Authority. In: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.
- KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2). Bloomington: Indiana University Press, 2013, p. 605-628.
- LEGRAND, Pierre. Antivonbar. *Journal of Comparative Law*, v. 1. London: W & S, p. 13-40.
- JOUANNET, Emmanuelle. *The Liberal-Welfarist Law of Nations: A History of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- MICHAELS, Ralf. After the Revolution-Divide and Return of U.S. Conflicts of Laws. *Yearbook of Private International Law*, v. 11. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009. p. 11-30.
- MICHAELS, Ralf. Globalisation and Law: Law Beyond the State. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Eds.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart, 2013. p. 287-373.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*. Bari: Laterza, 2013.
- MOYN, Samuel Moyn. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: HUP, 2010.
- MUIR WATT, Horatia. Fundamental Rights and Recognition in Private International Law. *European Journal of Human Rights*, 3. Bruxelas: Larcier, 2013. p. 411-434.
- MUIR WATT, Horatia. La globalization et le droit international privé. In: HEUZÉ, Vincent et all (Eds.). *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015.
- MUIR WATT, Horatia. New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help? In: VAN HOECKE, Mark (Ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart, 2004. p. 271-284
- MUIR WATT, Horatia. Private International Law beyond the Schism. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: Taylor & Francis, 2011. p. 347-428.
- MUIR WATT, Horatia. Les Enjeux de l’Affaire Kiobel: Le Chaînon Manquant dans la Mise en Œuvre de la Responsabilité des Entreprises Multinationales en Droit International Public et Privé. In: *Comité Français de Droit International Privé, 2010–2012*. Paris: Pedone, 2013.
- MUIR WATT, Horatia; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

OGUS, Anthony. The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization. *Oxford Journal of Legal Studies*, 22(3). Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 419-434.

POMPER, Philip e SHAW, David Gary (Orgs.). The Return of Science, Evolution, History, and Theory. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002.

PREUß, Ulrich K. Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture. In: FRANKENBERG, Günter (Ed.). Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

QUADRI, Rolando. Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. *Recueil des Cours*, t. 80. La Haye: Académie de Droit International de la Haye, 1952.

ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1975.

ROUGHAN, Nicole. From Authority to Authorities: Bridging the Social/Normative Divide. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.

SCOTT, Craig; WAI, Robert. Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential Contribution of Transnational “Private” Litigation. In: JOERGES, Christian et al (Eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004.

SYMEONIDES, Symeon C. *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TAMANAH, Brian Z. Introduction: A Bifurcated Theory of Law in Hybrid Societies. In: KÖTTER, Matthias et al (Eds.). *Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State*. London: Palgrave MacMillan, 2015.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TAYLOR, Charles. *Hegel and Modern Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. New York: Princeton University Press, 1994. 192 p.

WAI, Robert. Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, 40(2). New York: Columbia Law School, 2002. p. 209-274

WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.



“THE SECOND ROAD”: STATE RESPONSIBILITY AND THE EMERGENCE OF THE DISTINCTION BETWEEN PRIMARY AND SECONDARY RULES IN THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

“THE SECOND ROAD”: RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A EMERGÊNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS NA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL

George Rodrigo Bandeira Galindo*

RESUMO: Os advogados internacionais habitualmente presumiram que a distinção entre as regras primárias e secundárias no direito de responsabilidade do Estado é necessária. Este artigo investiga as origens da distinção desde o início dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional sobre o tema até sua adoção formal pelo então Relator Especial Roberto Ago e, posteriormente, pela própria Comissão. A adoção da distinção é um resultado claro da vontade de extirpar as considerações políticas de um projeto de codificação das normas jurídicas internacionais, bem como de corroborar uma divisão entre forma e substância no âmbito da responsabilidade do Estado. Uma historiografia da distinção é necessária a fim de fornecer elementos para futuras reflexões sobre a codificação do direito internacional e para afirmar que uma concepção das regras de responsabilidade do Estado como secundárias depende do tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Regras primárias e secundárias. Comissão de Direito Internacional. Responsabilidade do Estado.

SUMÁRIO: Introduction. 1 The ILC's first years and the topic of state responsibility. 2 The primary/secondary rules distinction and the “Ago Revolution”. 2.1 The debates within the ILC's Sub-committee on state responsibility. 2.2 The coming of the terminology primary/secondary rules. Conclusions. References.

ABSTRACT: International lawyers have usually assumed that the distinction between primary and secondary rules in the law of state responsibility is a necessary one. This article investigates the origins of the distinction since the beginnings of the International Law Commission's work on the topic until its formal adoption by the then Special Rapporteur Roberto Ago and, lately, by the Commission itself. The adoption of the distinction is a clear result of the wish to extirpate political considerations from a project of codification of international legal rules as well as to corroborate a divide between form and substance in the realm of state responsibility. A historiography of the distinction is necessary in order to provide elements for future reflections on the codification of international law and to assert that a conception of state responsibility rules as secondary ones is contingent upon time.

KEYWORDS: Primary and Secondary Rules. International Law Commission. State Responsibility.

84

INTRODUCTION

International lawyers have usually assumed that the distinction between primary and secondary rules in the law of state responsibility is a necessary one. Such assumption, however, tends not only to an oversimplification of the distinction but a de-politicization of state responsibility rules.

* Professor Associado da Universidade de Brasília, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e Membro da Comissão Jurídica Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1998), mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2001), doutorado em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2006), pós-doutorado em direito internacional pela Universidade de Helsinki (2010) e pela Universidade de Bremen (2014).

It is redundant to state the importance of the chapter of state responsibility for international lawyers. Such importance is due to the fact not only that, as famously put by Max Huber, “responsibility is the necessary corollary of rights,”¹ but also because, if we pay regard to its long consideration in the codification works of the United Nations International Law Commission (ILC), we will conclude that “the topic was anything but innocent from a political point of view.”²

The entanglement between law and politics is both one of the leading causes of the importance of the issue of state responsibility to the practice of international law as well as the reason for several controversies around it.

Among the aspects of the topic that is not enough problematised from the perspective of the necessary connection between law and politics is the one related to the distinction between primary and secondary rules.³

Since at least the Italian jurist, Roberto Ago, was elected Special Rapporteur for State Responsibility in the ILC, scholarship in this field has progressively taken for granted that state responsibility rules have nothing to do (or should have nothing to do) with substantive rules.⁴ Instead, state responsibility rules would be only concerned with the determination about the violation of an international obligation and the consequences arising due to such violation.

Although the choice for encapsulating state responsibility rules in the realm of secondary rules may seem a technical issue – or the only framework in which codification projects in this domain can be successful, as Ago suggested in order to justify the methodology he was trying

¹ AD HOC ARBITRATION. *Affaire des Biens Britanniques au Maroc Espagnol (Great Britain v. Spain (Spanish Zone of Morocco))*, Judgment of 23 October 1924. *Reports of International Arbitral Awards II*. New York: United Nations, 2006, p. 641.

² ALLOT, Philip. *State Responsibility and the Unmaking of International Law*. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 29, n. 1, 1988, p. 3.

³ Although authors disagree about the importance of the distinction to the law of state responsibility, they usually do not pay regard to its political implications. See, for example, David, for whom “it concerns a distinction the object of which was initially a technical one, but whose application has at times seemed artificial.” DAVID, Eric. *Primary and Secondary Rules*. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain and OLLESON, Simon (Eds.). *The Law of International Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 27; and P.M. Dupuy, who uses the distinction (in the sense proposed by H.L.A. Hart) as a fundamental methodological pillar in his General Course given at the Hague Academy of International Law, but sees its implications strictly to the international legal system: DUPUY, Pierre-Marie. *L’Unité de l’Ordre Juridique International*, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, La Haye, v. 297, 2002, p. 9-490.

⁴ Some authors have mentioned a legal scholar’s “habit of referring to the law of state responsibility as a set of secondary rules.” LINDERFALK, Ulf. *State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology – The Role of Language for an Understanding of the International Legal System*. *Nordic Journal of International Law*, Lund, v. 78, n. 1, 2009, p. 54.

to sell to his colleagues at the ILC – it has profound political consequences, in the sense that it affects our conceptions of what constitutes a good or bad international community.

The association of state responsibility rules with secondary ones has often meant that advancing in the split between the general and the particular,⁵ as well as the form and the substance is something good for the development of international law. More than that, the distinction often means that state responsibility rules belong to the domain of the legal, with no or scarce interference from the domain of politics.

The distinction between primary and secondary rules in the law of state responsibility has also produced a kind of reading of the past that emphasises the heroism of some characters and a favourable judgment of their choices. Hence, in many senses, the historiography of state responsibility is based upon teleological narratives and on the idea of progress.⁶

⁵ On this issue, see GOURGOURINIS, Anastasios. General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 22, n. 4, 2011, p. 993-1026.

⁶ One can think, for example, of James Crawford's criticism of the treatment some classic writers devoted to state responsibility for its lack of "any systematic order basis" and its characterization as merely being "an incident of substantive law." CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 3. Such view suggests that the distinction between formal and substantive rules (or secondary and primary rules) is an inevitable path to be taken by international lawyers. Combacau and Alland consider that the previous focus, by the ILC, on damages caused to aliens, was an "error", naturalizing a distinction that comes from a specific methodological approach chosen among many. COMBACAU, J. and ALLAND, D. "Primary" and "Secondary" Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations. *Netherlands Yearbook of International Law*, Amsterdam, v. 16, 1985, p. 83. For Pellet, the adoption of the distinction is such an improvement that deserves the label of "genius": "Distancing himself from this debate [on the responsibility of the state for injuries caused to aliens] was Ago's first stroke of genius." PELLET, Alain. The ILC's Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain and OLLESON, Simon (Eds.). *The Law of International Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 76. Gaja considers the distinction "[o]ne of the major contributions of Roberto Ago to the study of the international responsibility of States as Special Rapporteur of the International Law Commission on State Responsibility" and "a highly innovative step". GAJA, Giorgio. Primary and Secondary Rules in the International Law on State Responsibility. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 98, n. 4, 2014, p. 981. A recent trend of scholarship, however, have tried to demystify a number of aspects related to state responsibility. That is the case, for example, of Kathryn Greenman's study on the historiography of state responsibility for acts of rebels in Latin America. Greenman's article is a well-documented research that reveals strong ties between doctrine, arbitration practice and colonialism in the Americas. See GREENMAN, Kathryn. Aliens in Latin America: Intervention, Arbitration and State Responsibility of Rebels. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, v. 31, n. 4, 2018, p. 617-639. A brilliant example of this new critical input in the historiography of state responsibility is: NISSEL, Tzvika Alan. *A History of State Responsibility: The Struggle for International Standards (1870-1960)*. 436p. Doctoral Dissertation – Faculty of Law, University of Helsinki, 2016. Nissel's impressive research encompasses an almost one hundred-year range of theory and practice of state responsibility, with an acute sense for establishing links between broad transformations in the international order and developments in the law of state responsibility. A good summary of his Dissertation may be found in NISSEL, Alan. The Duality of State Responsibility. *Columbia Human Rights Law Review*, New York, v. 44, n. 3, 2013, p. 793-858.

Here, the stage of the organization of state responsibility rules today is seen as better than in the past. The finishing by the ILC of its work of codification on the issue, in 2011, is commonly regarded as the apex of the progress made, projecting the past as a less evolved stage of state responsibility rules.

Although the issue of the distinction between primary and secondary rules could be addressed in many ways, including by means of a deep investigation of its intellectual origins in different authors, my aim is far more restricted and less ambitious. In this article, I would like to focus on how the distinction between primary and secondary rules emerged in the very works of the ILC on the topic of state responsibility. My goal is to revolve the debates, within the Commission, which gave rise to the distinction. Such effort can certainly highlight the fact that that split was one among other choices that could be made by the members of the Commission. If this is so, it is dangerous to naturalise it as the only (or even the best) way to conceive state responsibility rules. Such naturalization is something that states should be aware of when (and if) they decide to craft a convention on the responsibility of states in the future. Perhaps the challenging of such naturalization can stimulate widespread research on such important topic.

Any investigation on the emergence of the distinction between primary and secondary rules in the law of state responsibility, within the ILC, has inevitably to deal with its “beginnings”. In this article, I use the term “beginnings” in a mere chronological sense. I do not imply that, at the level of ideas, the “beginnings” can easily be distinguished from present times. Although contexts in which meanings emerge are invariably chronologically distinguishable, the meaning we attribute to a given concept may have a higher resemblance to another that is farther than one that is closer in time.⁷ Such caveat is necessary because, finding the beginnings of a concept in a way as to keep the past entirely apart from the present is an escape to reify it, to deny that different meanings of a given concept in the past affects the way we understand those very concepts.

This article is divided into two parts. In the first, I will discuss many of the aspects of the methodology chosen by the ILC to approach the topic of state responsibility since its creation

⁷ Different theorists of history have emphasized such an idea. See, e.g., Koselleck: “Because they can be applied again and again, basic concepts accumulate long-term meanings that are not lost with every change in regime or social situation.” KOSELLECK, Reinhart. A Response to Comments on the *Geschichtliche Grundbegriffe*. In: LEHMANN, Hartmut and RICHTER, Melvin (Eds.). *The Meaning of Historical Terms and Concepts: New Studies on Begriffsgeschichte*. Washington, D.C.: German Historical Institute, 1996, p. 66.

until the beginning of the 1960s. In the second part, I will trace some lines on how the ILC finally came to the adoption of the terms “primary” and “secondary” rules in its works on state responsibility, primarily by the influence of Roberto Ago. Finally, conclusions will be presented.

1 THE ILC’S FIRST YEARS AND THE TOPIC OF STATE RESPONSIBILITY

For the first session of the International Law Commission, in 1949, the Secretary-General of the United Nations provided a lengthy memorandum. Only in 1960, the authorship of the piece was attributed to Hersch Lauterpacht.⁸

On the part devoted to state responsibility, the memorandum already shows a tension that would be present in the ILC discussions on the topic until, at least, 1963. Recalling previous codification projects, it recognised that state responsibility for damages caused to the persons and property of aliens covers “perhaps the major part of the law of State Responsibility,” constituting “in practice the most conspicuous application of the law of responsibility of States.” At the same time, it stated that “it is clear that that branch of international law transcends the question of responsibility for the treatment of aliens.” It then urged the ILC to deal with issues such as the criminal responsibility of states and individuals, prohibition of abuse of rights, forms of reparation, penal damages, and responsibility for states activities in the commercial and economic fields.⁹

Such tension was somehow reflected in the 1949 session debates.

Besides state responsibility, the treatment of aliens was another topic considered as apt for codification. In such context, a first debate emerged on the ILC. The Commission’s Chairman, Manley Hudson, proposed to link up the issues, “since the State responsibility visualised was connected with damages caused to aliens.” Such position, however, was rejected by other members. For Scelle, for example, “the question of State responsibility was subordinate to that of the treatment of aliens since the responsibility only arose if the State was under an obligation

⁸ Elihu Lauterpacht recalls that history in the Collected Papers of his father, where a reproduction of the memorandum can be found. See LAUTERPACHT, Elihu (Ed.). *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, v. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 445.

⁹ *Ibidem*, p. 512-514.

to treat aliens in a certain way.” Despite the Chairman’s position, the Commission decided to keep with the topic of treatment of aliens separated from state responsibility.¹⁰

A second debate had to do with the desirability of keeping the topic of state responsibility itself as one apt for codification. Three options were discernible at the time. For the first, advanced by Cordova, the Commission should retain the issue, but not in a limited way as to responsibility for damages caused to aliens, but studying “all infringements of the duties incumbent on States.” A second position, espoused by François, recalling the failure of the attempt of codification in such domain in the 1930 Hague Conference, opted for not considering the topic as a ready one. A third position, advocated by Brierly, Spiropoulos, and Scelle, was for retaining the topic due to its importance, but not mentioning if it should be focused on damages to aliens or on “all infringements of the duties incumbent on States.” The third position prevailed, and the topic of state responsibility was retained with no further qualifications.¹¹

If we connect the discussions on the two topics, it is clear that, for some members, the topic of state responsibility should be addressed under the framework of damages caused to aliens.

In 1953, the General Assembly approved a resolution requesting the ILC to “undertake the codification of the principles of international law governing State responsibility.”¹² However, that resolution, initially proposed by the Cuban Delegation, provided no orientation as to the methodology to be followed.

In 1954, Francisco V. Garcia Amador, the member from Cuba, presented a memorandum to the ILC with several considerations about the resolution approved by the General Assembly. On that memorandum, he raised some issues that would inform many of his reports in the following years as Special Rapporteur for state responsibility. Some of them were: the need to recognise the subjectivity of individuals and their locus standi in international courts, the growing influence of human rights and the distinction between merely wrongful and punishable acts. He also envisaged a study on state responsibility that encompassed not only damages caused to aliens but also damages caused directly to states. It is true that he saw fewer difficulties in matters regarding damages caused to aliens, because, in such domain, there were more developments in doctrine as well as in practice. More, he thought that most of the

¹⁰ ILC. Summary Records of the First Session. *Yearbook of the ILC* v. 1, 1949, p. 46.

¹¹ *Ibidem*, p. 49-50.

¹² UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Request for the Codification of the Principles of International Law Governing State Responsibility*, A/RES/799(VIII), 7 December 1953.

fundamental principles of state responsibility could be found in the domain of damages caused to aliens. However, he did not exclude the codification work beyond that reach. His approach is better described as “a gradualist” one.¹³

Due to its workload, only in 1955 the ILC began the study of state responsibility by choosing Garcia Amador as the Special Rapporteur for the topic.¹⁴ No substantive discussions, however, took place at that year on the topic.

Garcia Amador presented his first report in 1956. In its first pages, he admittedly assumed a “liberal” attitude towards codification, in the sense that “it is necessary to change and adapt traditional law so that it will reflect the profound transformation which has occurred in international law.” By presenting the past attempts to codify the law of state responsibility, he saw the role of the ILC as to “continue and complete the work of predecessor organizations.”¹⁵ So, despite his “liberal” conception about codification, his methodology was one of continuity.

Important for the Special Rapporteur is what he calls “function of the principles governing state responsibility.” For him, such function was, “in a certain sense,” even more important than the content of state responsibility itself. Quoting authors such as Dunn, Jessup, Eagleton, and Eustathiades, he mentions the connections of the topic with the “possibility of maintaining a unified economic and social order for the conduct of international trade”, “political influence in certain countries”, “scramble for markets”, “imperialism”, “dollar diplomacy”, effects of international wrongful acts in the “whole community”. Such elements were essential for him to raise the idea that the function of international law had changed as to “protect the rights and interests of its other subjects who may properly claim its protection.”¹⁶

Taking into regard such importance Garcia Amador attributed to the “function” of state responsibility, he admittedly envisaged in state responsibility a political function beyond the confines of what would be a “strict legal approach.”

The report develops the issues brought by his previous memorandum and reaffirms the gradual approach: “[t]he Commission, as it has done in the case of other topics, should adopt a gradual approach, codifying first that part of the topic which is most ripe for codification and

¹³ MÜLLER, Daniel. The Work of García Amador on State Responsibility for Injury Caused to Aliens. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain and OLLESON, Simon (Eds.). *The Law of International Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 70.

¹⁴ ILC. Summary Records of the Seventh Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1955, p. 190.

¹⁵ ILC. International Responsibility: Report by F.V. García Amador, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1956, p. 176-177.

¹⁶ *Ibidem*, p. 184.

which, at the same time, should receive priority in conformity with the terms of resolution 799 (VIII) of the General Assembly. The “responsibility of States for damage caused to the person or property of aliens would appear to fulfill these two conditions”.¹⁷

Garcia Amador’s first report gave rise to many discussions in the ILC’s plenary meetings. Apart from one member (Hsu) – for whom the scope of the report was too restricted and should be broadened¹⁸ - the strongest criticisms were not raised against its methodology, but against the introduction by the report of issues such as state criminality, individual as a subject of international law and human rights. Members such as Zourek criticised the report for going too far and dealing with “aspects of international responsibility in general.” Spiropoulos stated that it “covered the entire field of state responsibility.”¹⁹ Fitzmaurice explicitly supported the special rapporteur’s view of adopting a gradual approach.

Because the vast majority of the Commission did not oppose the gradual approach, it would be expected that Garcia Amador would follow it in his second report. That was what happened in 1957.²⁰

The membership in the ILC was renewed that year. Three of the new members would assume, in the years to come, a prominent role in criticizing the focus on responsibility for damages caused to aliens: Grigory Tunkin, Alfred Verdross and Roberto Ago.

One of the first interventions in that year’s debates shows that Garcia Amador’s approach was not yet a problem to the Commission. Amado, from Brazil, congratulated him for removing “the tendency to undue broadening of the concept of responsibility.”²¹

It was only on the second intervention that the stage started to be set to a more intense debate, although not yet related to the methodology of the study. For Padilla Nervo, “the doctrine of State responsibility became a legal cloak for the imperialist interests of the international oligarchy during the nineteenth century and the beginning of the twentieth.” Specifically related to the methodology, Hsu - the same and only member that criticised Garcia Amador for not broadening the scope of his first report in the 1956 debates – emphasized that “the Special Rapporteur was on the right track.”²²

¹⁷ *Ibidem*, p. 221.

¹⁸ ILC. Summary Records of the Eight Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1956, p. 232.

¹⁹ *Ibidem*, p. 233, 237, 241.

²⁰ ILC. International Responsibility: Second Report by F.V. García Amador, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1957, p. 104.

²¹ ILC. Summary Records of the Ninth Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1957, p. 154.

²² *Ibidem*, p. 155-156.

The first member to undoubtedly challenge, in the 1957 discussions, Garcia Amador's approach was Roberto Ago. In many ways, Ago's position directly influenced the debates because he introduced the question of the methodology taken by the special rapporteur and, thus, tried to re-open an issue that was, at least for the majority of the ILC in its previous session, already closed: "[t]he Special Rapporteur had concentrated, in accordance with the Commission's recommendation, on the question of the responsibility of the State for damage caused in its territory to the person or property of aliens, a very important aspect of the problem, and one which had been given long consideration by doctrine. Its codification would be a most useful task. Though it was an aspect that lent itself to separate treatment, it was, as the Special Rapporteur had himself discovered, impossible to study it without raising all the fundamental problems and defining all the concepts connected with the general notion of State responsibility".²³

If we compare Ago's statement with that of Hsu in 1956, the former is the first to put in a clear way a distinguishing between a "general notion of State responsibility" and "damage caused in its territory to the person or property of aliens." Moreover, he admits that the Special Rapporteur's approach was "in accordance with the Commission's recommendation."²⁴

In the next meetings during the same session, many members tried to make correlations between the issue of state responsibility and questions relating to colonialism and eurocentrism in international law and the emergence of different economic systems. Thus, "international law was no longer the almost exclusive preserve of the peoples of European blood" (Pal). The codification process should not "merely ensure the protection of vested interests or the maintenance of the status quo" (El Erian), and "[p]resent-day international law could not be a system of legal rules imposed by States belonging to one economic system on States belonging to another" (Tunkin).²⁵ Apparently replying to those statements, Fitzmaurice was clear about the need to separate politics from law and stressed that the role of the ILC belonged to the latter domain. He thus stated: "the subject was one which immediately touched off strong emotional

²³ *Ibidem*, p. 157.

²⁴ Such statement is in clear contradiction with the narrative Ago would craft, years later, of the Garcia Amador's years: "the Special Rapporteur submitted a second report which was expressly limited, even in its title, to responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens." ILC. First Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1969, p. 133.

²⁵ ILC. Summary Records of the Ninth Session, *Op. Cit.*, p. 158, 161-165.

charges, and the tendency to approach it from a political and ideological standpoint, entirely inappropriate in a commission of jurists, appeared to be irresistible.”²⁶

Ago’s second intervention in the debates, while trying to put some order in the discussions, and possibly with a “commanding demeanor,”²⁷ epitomises his whole methodology for the codification of the law of state responsibility. For him: “Some speakers had been more concerned with the essentially technical and legal side of international responsibility [...]; others had emphasized the political aspects of certain questions which had been dealt with by the Special Rapporteur, and which concerned only indirectly the question of responsibility. As far as he could see, the Commission had the choice of three courses. Firstly, it could adopt the radical course of stating that, for various reasons, the subject was not ripe for codification. Secondly, it could deal with the subject covered by the report in all the aspects touched on by the Special Rapporteur, following the tendency, found in many works on international responsibility for damages suffered by foreigners, to widen the subject to include all the substantive rules regarding the treatment of aliens. There was, of course, nothing to prevent the Commission's adopting that course, but he himself doubted the wisdom of undertaking such a wide task, which would involve considering and defining all the obligations of States towards aliens before studying the consequences of violations thereof, and settling not only the technical and legal problems involved but the political ones as well though the latter might not present such insuperable difficulties as some supposed. Thirdly, the Commission could, as advocated by the Chairman, leave all the matters concerning the definition of the obligations of the State as to the conditions of aliens, and confine itself to the examination of the questions within the framework of responsibility proper, i.e., of the consequences of an international illicit act committed in the field under consideration. Of those three courses, Mr. Ago preferred the third, which would enable the Commission to do a useful job without engaging in a debate on the treatment of aliens, a subject on which it might prove sometimes impossible to reach agreement, and which, in any case, could usefully be allowed to evolve further before attempting to codify it.”²⁸

The richness of such intervention is clear for the historiography of the law of state responsibility. At this point, however, two points need to be stressed.

²⁶ *Ibidem*, p. 163.

²⁷ NISSEL, Alan. The Duality of State Responsibility, *Op. Cit.*, p. 827.

²⁸ ILC. Summary Records of the Ninth Session, *Op. Cit.*, p. 167.

Ago makes a distinction, in the project of codifying rules on state responsibility, between positions that are legal and technical from those that are political in nature. He does not only square himself on the “legal and technical side,” but puts Garcia Amador's approach on the “political” side. Here, he makes use of a dichotomy that makes his ideas on the codification project distinct from those of Garcia Amador at the level of the fundamentals. Although delimiting the space of law and politics is in itself a political project, nothing suggests that, in making such statement, Ago had a “hidden” political agenda. However, such guidance would have consequences regarding delimiting a field of study and excluding a perspective more “politically-oriented” on the topic.

Second, Ago seems to misrepresent the position of the Chairman; he is, in fact, projecting his own position on the path to be taken in the codification process by referring to the position “advocated by the Chairman.”

Jaroslav Zourek, the then Chairman of the ILC, criticised the rapporteur's “attempt to cover the entire subject of the legal status of aliens in all its substantive aspects, instead of contenting himself with the technical rules that were usually regarded as exhausting the subject of State responsibility.” In this context, he states that: “the Commission should study only the circumstances in which the State could be held responsible for an act which gave rise to damages and a claim from a foreign State, without engaging in a study of the rules governing the juridical condition of foreigners on the territory of the State”.²⁹

In other words, the Chairman seems to visualise a codification project that does not lay down rules that deal with “juridical condition of foreigners,” but that is, at the same time, in the domain of damages caused to aliens.³⁰ Although Ago's intervention was dealing both with the oppositions between general and particular, and substance and form, Zourek is only targeting the second one. It is possible to come to such conclusion by the following statement, made by François, who criticised not article 1 of Garcia Amador's proposed rules (that defined state responsibility concerning damages caused to aliens), but article 6, that, in his vision, defined violations of fundamental human rights).

Indeed, it is plausible to admit that, at that session, there were four, and not three (as put by Ago), the positions about the codification process on the part of the members of the ILC; the

²⁹ *Ibidem*, p. 162.

³⁰ This is so, since in another intervention, just before that of Ago, the Chairman gives examples of state responsibility regarding damages to aliens with no caveats. *Ibidem*, p. 166.

fourth was for keeping the focus on damages caused to aliens without providing any substantive rules.

That fourth position was followed by some members (Amado, Spiropoulos), and also the Commission's Secretary (Liang), that focused only on the necessary distinction between rules of substance and those of responsibility (procedural).³¹ Although some emphasised the difficulty in advancing such division in practice (Spiropoulos and Fitzmaurice).³²

Other members explicitly adopted the third path – followed by Ago – but with a nuance that would be very relevant for the discussions to come, that of “dealing with any new principles enunciated in the Charter on which no clear rules of international law existed” (El-Erian), something that was, although not clearly, in the statement made by Tunkin.³³

During the debates, Garcia Amador himself complained about the bewildering ideas that were being brought by the members. In his words, “[h]e found himself, nonetheless, in an unenviable position because of the contradiction between certain criticisms.” In a statement that could be seen as a response to Ago, he did not deny a “political consideration” in state responsibility, but found that “such difficulties was no reason for abandoning the task of seeking out its basic principles.” He also addressed the proposals of delimiting substantive and procedural aspects and stated that they were interrelated.³⁴

At the end of the debate, the Chairman, addressing to a question posed by Matine-Daftary that the Commission had to decide if it would be restricted to the issue of “protection of aliens” or would broad the study to encompass “all types of international obligations,” answered that it was “settled, since the title of the draft referred only to injury to the person and property of aliens.”³⁵

There were members, although, in the minority, that showed full approval for Garcia Amador's “choice of topic and method of approach” and opposed the “undue limitation of scope” of his next report (Yokota).³⁶

³¹ *Ibidem*, p. 167-168. Spiropoulos' position is clear when he expressly rejects giving away with the focus on damages caused to aliens. *Ibidem*, p. 170.

³² *Ibidem*, p. 168, 169.

³³ *Ibidem*, p. 166, 169.

³⁴ *Ibidem*, p. 169-170.

³⁵ *Ibidem*, p. 171.

³⁶ *Ibidem*, p. 160, 169.



The 1957 debates show that there was growing opposition to the approach followed by Garcia Amador. However, because of their variety, a common or majoritarian position by the ILC could hardly be envisaged.

Thus, in his third report (1958), Garcia Amador did not change in any relevant way the approach he decided to take since his first report, stressing the difficulty of separating substantive and procedural aspects in the topic.³⁷

In 1958, however, the ILC did not discuss, not even cursory, Garcia Amador's report. The focus on other topics was the official reason for that.

In the following year, the special rapporteur presented his fourth report.³⁸ However, the debates among members were formally focused on discussing the draft articles on state responsibility prepared by Harvard Law School, because the ILC's Secretary, since the beginnings of the Commission's work on the topic, had established contacts with that institution.

For Tunkin, both the Harvard's articles as well as the reports by the Special Rapporteur did not deal with state responsibility properly, but with rights of aliens. He also urged for the ILC to take the views of socialist states as well as of new states of Asia and Africa on state responsibility. In a similar vein, the Yugoslavian member, Milan Bartoš, linked up the approach of responsibility for damages caused to aliens with colonialism and imperialism.³⁹

The Iranian member, Matine-Daftary, was direct in explaining an additional reason why the Special Rapporteur's reports had not been thoroughly discussed so far: "the Special Rapporteur's draft had been postponed not only owing to lack of time, but also because the draft was based on purely European standards of justice."⁴⁰ Perhaps that was only a partial explanation because many other members had reservations towards the reports for different reasons. In any case, it seems to confirm that the continuous postponement was in Pellet's words, "a polite representation of a more complex reality."⁴¹

³⁷ ILC. International Responsibility. Third Report by F.V. García Amador, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1958, p. 48-49.

³⁸ ILC. International Responsibility. Fourth Report by F.V. García Amador, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1959, p. 1.

³⁹ ILC. Summary Records of the Eleventh Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1959, p. 149-150.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁴¹ PELLET, Alain. The ILC's Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts, *Op. Cit.*, p. 75.

Alfred Verdross urged for the separation of the topics of “international responsibility in general” and the “rights of aliens”.⁴² He was immediately seconded by Roberto Ago, for whom, “the test of the State's responsibility was not the injury to the alien, but the violation of an obligation.”⁴³

However, even after Verdross and Ago’s interventions with a more “technical” tone, the political considerations continued being a point. Thus, for El-Khouri, the Harvard draft articles “were reminiscent of the capitulations system applied in the territories of the Ottoman Empire in the nineteenth century.”⁴⁴

Still, in those cursory debates of 1959, some seemed to support the idea of still focusing the codification works on damages caused to aliens. That is seen in Amado’s and the Secretary’s positions, and possibly in Zourek’s as well.⁴⁵

The presentation of a draft made by an American institution such as the Harvard Law School fueled many suspicious feelings in a topic that had already been accused of being supportive of imperialist and colonialist ideas.

Garcia Amador’s fifth report⁴⁶ was discussed in the 1960 session, which counted with the presentation of Mr. Gómez Robledo, representative of the Inter-American Juridical Committee. He reported the works of that Committee, that was entrusted by the Tenth Inter-American Conference of 1954 to study the American Continent’s contribution to the development and codification of the principles of state responsibility. Louis Sohn also spoke about the changes made in the Harvard draft taking into regard the debates on the ILC in the previous year.⁴⁷

Two of the first to intervene in the debates were, again, in sequence, Verdross, and Ago. Remarking that the Harvard draft and the special rapporteur's reports, dealt indistinctively with state responsibility and treatments of aliens, both pleaded (again) for the ILC to separate the issues in its works.⁴⁸ Tunkin also argued for the separation of issues, although he added that

⁴² ILC. Summary Records of the Eleventh Session, *Op. Cit.*, p. 150.

⁴³ *Ibidem*, p. 150.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 151.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 151-152.

⁴⁶ ILC. International Responsibility. Fifth Report by F.V. García Amador, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1960, p. 41.

⁴⁷ ILC. Summary Records of the Twelfth Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1960, p. 264-268.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 277, 278.

“[i]n approaching the codification and progressive development of international law, the primary consideration must be the laws of the development of human society.”⁴⁹

Garcia Amador replied to Tunkin by stating that: “his reports contained detailed explanations of the difference between the two subjects of state responsibility properly so called and the legal status of aliens. The clear distinction between the two had never been questioned in a public or private codification, and he was therefore surprised that the matter should have been raised by a member of the International Law Commission”.⁵⁰

The most amazing aspect about Garcia Amador’s statement is his belief that the separation of subjects had never been raised in the codification process at the ILC, once, as already seen, since 1949 the question was on the table.

The 1960 brief debates show that the lack of consensus within the Commission persisted and nothing was being done to revert the situation.

Garcia Amador presented his sixth (and last) report, in 1961.⁵¹

Under the chairmanship of Grigory Tunkin, the ILC did not debate the topic of state responsibility in 1961. One of the reasons might be that tensions were aggravated by the fact that, in 1960, much criticism was raised in the Sixth Committee of the General Assembly against the approach adopted by the Special Rapporteur. However, the Commission heard Professor Sohn, that made a short statement about the Harvard draft. No floor was given to the members.⁵²

Speaking on a meeting devoted to the future work of Commission, Garcia Amador grasped the opportunity and made a powerful statement, taking especially into account the criticisms he, the Secretariat and the Commission itself suffered from delegations of states that, in his words, “had never been concerned with the development and codification of international law.” He refuted accusations stated at the Sixth Committee that his collaboration with the Harvard Law School was in the nature of consultation, not collaboration. At the moment he started to speak about the criticisms made by delegations at the Sixth Committee, Tunkin intervened and asked Garcia Amador to “keep within the limits of the subject under

⁴⁹ *Ibidem*, p. 281.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 282.

⁵¹ ILC. International Responsibility. Sixth Report by F.V. García Amador, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1961, p. 1.

⁵² ILC. Summary Records of the Thirteenth Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1961, p. 196.

consideration [future codification of international law].”⁵³ Having the word again, Garcia Amador poses a striking question, suggesting that the postponement in the debate about the topic was deliberate: “The Assembly, in resolution 799 (VIII) of 1953 had requested the Commission to undertake the codification as soon as it thought advisable. Two years later, the Commission had elected the Special Rapporteur, who had submitted his first report in 1956, when the Commission's agenda had become appreciably lighter since it had finished the draft on the law of the sea. Since that time there had only been two items on its agenda of which the Assembly had specifically requested codification: diplomatic immunities and State responsibility, except for the revision of the draft on arbitral procedures. During those six years, many delegations had repeatedly stressed the importance of carrying the codification of State responsibility further, as had done recently the United Nations Commission on Permanent Sovereignty over Natural Resources. How was it then that the Commission, which had produced such fruitful work in its first six years, had continually deferred the study and codification of the topic of State responsibility?”⁵⁴

Zourek was one of the only members to reply, stating that Garcia Amador was the one to be blamed, because he failed in considering in his reports the Commission's debate in 1956. He then supported that the topic should focus first on the “general principles governing the responsibility of States.” Only after that, the ILC should proceed to other fields. He then seems to equate the “general principles” with “the violation of the rules of international law which were essential for the maintenance of international peace and security and which were laid down specifically in articles 1 and 2 of the Charter.” Such position resembles that advocated by Tunkin, but not that one advanced by Ago and Verdross.⁵⁵

The Secretary also intervened to state that, at the outset of the work on the topic, it was agreed that the ILC would “be limited to the question of the responsibility of the State for injuries caused in its territory to aliens.”⁵⁶

The debates in 1961 show a growing deadlock among members. Moreover, Garcia Amador's position as Special Rapporteur had become delicate.

⁵³ *Ibidem*, p. 207-208.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 208.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 216.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 218.

In 1962, Garcia Amador was no longer a member of the ILC. That opened a window of opportunity for it to re-start the study on state responsibility afresh.

The debates happened within the agenda item concerning the General Assembly's Resolution 1686 (XVI),⁵⁷ which recommended the Commission to continue its work on specific topics, including state responsibility.

Verdross was once again one of the first to intervene. Coherently with his previous positions, he was in favour of studying the topic of "general principles of state responsibility," excluding that of treatment of aliens.⁵⁸

An opposing view was that of the American jurist, Herbert Briggs, recently elected to the ILC, for whom, a specific aspect of the topic should be chosen. He tried to disqualify the approach on "general principles" because of its abstract nature, divorced from state responsibility's "roots in actual international life."⁵⁹

The Uruguayan Jimenez de Aréchaga followed Briggs' conclusions, but for different reasons. He saw in keeping the focus on damages caused to aliens an opportunity to tackle colonialist and imperialist aspects of state responsibility.⁶⁰

Besides Briggs and Jiménez de Aréchaga, Tsuruoka, Cadieux, and Liu were for keeping, for different reasons, the focus on damages caused to aliens.⁶¹

But a majority started to be shaped around Verdross' proposal. Members such as Yassen, Bartoš, Castrén, Paredes, Rosenne, Waldock, Gros, and, of course, Ago, manifested for excluding the issue of damages caused to aliens and dealing with the general principles.⁶²

Tunkin positioned himself also for excluding damages caused to aliens, but in a way explicitly diverse as to Ago: "The Commission would have to take the topic of state responsibility as a whole and examine it in the light of recent developments in international life and international law." And he added: "[t]he aspects of state responsibility cited by Mr. Ago did exist, but those were traditional aspects." New developments, for him, were related to "responsibility for acts which endangered the peace or constituted a breach of the peace, and

⁵⁷ UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Future Work in the Field of the Codification and Progressive Development of International Law*, A/RES/1686(XVI), 18 December 1961.

⁵⁸ ILC. Summary Records of the Fourteenth Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1962, p. 3.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 9, 27.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁶¹ *Ibidem*, p. 30-31, 39.

⁶² *Ibidem*, p. 10-11, 13, 15, 17, 25, 37, 39

responsibility for acts impeding the struggle of colonial peoples for independence.”⁶³ However, he made explicit that what he meant was not being limited to “general principles” since “the Commission should go much further.”

Such position by Tunkin, which apparently was followed by Tabibi,⁶⁴ if adopted by the ILC, could lead to the same critique as to the supporters of the focus on damages caused to aliens, because it would leave a lack – of all other aspects not directly related to the maintenance of peace and colonialism.

At the end of the debates, the Commission decided to establish a sub-committee on state responsibility “to define the scope of the topic of state responsibility and that no directives had been given to it by the Commission itself.” It was composed by Ago (Chairman), Briggs, Gros, Jiménez de Aréchaga, Lachs, de Luna, Paredes, Tsuruoka, Tunkin, and Yassen.⁶⁵

In the same year of 1962, the sub-committee gathered and decided to “be devoted primarily [but not exclusively] to the general aspects of State responsibility” – without a specification of the meaning of such generality - and that members would prepare memoranda to inform the debates. It was also decided that it would meet in January 1963.

And so it did. The sub-committee received memoranda from Jiménez de Aréchaga, Paredes, Gros, Tsuruoka, Yassen and Ago. After just four meetings, it reached a unanimous decision to “give priority to the definition of the general rules governing the international responsibility of the State,” without limiting itself to the issue of responsibility for damages caused to aliens.⁶⁶ The sub-committee also approved an outline program of work, based on Ago’s paper proposals.⁶⁷

In its 1963 session, the Commission took note of the Report of the President of the sub-committee and no clear opposition was raised by any member to its conclusions; on the contrary, many compliments were given to the sub-committee and its Chairman. The subcommittee's report was adopted in full and, by acclamation, Roberto Ago was appointed as Special Rapporteur for state responsibility.⁶⁸ The “Ago Revolution” was about to start.

⁶³ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 45, 283.

⁶⁶ ILC. Report by Mr. Roberto Ago, Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1963, p. 227 (containing the discussions within the sub-committee – Appendix I - as well as the memoranda submitted by Jiménez de Aréchaga, Paredes, Gros, Tsuruoka, Yassen and Ago – Appendix II).

⁶⁷ ILC. State Responsibility: Report of the Sub-Committee. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1963, p. 223-224.

⁶⁸ ILC. Summary Records of the Fifteenth Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1963, p. 79-86.

However, before going into the role that the distinction between primary and secondary rules played in the so-called “Ago Revolution,” it is important to make two general remarks about the Garcia Amador’s years.

In the 1962 debates, Manfred Lachs, while commenting on the ILC future methods of work on state responsibility made a sharp criticism against the Commission that seems to explain, succinctly and intelligently, what happened between 1956 and 1961. For him, “[o]ne mistake had been to leave the special rapporteur without any guidance from the Commission, with the consequence that the report submitted reflected only the special rapporteur’s personal opinions.” The criticism was soon dismissed by the Chairman, claiming the “pressure of other work.”⁶⁹ But the fact remains that, already in 1961, Garcia Amador had shown that the reports could have been fully appreciated.

The historiography on the law of state responsibility has accepted without second thoughts that the failure of the codification project during the Garcia Amador’s years is mainly due to an “unsuitable approach”⁷⁰ taken by the then special rapporteur towards the codification of international law. The Cuban jurist was even accused of causing a deadlock in the codification project because of his “strategic clumsiness.”⁷¹ The picture is much more complex than those narratives. They seem to be teleologically framed to idealise the work of Ago and the framework in which the ILC’s articles on state responsibility, finally approved in 2011, are based upon.⁷²

If Garcia Amador failed as a special rapporteur, so did the Commission itself.

It is a fact that Garcia Amador insisted in many (but not in all) aspects of his conception about the codification of the law of state responsibility as envisaged in his first report and even in the memorandum he addressed to the ILC in 1954. However, apart from certain aspects – such as that on wrongful acts that should be punished – the Commission as a whole provided

⁶⁹ *Ibidem*, p., 23.

⁷⁰ MÜLLER, Daniel. The Work of García Amador on State Responsibility for Injury Caused to Aliens, *Op. Cit.*, p. 73.

⁷¹ PELLET, Alain. The ILC’s Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts, *Op. Cit.*, p. 78. Even narratives that are more sophisticated and critical than that of Pellet tend to picture Garcia-Amador as an unexperienced member – something difficult to be proven based solely upon the ILC’s records. That is the case of Nissel, for whom: “García-Amador clearly had no experience with, nor any understanding of committee politics – where decisions are often made prior to, rather than during meetings.” NISSEL, Alan. The Duality of State Responsibility, *Op. Cit.*, p. 824.

⁷² Such narrative was fueled by Ago himself, as shown by his contradictory positions about Garcia Amador following of the ILC’s mandate in 1957 and 1969. See note 26.

no specific guidance for his future work. Much criticism was raised against his ideas, but some members supported him in many respects. In every single year he acted as Special Rapporteur, Garcia Amador presented reports that were cursory or even not considered by the Commission. If that was a deliberate strategy by some members to isolate the special rapporteur – as seems to suggest Matine-Daftary's intervention in 1959 – the Commission had the duty at least to appoint a new Special Rapporteur.

Someone could argue that Garcia Amador was not sufficiently politically acute in realizing he was increasingly being isolated within the ILC. Perhaps this is true, but only partially. There were so many paths to be taken (four at least, taking the general and often confusing statements by ILC members during the years) that choosing one could be risky if he did not have a precise mandate from the Commission as a whole.

Thus, the ILC is also responsible for the failure in the codification project on state responsibility from 1955 to 1961.

Another general remark is related to the role played by the ideological confrontations in the failure of the Garcia Amador's approach.

It is undeniable that, even in 1956, the ideological confrontation was a big issue in the ILC's debates. However, if we consider the evolution of the debates within the Commission, we conclude that ideological arguments were quite independent of "technical" ones. Sometimes, they were opposed to each other.

Ago's intervention, in the beginning of the 1957 debates, was of a "technical nature." He was trying to offer a different path to codification by separating law from politics. In other words, in the first moment, Ago was not attempting to bring to his side members from socialist and Third World countries; he was, in fact, opposing them. Perhaps he realised, after some years, that he could use such "politicization" in his favour. In any case, Ago's position, distancing from the Garcia Amador's approach, was not a direct result of the ideological confrontation.⁷³

Hence, it is plausible to say that Ago played an active role, since at least 1957, in tackling the Garcia Amador's approach. He was the first to contest, in a clear and very intelligible fashion,

⁷³ That is why it does not seem historically accurate to affirm that "[d]istancing from this debate was Ago's first stroke of genius," as stated by Pellet because Ago was already distant from it when the ideological debate emerged within the ILC. PELLET, Alain. The ILC's Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts, *Op. Cit.*, p. 76

that approach, and was the first to oppose technical to political arguments about state responsibility. We cannot also underestimate the role of Verdross and Tunkin. The first also adopted the “technical” tone and supported Ago’s points more than once. The second pressured to the politicization of the topic by supporting the need for its renewal taking into regard the emergence of socialism and the end of colonial empires.

2 THE PRIMARY/SECONDARY RULES DISTINCTION AND THE “AGO REVOLUTION”

“Ago Revolution” is a term coined by Alain Pellet to describe Roberto Ago’s input in the ILC codification works on the topic of state responsibility, distancing from Garcia Amador’s approach.⁷⁴

For one to understand how such “revolution” took place, it is essential to go back to the debates in the Sub-Committee, in 1963, which were the main battlefield against the so-called “restricted view” of Garcia Amador.

104

2.1 THE DEBATES WITHIN THE ILC’S SUB-COMMITTEE ON STATE RESPONSIBILITY

As already noted, the discussions of the Sub-Committee were informed by papers previously presented by some of its members.

Ago’s report is, by far, the one that most influenced the discussions of 1963. It is not the most extensive one, but it follows a clear strategy that put his eventual opponents in the awkward situation of having to revolve the whole history of the law of state responsibility to make plausible contestations.

Ago admits that the bibliography, as well as the cases in international practice, are abundant on the topic of state responsibility regarding damages caused to aliens. However, such materials were based upon a critical lack, since it “is concerned chiefly with particular points and aspects”⁷⁵ The topic of state responsibility was, thus, seen as one that did not adequately

⁷⁴ PELLET, Alain. The ILC’s Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts, *Op. Cit.*, p. 76.

⁷⁵ See ILC. Report by Mr. Roberto Ago, Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility, *Op. Cit.*, p. 252.

assigned “to each element its true place in a systematic whole.”⁷⁶ The dichotomy between parts and the whole (general and particular) plays an essential role in Ago’s argumentation.

He then describes several codification projects of rules of state responsibility and finds a common denominator among them, one that made all fail: the “particular approach.” Ago does not inquire into the political reasons for the Harvard, the League of Nations or Garcia Amador’s projects to fail.

This way, he applies the inadequacy of the option for the “particular approach” empirically to previous state responsibility codification projects. Things put this way, the “whole approach” remained as the one to be tested by the ILC.

However, “the whole” is a relational concept. Its existence depends on its contrary, “the part.” If not removed to another semantic field, “the whole” can easily become “the part.” If seen as a set of organised rules, state responsibility is just a part of the whole of the international legal rules. A possible transformation of the whole into a part becomes possible when Ago states that “[m]y point is merely that any discussion of international responsibility should take into account the whole of responsibility and nothing but responsibility.”⁷⁷ The restriction “but responsibility” cannot be easily reconciled with “the whole of responsibility.”

That is why, to avoid an aporia, Ago needs to add to the equation another dichotomy, which is not quantitative, but qualitative: that of form and substance. In the codification efforts, state responsibility rules must be dealt not only as a whole but as rules that differ, by their nature, from others that are substantive. He, thus, pontificates: “Once again, what I wish to emphasise is merely that the consideration of the contents of the various rules of substance should not be an object in itself in the study of responsibility, and that the contents of these rules should be taken into account only to illustrate the consequences which may arise from an infringement of the rules”.⁷⁸

He does not call state responsibility rules as formal or procedural in nature; he just nominates their counterparts: “rules of substance.”

⁷⁶ *Ibidem*, p. 252.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 253.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 253.

Other reports – those of Mustafa Yasseen and André Gros - adopted a similar attitude as Ago's concerning supporting a widening of the scope of ILC on the topic, without, however, the argumentative sophistication of the Italian jurist.⁷⁹

There were, however, those that followed the opposite path. Senjin Tsuruoka proposed the ILC to, first, undertake the study of responsibility for damages caused to aliens and, then, proceed to general issues. Also, Eduardo Jiménez de Aréchaga produced a long paper entitled "The duty to compensate for the nationalization of foreign property," possibly under the premise that the ILC would proceed with its focus on damages caused to aliens.⁸⁰

Such opposite views in those papers show that, until, at least, that moment, no uniform position was to be found within the ILC.

The discussions also reveal that, initially, the sub-committee was still divided. Briggs joined Tsuruoka and Jiménez de Aréchaga (who had both previously presented papers) in supporting a codification project focused on damages caused to aliens. There were also mid-term positions, such as Andre Gros', who, at a certain stage, called for a codification in two steps: the first devoted to "general aspects of state responsibility," and a second dealing with "responsibility of the State in particular circumstances," something that is not clear in the paper he had previously presented. In his first intervention, Tunkin adopted a similar attitude to that he professed in many previous sessions of the Plenary of the ILC on the topic. While advocating that the Commission should focus on the "general principles of State responsibility," its work should "consider the most important new subject [of international law] — that of the responsibility of States for acts of aggression" besides problems emerging from de-colonization process and the sovereignty of states over their natural resources. Briggs soon intervened to state that, by following that path, the distinction between form and substance proposed by other members would make no sense, because those issues would be "questions of substance".⁸¹

The historiography of state responsibility does not do proper justice to the role played by Eduardo Jiménez de Aréchaga in overcoming the deadlock in the works on the topic. Soon after Tunkin and Briggs (not by coincidence, the ILC members from the USSR and the USA) presented their positions, Jiménez de Aréchaga stated in a crystal-clear fashion: "that the

⁷⁹ *Ibidem*, p. 246.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 237-244, 248.

⁸¹ *Ibidem*, p. 230, 233-234.

majority of the members of the Sub-Committee favoured the priority suggested by the Chairman in his paper. Mr. Briggs, Mr. Tsuruoka and he (the speaker) were thus in the minority, and he thought it would not serve any useful purpose to continue the discussion on method. He would co-operate in the work of the Sub-Committee in accordance with the method which the majority preferred”.⁸²

That was the last time, during the Sub-committee meetings, that questions relating to the possible focus of the ILC codification work on state responsibility for damages caused to aliens emerged. The surrender of the position advocated by the three members – although only stated by Jiménez de Aréchaga - was suddenly realised by Ago, who, without any delay, closed the discussions on the issue.⁸³ As the immediate next speaker after Jiménez de Aréchaga, Ago first tackled the dimension of particularity in favour of generality, stating that: “the Sub-Committee agreed that the work on State responsibility should be devoted to the general problems of the international responsibility of States.” He then buried the dimension of substance, by saying that “no attempt would be made to discuss and define certain principles of substantive international law, whether those principles related to old-established or to new areas of the law”.⁸⁴

107

That was also the moment when the so-called “Garcia Amador’s approach” was definitely expurgated from the whole of the ILC works on state responsibility. As already stated in the previous section, the sub-committee unanimously decided that the topic of state responsibility would not deal with to substantive rules; such decision was approved by the Plenary of the ILC.

2.2 THE COMING OF THE TERMINOLOGY PRIMARY/SECONDARY RULES

Apart from a brief note presented in 1967,⁸⁵ Ago just presented a lengthy study as Special Rapporteur in 1969, the date of his first report.⁸⁶

⁸² *Ibidem*, p. 234.

⁸³ Such move shows clearly that Ago was essentially a skillful politician. That is why Nissel is correct when, analyzing the so-called “Ago’s revolution”, states that: “The success of Ago’s approach did not lie in doctrine alone, but in committee politics as well”. NISSEL, Alan. *The Duality of State Responsibility*, *Op. Cit.*, p. 837.

⁸⁴ ILC. Report by Mr. Roberto Ago, Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility, *Op. Cit.*, p. 234.

⁸⁵ ILC. Note on State Responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1967, p. 325.

⁸⁶ ILC. First Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1969, p. 125.

The piece is wholly devoted to tracing a history of different projects for the codification of the law of state responsibility (although almost half of it is composed of annexes compiling texts that resulted from that codification efforts). The narrative made by Ago in this report brings to the table arguments that are still regularly used today by different scholars to establish the *avant-garde* character of the Italian jurist's imprint in the codification works.

The strategy is clearly teleological: to prove that the reason for the failure of the previous codification efforts was that they did not isolate the topic of state responsibility from others. Such non-separation was due to two different causes: one related to progress and development in legal theory and, the other, for practical reasons for making a codification project to advance.

First, by recurring to the idea of “development of international legal theory” and “progress” in the study of the fields of international responsibility and that of the status of aliens, Ago stated that, at his time, their treatment should be made separately.⁸⁷ He thus brought progress to his side. The consequence would be that any entangled treatment of the topic would sound as secular, non-evolved or unscientific. Ago was justifying a fracture in time, a discontinuity, a new beginning.

In parallel, he did not get rid of the practical implications of the codification work: the non-separation of state responsibility from other topics was one of the remaining reasons for the past projects to fail. In fact, he puts more emphasis on such practical implications than the first cause, related to “developments of international legal theory.” He thus uses stronger words to make his points: “unquestionably,” “undoubtedly,” “firmly believes,” the “most valuable lesson”: “At some stage, however, it unquestionably became essential to isolate the subject of responsibility *stricto sensu*, together with the relevant principles, and to divorce it from any other body of substantive rules of international law. The continued confusion of State responsibility with other topics was undoubtedly one of the reasons which prevented it from becoming ripe for codification. The Special Rapporteur firmly believes that, for purposes of codification, the international responsibility of the State must be considered as such, i.e., as the situation resulting from a State's non-fulfilment of an international legal obligation, regardless of the nature of that obligation and the matter to which it relates. This conclusion even seems to the Special Rapporteur to be the most valuable lesson to be drawn from a retrospective

⁸⁷ *Ibidem*, p. 127.

examination of the successive efforts to codify this important and delicate sector of international law”.⁸⁸

Such mixture of a sense of scientific progress with practical interest in making the codification project to advance is primarily at the ground of Ago’s reading of the contribution of Garcia Amador to the codification works on state responsibility, which composes six pages of the sixteen pages of the report.

One year later, in 1970, by occasion of the presentation of his second report, Ago returned to the issue of the adequate methodology to be deployed by the ILC in its work on the topic. He then restated the difference between rules that define obligations and rules that deal with the violation of the previous ones and their consequences.⁸⁹ Once more, he made use of a strategy that linked the success of the codification project to the adoption of a particular methodology.

Within such framework, the use of the terminology “secondary rules” to describe the rules on state responsibility came as a consequence of conceiving them as rules that “determine whether that obligation has been violated and what should be the consequences of the violation.” The semantics of what constitutes a “secondary rule” was already crystal-clear, and the terminology deployed was more a matter of words. That is why the well-known paragraph of the 1970 Second Report, in which Ago introduces, for the first time, the word “secondary” to describe the rules on state responsibility, was the culmination of a process: “In its previous drafts, the Commission has generally concentrated on defining the rules of international law which, in one sector of inter-State relations or another, impose particular obligations on States, and which may, in a certain sense, be termed “primary”, as opposed to the other rules—precisely those covering the field of responsibility—which may be termed “secondary”, inasmuch as they are concerned with determining the consequences of failure to fulfil obligations established by the primary rules”.⁹⁰

From 1973 on, several members, including Ago himself, started to use the terminology in a generalised fashion. In the same year, the ILC Yearbook, while presenting the topic of state

⁸⁸ *Ibidem*, p. 127.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 178.

⁹⁰ ILC. Second Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1970, p. 179.

responsibility, for the first time stated that the Commission's work on that regard was restricted to "secondary rules."⁹¹

It is not this article's aim to trace the origin of the terminology itself. One thing, however, can be said, on this respect: there is nothing in Ago's *oeuvre* that suggests that he took the terminology from H.L.A. Hart's *The Concept of Law*. More plausible would be to say that he took it from Alf Ross.⁹²

In 1947 – more than ten years before Hart's masterwork – Ross stated in his *A Textbook of International Law*: "[...] a legal system - in contrast with moral rules – cannot stop at the mere act of prescribing a certain conduct as duty. In case the central primary norms of intercourse are contravened, it is not enough to note this and perhaps disapprove of it, but, according to certain rules, there arises a definite responsibility for the contravener of the duty. The primary rules must therefore be supplemented by secondary rules relating to breaches of law and responsibility."⁹³

With small adaptations, such statement could be attributed to Roberto Ago himself.

Furthermore, it is out of question that Ago was acquainted with Ross' book, since he makes many explicit references to it in the Second Report⁹⁴ – where, as mentioned earlier, he deployed for the first time the term "secondary rules".

110

CONCLUSIONS

The distinction between primary and secondary rules in the domain of state responsibility was the direct result of the critique made to Garcia Amador's approach, that dealt with the topic from the perspective of damages caused to foreigners. Ago played a crucial role in applying the distinction to the codification work of the ILC relating to the topic, although it

⁹¹ ILC. Report of the International Law Commission on the work of its twenty-fifth session, State Responsibility. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1973, p. 169. In volume 1 of the same Yearbook, that summarises the discussions among members, references to the terminology as applied to state responsibility can be found. ILC. Summary Records of the Twenty-Fifth Session. *Yearbook of the ILC*, v. 1, 1973, p. 5-125.

⁹² See SPIERMANN, Ole. A National Lawyer Takes Stock: Professor Ross' Textbook and Other Forays into International Law. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 4, 2003, p. 697. See also GOURGOURINIS, Anastasios. General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules, *Op. Cit.*, p. 1016-1018. The author is correct in seeing no clear link between Hart and Ago on what relates the distinction primary and secondary rules; however, he does not properly realizes the influence of Ross' thinking on Ago's ideas on the issue.

⁹³ ROSS, Alf. *A Textbook of International Law*. London: Longmans, 1947, p. 77.

⁹⁴ ILC. Second Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur. *Yearbook of the ILC*, v. 2, 1970, p. 186, 188, 190, 194.

would be too reductionist to underestimate the contribution of other members of the Commission.

It is relevant to note that, despite the fact that, in many ways, the need for the distinction was grounded on the separation between political and legal considerations, it would not become a reality without the politicization of the discussion within the Commission, mainly due to the arguments brought by members from socialist and Third World countries. Their support for the Ago's approach was due more because it offered an exit from the Garcia Amador's approach than because it operated a separation of law from politics.

Indeed, it seems that the Commission's continuous postponement of any in-depth discussion over Garcia Amador's reports and the efforts made to isolate the then Special Rapporteur show that an alternative approach to emerge at that time would be the result of a robust political compromise.

Hence, it seems clear that Ago's appeal, in 1957, to approach state responsibility apart from political considerations was grounded on an aporia, since there is hardly a method that is not embedded on a political conception over the role of law in relation to politics. A strict legal approach to state responsibility made the Commission not to touch upon the causes of the influence of colonialism or even capitalism over the topic of state responsibility. Also, by splitting form from substance in the topic, the Commission reinforced a view that state responsibility has nothing or almost nothing to do with issues politically relevant such as justice, fairness, and equality among states.

If both Garcia Amador and Ago approached the topic politically, despite the efforts of the latter to deny it,⁹⁵ their narratives about the history of the codification of the topic lead to similar results.

Garcia Amador adopted a perspective of continuity regarding the history of codification. He envisaged the role of the Commission as one to insist in codifying rules of state responsibility regarding damages caused to foreigners. For Ago, such insistence was the very cause of the codification efforts of the past to fail. In his view, a break, an evolution was necessary to make the codification project to advance: that was by expurgating substantive rules from codification.

⁹⁵ See also NISSEL, Alan. The Duality of State Responsibility, *Op. Cit.*, p. 835.

Such narratives lead to similar results because both looked for the past to find an authority to their projects about the codification of state responsibility rules. In the case of Garcia Amador, former projects were the path in which the ILC should rely on and, consequently, find their authority. For Ago, the failure of past projects was the very cause to make the ILC to choose for a different path – in this case, the authority of the work of the ILC would rely on the overcoming of the past, being the past a negative force to drive the future.

This narrative of the road that made the ILC to adopt the distinction between primary and secondary rules in the law of state responsibility aimed to show that other possibilities were at the table at that time. Having such consciousness is the first step to avoid the future being a recurrent repetition of the past or a projection of an unrealised present. This is something that deserves international lawyers' deep attention.

REFERENCES

AD HOC ARBITRATION. *Affaire des Biens Britanniques au Maroc Espagnol (Great Britain v. Spain (Spanish Zone of Morocco))*, Judgment of 23 October 1924. *Reports of International Arbitral Awards II*. New York: United Nations, 2006, p. 615-742.

ALLOT, Philip. State Responsibility and the Unmaking of International Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 29, n. 1, 1988, p. 1-26.

COMBACAU, J. and ALLAND, D. “Primary” and “Secondary” Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations. *Netherlands Yearbook of International Law*, Amsterdam, v. 16, 1985, p. 81-109.

CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

DAVID, Eric. Primary and Secondary Rules. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain and OLLESON, Simon (Eds.). *The Law of International Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 27-34.

DUPUY, Pierre-Marie. L'Unité de l'Ordre Juridique International, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, La Haye, v. 297, 2002, p. 9-490.

GAJA, Giorgio. Primary and Secondary Rules in the International Law on State Responsibility. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 98, n. 4, 2014, p. 981-991.

GOURGOURINIS, Anastasios. General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 22, n. 4, 2011, p. 993-1026.

GREENMAN, Kathryn. Aliens in Latin America: Intervention, Arbitration and State Responsibility of Rebels. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, v. 31, n. 4, 2018, p. 617-639.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). *Yearbook of the ILC*, v. 1-2, 1949; 1956-1963; 1967; 1969; 1970; 1973.

KOSELLECK, Reinhart. A Response to Comments on the Geschichtliche Grundbegriffe. In: LEHMANN, Hartmut and RICHTER, Melvin (Eds.). *The Meaning of Historical Terms and Concepts: New Studies on Begriffsgeschichte*. Washington, D.C.: German Historical Institute, 1996, p. 59-70.

LAUTERPACHT, Elihu (Ed.). *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, v. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

LINDERFALK, Ulf. State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology – The Role of Language for an Understanding of the International Legal System. *Nordic Journal of International Law*, Lund, v. 78, n. 1, 2009, p. 54. 53-72.

MÜLLER, Daniel. The Work of García Amador on State Responsibility for Injury Caused to Aliens. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain and OLLESON, Simon (Eds.). *The Law of International Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 69-74.

NISSEL, Tzvika Alan. *A History of State Responsibility: The Struggle for International Standards (1870-1960)*. 436p. Doctoral Dissertation – Faculty of Law, University of Helsinki, 2016.

NISSEL, Alan. The Duality of State Responsibility. *Columbia Human Rights Law Review*, New York, v. 44, n. 3, 2013, p. 793-858.

PELLET, Alain. The ILC's Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain and OLLESON, Simon (Eds.). *The Law of International Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 75-94.

ROSS, Alf. *A Textbook of International Law*. London: Longmans, 1947.

SPIERMANN, Ole. A National Lawyer Takes Stock: Professor Ross' Textbook and Other Forays into International Law. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 4, 2003, p. 675-702.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Future Work in the Field of the Codification and Progressive Development of International Law*, A/RES/1686(XVI), 18 December 1961.



UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Request for the Codification of the Principles of International Law Governing State Responsibility*, A/RES/799(VIII), 7 December 1953.

Submissão: 14/04/2020
Aceito para Publicação: 12/05/2020



A CRISE CONTEMPORÂNEA DE REFUGIADOS NA EUROPA E A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE NACIONALIDADE

THE CONTEMPORARY REFUGEE CRISIS IN EUROPE AND THE IMPORTANCE OF THE CONCEPT OF NATIONALITY

Paulo Klein Junior*

Giovanni Olsson**

RESUMO: A crise de refugiados despontada na Europa a partir do ano de 2015 consubstanciou, na prática, as teorias que afirmam estar toda a sistemática mundial em crise, principalmente a sociedade internacional de Estados. Revelou, também, a falta de efetividade dos direitos humanos, tanto mencionados em instrumentos internacionais, sem falar na incapacidade dos Estados e atores internacionais em lidarem com tais fluxos. Dessa forma, neste texto é problematizado até que ponto a nacionalidade ainda é importante e efetiva na proteção dos direitos humanos, tendo como exemplo a recente crise de refugiados na Europa. Para isso, desdobram-se três tópicos que buscam responder a essa questão. Para tanto, a abordagem da pesquisa é qualitativa, com procedimento de revisão bibliográfica e enfoque explicativo. O vínculo de uma nacionalidade não tornaria os refugiados pertencentes a uma nova nação, uma vez que esse conceito vem perdendo sentido por conta de uma suposta noção de unidade, que está ultrapassada por ideias como do multiculturalismo, por exemplo. Assim, o conceito de nacionalidade não assegura uma proteção, senão, muitas vezes, meramente formal, não enxergado pelo governo, pelo povo e nem mesmo pelo próprio indivíduo.

ABSTRACT: The refugee crisis that emerged in Europe from 2015 has, in practice, embodied theories that claim to be the whole world system in crisis, especially the international society of states. It also revealed the lack of effectiveness of human rights, both mentioned in international instruments, not to state the inability of states and international actors to deal with such flows. Thus, in this text, the question of the extent to which nationality is still important and effective in the protection of human rights is discussed, taking as an example the recent refugee crisis in Europe. To do so, three topics are set out to answer this question. Therefore, the research approach is qualitative, with a bibliographic review procedure and explanatory approach. The bond of a nationality would not make the refugees belonging to a new nation, since this concept is losing its meaning because of a supposed notion of unity, which is outdated by ideas such as multiculturalism. Thus, the concept of nationality does not ensure protection, if not often, merely formal, not seen by the government, by the people and not even by the individual himself.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados. Nacionalidade. Direitos Humanos. Migração.

KEYWORDS: Refugees. Nationality. Human rights. Migration.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contextualização da recente crise de refugiados na Europa: dimensionando o problema. 2 Nacionalidade na sociedade globalizada: um direito humano? 3 Nacionalidade e proteção dos direitos dos refugiados na crise europeia. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca questionar quão importante é a nacionalidade na situação da recente crise de refugiados que tem assolado a Europa, e até que ponto interfere na efetivação de seus

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2015), mestrado em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (2018).

** Professor Permanente do PPGD da Universidade Comunitária Regional na linha Atores Internacionais (UNO-SC). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006).



direitos. Guerras, fome, discriminação, perseguição e violência têm feito com que milhões de pessoas abandonem seus países de origem em busca de novas oportunidades, cujo modelo de qualidade de vida transfigura-se no continente europeu. Esse mesmo continente, até meados do século XX, era afligido por problemas similares aos enfrentados hoje, com imigração em massa para outros destinos, duas Guerras Mundiais, governos autoritários, genocídios e a subdivisão de Impérios em novos países e novas nações.

Nesse sentido, problematizou-se até que ponto a concepção de nacionalidade é importante na proteção dos direitos dos refugiados da recente crise que vem ocorrendo na Europa desde 2015. Para isso, devem ser levadas em conta as mudanças que o conceito clássico de nacionalidade foi sofrendo com o passar do tempo, tendo em vista os efeitos da globalização. Também se deve perquirir como a nacionalidade, enquanto um direito humano, pode oferecer, ou não, proteção aos refugiados, ainda mais por conta de os próprios países originários nem sempre protegerem seus nacionais.

Assim, o objetivo geral será estudar a importância do conceito de nacionalidade enquanto direito humano na recente crise de refugiados na Europa. Desse objetivo geral, desdobram-se três objetivos específicos, correspondendo, cada um, a um tópico deste texto: em primeiro lugar, contextualizar a crise de refugiados na Europa; em segundo lugar, compreender o conceito de nacionalidade na sociedade internacional globalizada; e, por último, correlacionar os dois primeiros tópicos para responder à problemática suscitada sobre a eventual importância da nacionalidade como meio de efetivar os direitos humanos dos refugiados.

É importante deixar claro que a pretensão deste trabalho é bastante modesta, e não a de exaurir todos os debates teóricos acerca dos conceitos, levando-se em consideração sua amplitude e complexidade. Busca-se destacar um recorte central a respeito da conceituação de nacionalidade e sua importância num exemplo de situação atual - a crise de refugiados na Europa -, que vem colocando em dúvida a solidez da sociedade de Estados e que necessita de respostas a tais questionamentos.

A temática contemporânea justifica seu desenvolvimento como contribuição para os campos dos Direitos Humanos e, também, do Direito Internacional e das Relações Internacionais. A abordagem da pesquisa será qualitativa, com procedimento de revisão bibliográfica e enfoque explicativo.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA RECENTE CRISE DE REFUGIADOS NA EUROPA: DIMENSIONANDO O PROBLEMA

Na crise contemporânea de refugiados na Europa, despontada em meados de 2015, pessoas provenientes dos mais diversos lugares têm buscado entrar no continente para fugir de uma realidade brutal. Essa realidade contrasta com os avanços alcançados pela humanidade, em todas as esferas, principalmente no campo tecnológico, em que recursos frugais, como a eletricidade ou o bombeamento de água encanada, por exemplo, ainda não fazem parte da realidade de milhões de pessoas em plena segunda década do século XXI. Realidade excludente, que não alcança e nem efetiva os mais elementares direitos humanos.

Para conceituar o refugiado, recorre-se à definição dada pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (ONU, 1951), e seu Protocolo adicional (ONU, 1967), que estendeu a amplitude do conceito. Assim, refugiado é o indivíduo que se encontra fora de seu Estado por conta de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade opinião política, pertencimento a determinado grupo social e que não pode, ou não quer, voltar ao seu local de origem, dados os perigos existentes. Também, é refugiado aquele indivíduo que é obrigado a deixar seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e violação massiva de direitos humanos.

Em sua obra, Ramos (2016) corrobora com a definição legal e esmiúça as características motivadoras do refúgio. O fundado temor refere-se a uma condição real e objetiva que impossibilite que o ser humano tenha condições plenas de vida no território em que se encontra. Recorda aquele autor, ainda, que o Direito dos Refugiados é parte integrante do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas em uma situação mais específica.

Há diferença entre refúgio e asilo, o qual se concede quando há somente perseguição política (JUBILUT, 2007). Para a autora, ainda, a concessão de refúgio não é uma liberalidade do Estado, mas, sim, um instituto vinculado a diplomas internacionais e hipóteses legais bem definidas. É importante, pois, observar, que o Direito dos Refugiados obviamente visa também proteger o ser humano, mas em situações mais concretas e de maior risco de violação. Dessa forma, “é no Direito Internacional dos Direitos Humanos que devemos buscar as definições sobre o que vem a ser uma perseguição por motivo de raça, religião, opinião política ou pertença a um grupo social” (RAMOS, 2016, p. 93).

Há inúmeras variáveis que tornam a vida nos países de origem insuportável, a ponto de impulsionar deslocamentos arriscados via Mar Mediterrâneo, em embarcações superlotadas e sem manutenção, à deriva de um destino incerto. São situações que, em conjunto, podem ser traduzidas como a crise no desenvolvimento daqueles Estados, e nas desigualdades abissais entre os próprios Estados. Por sua vez, a mobilidade humana bate de frente com o nacionalismo em voga em países da Europa, cuja identidade já é abalada pelas inflexões da União Europeia e do Acordo de Schengen. Esse conceito de nacionalidade, então, ameaçado pela penetração de forasteiros nos territórios, gera novos problemas sociais debatidos em diversas obras problematizadas neste texto.

Se os indivíduos tivessem plenas condições de vida nos locais de origem, jamais se arriscariam em jornadas sem qualquer segurança, nem se instalariam em Estados muito diferentes em questões climáticas, culturais, religiosas, enfim, muito diversos de suas terras-natais. Porém, o noticiado nos meios de comunicação revela uma situação desafiadora, que anseia por soluções, particularmente porque esses refugiados que se encontram em solo europeu sofrem pela falta de efetividade de seus direitos, sem falar que em muitos lugares não são sequer bem-vindos.

As faces da crise, embora não divulgadas nos meios de comunicação com a intensidade necessária, demonstram dados alarmantes, que ilustram uma realidade que questiona as bases dos Estados ditos democráticos e mostra os efeitos perversos da globalização e do modelo de desenvolvimento estatocêntrico.

No *website* do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (UNHCR, sigla em inglês; ACNUR, sigla em português), há seções dedicadas a cada uma das emergências de refugiados em curso no mundo, dentre elas a da Europa. São apresentadas estatísticas completas e detalhadas que merecem ser exploradas, ainda que brevemente.

Em 2016, estima-se que 362.000 refugiados e imigrantes arriscaram suas vidas ao atravessar o Mar Mediterrâneo, com 181.400 pessoas aportando na Itália, e 173.450 pessoas na Grécia. Na primeira metade de 2017, cerca de 105.000 refugiados e imigrantes entraram na Europa. Contudo, esse fluxo ceifa muitas vidas, porque os deslocamentos são perigosos e em condições precárias. Desde o início de 2017, cerca de 2.700 pessoas morreram ou desapareceram enquanto atravessavam o Mar Mediterrâneo para alcançar a Europa, com relatos de muitos perecendo ainda durante a viagem. Por sua vez, os riscos não terminam uma vez que

alcançam o continente, havendo numerosos tipos de abusos, inclusive oficiais, quando da chegada (UNHCR, 2017, s. p.).

No Mediterrâneo, há três rotas centrais: a do Mediterrâneo Ocidental, que geralmente vai do Marrocos em direção à Espanha; a do Mediterrâneo Central, mais movimentada, geralmente da Líbia em direção à Itália; e a do Mediterrâneo Oriental, geralmente via Turquia até Grécia, a qual foi a primeira rota utilizada na crise migratória (UNHCR, 2017).

A Líbia é considerada ponto-chave, porque, levando em consideração sua posição geográfica estratégica, bem como a sua instabilidade política, auxilia na entrada de pessoas por suas fronteiras, sendo, portanto, o ponto usual de saída dos migrantes. O perfil dos migrantes é variado, mas predominam homens, adultos e de baixa escolaridade, que, pela origem, são agrupados pelo UNHCR assim:

(a) Nacionais de Estados vizinhos (Níger, Chade, Sudão, Egito e Tunísia); (b) Nacionais da África Ocidental e Central (Nigéria, Guiné, Costa do Marfim, Gâmbia, Senegal, Gana, Mali e Camarões); (c) Nacionais da África Oriental (Eritreia, Somália, Etiópia e Sudão); e (d) Nacionais de Estados de fora da África: geralmente árabes (na sua maioria iraquianos, sírios e palestinos), que tendem a estar fugindo de zonas de conflito e migram com as famílias completas; geralmente são mais escolarizados que os demais.

Outro grande problema diagnosticado é o número de crianças separadas e desacompanhadas que transitam sozinhas na Líbia, que, em dados de 2017, representam 14% das pessoas que chegam à Europa pela rota do Mediterrâneo Central, oriundas principalmente da Eritreia, Gâmbia e Nigéria. Além disso, casos de tráfico para exploração sexual têm sido muito comuns, viabilizados pela situação instável na Líbia (UNHCR, 2017, s. p.).

A corrente situação de instabilidade aumentou as ameaças de violência armada, xenofobia e discriminação, tanto pelos contrabandistas como pela população local, principalmente direcionadas àqueles de origem subsaariana (“África negra”). Com isso, os conflitos reduziram oportunidades de trabalho e níveis de moradia, saúde e educação, bem como ampliaram a pobreza generalizada.

Quando acompanhados pelas organizações internacionais, os refugiados, assim que aportam em terra firme, são registrados e ficam aguardando realocação. Interessante notar, porém, que os Certificado de Solicitante de Asilo expedidos pelo UNHCR não têm validade legal nos países Europeus, o que frustra, muitas vezes, as pretensões dos refugiados. Em alguns

casos, como na Líbia, por exemplo, esse documento com status de identificação permite acesso a serviços básicos.

A pesquisa realizada na Líbia pelo UNHCR (2016a) concluiu que a instabilidade naquele Estado favoreceu ainda mais a migração em direção à Europa. Antes, grande parte dos migrantes vindos de outros Estados acabava se instalando na Líbia, por conta de ser um país relativamente próspero para os padrões africanos. Porém, por conta da crise político-institucional que lá se propagou, o desejo de os migrantes permanecerem reduziu drasticamente.

Em 2016, um recorde de 181.436 refugiados e migrantes aportaram na Itália via rota do Mediterrâneo Central, com 90% dos casos tendo passado pela Líbia. Para o UNHCR, a imigração irregular pela Líbia não irá decrescer, dado o atual colapso político e de segurança no país e em países vizinhos. A busca por uma vida melhor, a profissionalização do contrabando e a significativa rentabilidade da rota entre Líbia e Itália são variáveis importantes a considerar (UNHCR, 2017, s. p.).

Além das dificuldades nas travessias pelo Mar Mediterrâneo, na chegada, a alocação dos refugiados é outro problema muito grande.

O UNHCR estabeleceu em caráter de urgência a necessidade de assentamentos para 40.000 pessoas. Porém, até o desenvolvimento desta pesquisa, apenas cerca de 6.700 refugiados foram realocados, o que tem sido criticado como um descumprimento da Declaração de Nova York, na qual consta o dever de fornecer mecanismos legais e de reassentamento de refugiados (UNHCR, 2017, s. p.).

Há que se mencionar a Regulação de Dublin, em vigor desde 2003, a qual estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro da União Europeia responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-membros por um nacional de outro Estado (geralmente o primeiro membro do bloco em que o solicitante ingressa) (OFFICIAL JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION, 2013). Isso acontece nos países fronteiriços (Mediterrâneo, principalmente), os que menos têm condições de acolhimento, por já estarem superlotados.

A ideia inicial era que todos os membros do bloco teriam padrões similares de acolhimento e alocação, o que não se demonstra condizente com a realidade. Assim, pelos trâmites burocráticos, permanecem os indivíduos detidos até que sua situação seja resolvida.

Em dados de abril de 2016, as principais nacionalidades que aportaram no continente europeu pelo Mar Mediterrâneo foram: Síria (49%), Afeganistão (25%), Iraque (15%),

Paquistão (4%), Irã (3%), outros (3%). Na rota do Mediterrâneo Central, refugiados e migrantes tendem a ser homens jovens (80%), em média 22 anos de idade e viajando sozinhos (72%). (UNHCR, 2016b, s. p.).

Já em 2016, foi estabelecido, pelo UNHCR, o “*regional refugee and migrant response plan - RMRP*”, seguindo os primeiros fluxos de pessoas, que ocorreram em 2015, quando um milhão de refugiados e migrantes passaram pelo Mar Mediterrâneo. A grande maioria veio da Turquia, pelo Mar Egeu, em direção à Grécia. Naquele período, 3.771 pessoas morreram ou desapareceram nas águas. Os principais países emissores também foram Síria, Iraque e Afeganistão, justamente os com históricos mais terríveis de guerras e instabilidade política (UNHCR, 2016a).

É importante destacar que os indivíduos não tinham intenção de permanecer na Grécia, mas seguir em frente em direção a outras partes da Europa, principalmente Alemanha, Reino Unido, Dinamarca e Suécia. Dessa forma, passaram pela chamada “Rota dos Bálcãs Ocidentais”, que inclui ainda Macedônia, Sérvia, Croácia e Eslovênia. De início, os governos locais dispuseram de uma estrutura provisória de acolhimento e assistência básica aos refugiados. Contudo, em meados de fevereiro de 2016, as circunstâncias começaram a mudar. (UNHCR, 2016a).

Na Itália, no primeiro quartel de 2016, 37.785 desembarques foram registrados, predominantemente originários de países do norte, leste e oeste da África, com 15% provenientes da Gâmbia, 9% da Somália e 8% da Costa do Marfim, Eritréia e Guiné. Com o fechamento da rota originária pela Grécia, aumentou ainda mais o contingente de pessoas na rota da Itália (UNHCR, 2017, s. p.).

Além disso, por rotas geograficamente mais difíceis, também há fluxos de refugiados, como pela Bulgária e Hungria. Contudo, nesses territórios, o controle de fronteiras é mais restrito e não houve prévio desenvolvimento de uma rede de acolhimento e assistência como nos outros países aqui mencionados (UNHCR, 2016b).

Dessa forma, o próprio Alto Comissariado reconhece, no documento aqui citado, que, mesmo havendo esse resguardo de fronteiras, continuaria havendo fluxos humanos através dos territórios, mas de forma clandestina. Isso traria consequências como agravamento da situação de risco dos imigrantes, bem como aumento da violência e de atividades ilegais de todos os gêneros (UNHCR, 2016c).

Em dados de 23 de julho de 2018, 52.296 pessoas chegaram por mar a Itália, Grécia, Espanha e Chipre, países receptores na rota do Mediterrâneo Central. Além disso, por terra, 3.144 pessoas chegaram à Espanha (dados até 17 de julho de 2018), e 1.460 morreram ou desapareceram (UNHCR, 2018, s. p.).

Depreende-se dos dados, que o ápice da emergência deu-se em 2015, quando mais de um milhão de pessoas aportou na Europa. Embora os números tenham caído, ainda são altos, e deve-se levar em conta que não houve recepção efetiva de todas as pessoas, as quais se encontram em situação incerta nos assentamentos, à espera de decisões sobre pedido de refúgio, vistos de residência, assistência humanitária, etc.

No início de 2017, foram tomadas medidas que tornaram ainda mais dificultoso o acesso dos refugiados à Europa. Embora os Estados tenham o direito de controlar suas fronteiras, tais procedimentos podem indiscriminadamente afetar várias categorias de pessoas, inclusive aqueles em busca de auxílio que são impedidos de exercer este que também é um direito, bem como afetar indivíduos com necessidades especiais (UNHCR, 2017). A Bulgária, por exemplo, em outubro de 2017, finalizou o trabalho de cercar toda a sua fronteira com a Turquia. O UNHCR ainda recebeu denúncias de pessoas sendo postas para fora das fronteiras (*push-backs*) pelas próprias autoridades.

Na rota do Mediterrâneo Central, como visto, a Líbia é o principal ponto de saída. As pessoas que são enviadas de volta para a Líbia lá ficam em centro de detenção, onde só há possibilidade de liberação em casos de evacuação ou reassentamento em outros países. Enquanto isso, na Europa, mesmo com as restrições legais, os refugiados continuam tentando ingressar nos países.

Para aqueles que objetivam adentrar na Hungria, por exemplo, o acesso legal tem se dado por “zonas de trânsito”. Números para entrada decresceram de 100 pessoas por semana, no início de 2017, para 50 pessoas por semana, no final do ano, o que tem resultado em esperas de mais ou menos 11 meses na Sérvia. Em fevereiro de 2018, o número foi ainda reduzido, para uma média de 2 (duas) pessoas por dia ou 10 (dez) por semana. E, ainda por cima, desde março de 2017, todos os que aguardam pela concessão de asilo ficam em regime de detenção (UNHCR, 2018).

Para finalizar a contextualização, é necessário recordar o acordo implementado entre a União Europeia e a Turquia em 18 de março de 2016. Neste documento, ficou a Turquia responsável por fazer a “triagem” de solicitantes de asilo acomodando-os antes de serem



transferidos até a Europa (COUNCIL OF THE UE, 2016). Com a clara conotação de atender aos interesses do bloco por conta de sua aspiração de ingresso, a Turquia comprometeu-se a manter os padrões legais e de direitos humanos. Insta mencionar que esse ponto é aqui descrito unicamente para ilustrar o contexto da crise. A pretensão de discuti-lo deve se dar em outros trabalhos.

Como se observa nos dados expostos, a situação é de severa gravidade. São situações que geram dúvida quanto ao destino final dessas pessoas, uma vez que são indiretamente indesejadas nos países europeus. Lá estando, não fazem parte da comunidade e são estranhos.

A grande questão subjacente a essa estraneidade recíproca nesses movimentos migratórios, porém, tanto da perspectiva dos Estados receptores como dos próprios migrantes, é a importância (ou não) da nacionalidade para se estar albergado pela proteção de um Estado.

No próximo tópico, adentrar-se-á no conceito de nacionalidade, levando-se em conta a globalização, para, no terceiro momento, relacionar esses conceitos com a crise, na intenção de responder à problemática da importância da nacionalidade na efetivação dos direitos humanos dos refugiados.

124

2 NACIONALIDADE NA SOCIEDADE GLOBALIZADA: UM DIREITO HUMANO?

Este tópico inicia-se com as reflexões acerca da nacionalidade, pressuposto baluarte dos autores clássicos do Direito Internacional e da concepção tradicional de Estado estabelecida após a Paz de Westphalia e consolidada com a Revolução Francesa. A partir disso, será resgatado como o conceito de nacionalidade veio a se tornar um direito humano na doutrina do século XX.

Inicialmente, pode-se destacar que uma concepção de direitos humanos requer que se tenha consolidado um meio seguro de os seres humanos terem acesso aos seus direitos, e que todas as instituições sociais estejam delineadas para tanto. Isto é: para se falar em direitos humanos, é essencial que se delimite um âmbito jurídico de reconhecimento e de exercício desses direitos. Na sociedade moderna, não por acaso, o Estado-nação passou a ser exatamente esse referencial, como modelo político-jurídico de articulação e regulação do poder do indivíduo na coletividade, encapsulado na ideia de soberania e de seus atributos de nacionalidade e cidadania.

Como ponto de partida, Thomas Podge (2008), por exemplo, aborda os limites do nacionalismo e a sociedade cosmopolita em relação à soberania estatal. Em sua obra, busca compreender, numa visão contemporânea, a pobreza mundial e as desigualdades, bem como as mudanças necessárias e responsabilidades inerentes a cada pessoa.

O autor estabelece uma subdivisão do nacionalismo em *common nationalism* e *lofty nationalism*. Aquele reflete a prioridade, intrínseca no pensamento e nas estruturas estatais, pelos interesses dos compatriotas; este, a prioridade para a justiça com os compatriotas. Podge (2008) afirma que o sentimento nacionalista é egoísta, apesar da sua importância para estruturar o Estado como é, e, não por acaso, como se verá adiante, é a fonte de uma crítica da falta de solidariedade com os que estão de fora.

No Direito Internacional tradicional, o conceito de nacionalidade era necessário para explicar a conexão entre o indivíduo, que não era albergado por aquele direito, e o Estado, que era o exclusivo sujeito, como protagonizado na clássica obra de Philip Jessup (1946). Embora já em 1933 a Corte Internacional Permanente de Justiça tenha declarado que questões de nacionalidade deveriam ser dirimidas no âmbito interno dos Estados, tal direito não era ilimitado.

As limitações eram prescritas pela lei internacional, não no interesse do indivíduo, mas sim no interesse de outros Estados. Conflitos de nacionalidade não eram evitados, porque o direito internacional reconhecia ambos os critérios do *ius sanguinis* e *ius soli* como base da aquisição de nacionalidade por nascimento, e, assim, dupla nacionalidade era comum. Nem a apatridia era evitada, e muitos indivíduos foram, portanto, impossibilitados de requererem a nacionalidade de um Estado e, por isso, não teriam amparo de nenhum.

Aqui, imperativo adentrar na obra de Arendt (1980), cuja essência reside na apatridia e nas consequências nefastas da exclusão e ausência de direitos, lembrando que um criminoso teria mais direitos do que alguém apátrida, visto que aquele era, ao menos, nacional, e este, um “refugio da terra”. Claro que a autora discorre sobre o totalitarismo como um todo, no qual os seres humanos são supérfluos, e a nação (na acepção de homogeneidade) deve ser fortalecida. E isso, por certo, abrange os apátridas e os estrangeiros ou, em síntese, todos os “diferentes”.

O foco da autora é a questão do Estado como ente individualista e imperialista. Nesse ponto, corrobora o pensamento de Podge (2008), que critica o sentimento de nacionalismo nos países que “venceram a Guerra Fria”, por exemplo, no sentido de colocarem os interesses do Estado acima dos da própria família. Na realidade, seriam Estados que se isolam em bolhas



militarizadas que pensam estar num patamar imune à imigração ilegal, a ataques terroristas, a epidemias ou ao tráfico de drogas, como se, de alguma forma, estivesse fora do resto do planeta e protegidos de seus problemas comuns.

Celso Lafer (1988), ao tratar dos direitos humanos e da igualdade, em seu estudo da obra de Arendt (1980), preconiza que, ao contrário do que apregoam textos de famosas Cartas Internacionais, não é verdade que todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos. Para ele, os seres humanos tornam-se iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante, a todos, esses direitos iguais. Ou seja, a igualdade é construída e elaborada pela ação conjunta dos homens através da organização de uma comunidade política.

No que tange à concepção de nacionalidade e de cidadania, o autor estabelece uma diferenciação, na medida em que a nacionalidade é pressuposto da cidadania: “como a nacionalidade é o vínculo jurídico-político entre um Estado soberano e um indivíduo, que faz deste indivíduo membro de uma comunidade política e, conseqüentemente, parte integrante da competência pessoal do Estado, os textos de Direito Internacional Privado contemporâneo, em matéria de direitos humanos, tendem a assimilar nacionalidade à cidadania”. E prossegue, dizendo que os autores se servem “do termo cidadania para caracterizar quem é membro do Estado e a ele deve lealdade em virtude de sua nacionalidade, em contraposição a outros indivíduos que não têm essa relação jurídica” (LAFER, 1988, p. 100).

Prosseguindo, Lafer (1988) destaca que, no pensamento de Hannah Arendt, os direitos humanos pressupõem a cidadania como um princípio, porque a privação da cidadania afeta enormemente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de seu estatuto político se vê privado de sua substância. Isto é: esvazia a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante. Além disso, quando se perde o acesso à esfera do público, também se perde o acesso à igualdade. Ou seja, aquele indivíduo que se vê destituído da cidadania fica privado de direitos, porque esses só existem em função da pluralidade dos homens.

O direito a uma nacionalidade, independentemente dos procedimentos desenvolvidos internacionalmente, é válido uma vez que o mundo é dividido na base de Estados, na medida em que é somente (ou ao menos principalmente) por meio de Estados que o indivíduo tem a oportunidade de exercer direitos políticos e conseqüentemente de participar da vida pública e política. Afirmava Jessup (1946), já naquela época, que a realidade de fato é que milhões de seres humanos não exerciam direitos políticos, situação que se perpetua. Acrescenta que não é

a mera legislação internacional que deveria ser revolucionada, mas, sim, a própria natureza humana, para que houvesse fim nas violações dos direitos.

A nacionalidade não deve ser concedida sem quaisquer mínimas exigências, como presença de mínimos laços com o país, ou período de residência, sem falar nos critérios de sangue e solo. Ainda há a questão da dupla nacionalidade, admitida por certos ordenamentos e repelida em outros, e os casos de naturalização, ocorrendo, ou não, a perda da nacionalidade anterior. O caso dos apátridas seria uma exceção para um problema humanitário, defendido por Jessup (1946), porque a nacionalidade é encarada como um direito elementar.

O autor também defende o direito de emigrar como sendo quase absoluto, apenas não podendo ser utilizado abertamente para propiciar que o emigrante se evada do país deixando lá obrigações pendentes, como pagamento de impostos e condenações judiciais. Quanto à imigração, ele também discorda das amplas restrições à época impostas pelos Estados para admissão de estrangeiros em seus territórios. Cita como exemplo a antiga lei de imigração norte-americana, que estabelecia quotas para a imigração de pessoas pardas ou amarelas. E também cita a política de imigração australiana, que, à época, admitia somente brancos.

Verifica-se que, embora a obra citada seja da metade do século XX, tais restrições ainda se observam, e, talvez, ainda mais intensificadas, como no fechamento de fronteiras de certos países europeus para o acesso dos refugiados, principalmente da Europa do Leste. Porém, há de ser observado que as legislações se modernizaram, e que muitas proibições hoje consideram-se inadmissíveis.

Afirma Jessup (1946), ainda, de forma criteriosa, que uma imigração livre importaria na deterioração das condições de vida no país receptor, o que outrora era o atrativo da imigração. Enquanto isso, as condições de vida no país emissor, antes ruins, tornar-se-iam melhores com o êxodo populacional, causando, posteriormente uma imigração inversa, formando, assim, um ciclo. O direito de refúgio também é citado na obra, nos mesmos contornos atualmente em discussão.

Ele ainda menciona a Carta das Nações Unidas, na qual é possível a representação internacional contra violações de direitos humanos pelos Estados, que não podem mais alegar que tal matéria é exclusiva de seu âmbito interno, como classicamente era compreendido. O autor também critica a discriminação nos EUA, à época ainda legalizada, que deveria ser abolida, acompanhando o trilhar de demais países que a vinham proibindo (JESSUP, 1946).

É interessante ainda fazer uma breve menção da cidadania cosmopolita defendida na obra de Cortina (2005) e também na de Podge (2008), transcendendo a soberania estatal clássica, que, segundo autores já estudados em trabalhos anteriores (FERRAJOLI, 2007; CARREAU; BICHARA, 2015; SANTOS JUNIOR, 2013), está em crise, com várias implicações. Neste trabalho, destaca-se apenas o viés positivo dessa crise ao possibilitar que a cidadania, aqui sinônimo de nacionalidade, seja compreendida levando em conta as particularidades de cada ser humano como um direito humano fundamental: *o direito a ter direitos*.

Depois da contextualização do debate da nacionalidade como direito humano no direito internacional, é de extrema importância incursionar pelo complexo conceito globalização, e como ele se inter-relaciona na perspectiva da nacionalidade.

É evidenciado que os Estados vêm perdendo sua soberania, inclusive por conta de delegação de sua governança para entes supraestatais, o que vem sendo chamado de “delegação judicial”, e envolve práticas como diplomacia, comissões de mediação e tribunais internacionais independentes (OLSSON, 2007).

Nessa perspectiva, por exemplo, em que as atividades de exercício de poder transcendem os limites de um Estado-nação, há um evidente descolamento dos conceitos de governo e de governança, sintetizando-se está no “conjunto de atividades orientadas para o alcance de objetivos políticos, que podem derivar ou não de autoridades formais”, e aquele na “autoridade formal que sustenta atividades dirigidas para atingir objetivos políticos” (OLSSON, 2007, p. 438). A base da governança sem governo, em síntese, é a aceitação pelos outros, destinatários dessa autoridade, e, no caso da governança com governo, este pode impor sua força por conta de sua legitimidade e soberania, independentemente de aceitação.

Para Santos (2002), por igual, o Estado-nação perdeu sua centralidade tradicional enquanto unidade privilegiada de iniciativa econômica, social e política, e os Estados periféricos sofrem a invasão de corporações transnacionais e agências do mercado financeiro. Realizou-se, na Europa Ocidental, para ele, uma separação formal entre duas esferas: a dos direitos civis e políticos, mantidos no quadro da soberania e responsabilidade estatais.

A União Europeia, palco da atual crise de refugiados, então, não rejeitou os direitos do homem e do cidadão como sua referência filosófica e jurídica: ela foi criada, por assim dizer, sobre este patrimônio comum de valores e princípios. Mas não recebeu competências de

intervenção específicas neste domínio, o qual continuou a ser remetido para a esfera constitucional dos Estados-membros e para os órgãos competentes do Conselho da Europa.

Continua Santos (2002), afirmando que, conforme o Tratado da União Europeia, que foi revisado em 1997, há a possibilidade de um habitante de um Estado-membro que não seja daquela nacionalidade poder circular livremente pelo território (art. 18) e até ser eleito nas eleições municipais daquele Estado (art. 19, I). Gonçalves (2002) chama isso de cidadania transnacional, ou seja, envolve aspectos do exercício dos direitos que transcendem os limites territoriais ou materiais da competência de cada Estado-membro.

De certa forma, a União Europeia é uma forma de governança supraestatal, que, embora não retire dos Estados o seu poder de garantir os direitos dos cidadãos, põe cada vez mais em causa a autonomia dos Estados para a definição da filosofia e conteúdo desses direitos. Ainda, e na sua perspectiva crítica, acrescenta Gonçalves (2002) que a União Europeia é uma forma de “estado regulador”, que favorece os interesses empresariais mediante a formulação de um quadro legal que privilegia a proteção das liberdades econômicas em desfavor das oportunidades para o exercício da cidadania.

Partindo para a conceitualização do fenômeno globalização, Olea e Flores atentam que a globalização, de um lado, 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” (1999, p. 288). Isto é, são possíveis e mais do que necessárias as medidas para reorientar os rumos do fenômeno.

Mas todo esse debate sobre os rumos da governança tanto no âmbito estatal como no supranacional não prescinde da compreensão das profundas transformações qualitativas pelas quais passa a sociedade contemporânea em todas as suas dimensões. E isso, necessariamente, passa pelo estudo do fenômeno da globalização.

É inquestionável que houve aumento do número de Estados, intensificação de fluxos econômicos, sociais e políticos, novas conexões jurídicas, difusão de tecnologias de telecomunicação e informática, mas se deve dimensionar em que medida isso tudo impactou a sociedade, a economia e a política contemporâneas.

Como ponto de partida, e segundo Berndtson (2000), o próprio conceito de globalização é contestado, com três abordagens distintas para a temática.

A primeira é a abordagem econômica do fenômeno da globalização, que foca em processos iniciados em 1970, ganhando força em 1980 e mudando as “regras do jogo” em 1990, aliado às mudanças no papel do Estado e a crescente influência das forças de mercado. Seus motes foram a redução dos gastos públicos, a eliminação de serviços sociais, privatização de empresas estatais, liberalização do comércio e movimentos de capital e desregulação da sociedade.

Há, porém, aqueles que discordam, afirmando que esse fenômeno econômico data em verdade de 1870, com o comércio marítimo e o início da industrialização moderna. E outros, por fim, como Paul Hirst e Grahame Thompson (2002), consideram que a globalização é basicamente um mito, argumentando que a natureza da sociedade mundial é mais internacional do que global.

A segunda abordagem do fenômeno é a cultural, a partir do final do século XV. Apontam-se, aqui, tendências que foram moldando comportamentos e valores de indivíduos e nações, com a difusão da cultura europeia para o resto do mundo. Mesmo com o nacionalismo do final do século XIX até meados do século XX, e a independência de ex-colônias, esse fenômeno permaneceu: “a globalização é melhor compreendida como um processo em que a socialização dos cidadãos ocorre crescentemente no contexto de conhecimento global, consciência global e imagem global” (SPYBEY, 1996, p. 151).

A terceira abordagem é a político-ideológica, descrevendo a globalização como uma metáfora genérica que desenha um novo sistema internacional qualitativo que emergiu após o final da Guerra Fria e o desmantelamento da URSS. Argumenta-se que, com o final da Guerra Fria, ficou mais fácil para as corporações ocidentais e líderes políticos promoverem políticas que na atualidade são chamadas de globalização econômica.

Afirma Nye Jr. (2004) haver a “privatização da guerra”, e ocorrer uma mudança dramática na política mundial. Além disso, esse próximo passo na escalada do terrorismo poderia ter profundos efeitos na natureza de nossa civilização.

O extremismo de grupos políticos contrários à imigração dos refugiados também entra em cena, assim como neonazistas, *skinheads*, supremacia branca, dentre outros mais. O autor, na obra de 2004, “profetizou” que a revolução da informação e a globalização da economia transformariam e encolheriam o mundo. No início do século XXI, essas duas forças incrementaram o poder norte-americano. Mas, com o tempo, a tecnologia iria se espalhar para outros países e povos, e a relativa preeminência dos EUA iria diminuir.



Philip Cerny (2000), em complemento, destaca os principais aspectos dos impactos da globalização no poder político. Os Estados são literalmente compelidos a agir como atores da unidade de maximização de poder, apesar de divisões domésticas ou divisões transfronteiriças, porque o próprio sistema força-os a isso. Houve o Estado industrial, que se viu em meio à Segunda Revolução Industrial, e, depois, o Estado do *welfare state*, com sua complexa tarefa de distribuir e redistribuir recursos.

Com a globalização, porém, as noções ficaram confusas, promovendo-se, segundo Cerny, um “estado de competição” e instaurando-se insegurança. Afirma ele que, desde a Paz de Westphalia, em 1648, sem levar em conta os interesses da própria Igreja Católica e a disputa de egos entre as famílias reais, foi estabelecido um princípio primordial de não intervenção: um soberano não poder intervir no espaço de um outro soberano. Mesmo com as modificações introduzidas posteriormente, com a consolidação do Estado-nação e dos governos como entes despersonalizados, o crescimento do comércio, o imperialismo econômico e político e a própria Revolução Industrial, aquela premissa continuou vigente, não havendo uma autoridade supraestatal que afaste os Estados da sua condição de igualdade formal no âmbito internacional (CERNY, 2000).

131

Cerny (2000) ainda argumenta que mesmo o fenômeno da globalização financeira após Guerra Fria não alterou, propriamente, o sistema de Estados. Mas, sim, erodiu a capacidade de os Estados desempenharem funções-chave de seu tradicional papel e também gerou mais complexas redes transnacionais de governança que começaram a desempenhar funções historicamente estatais.

A própria Guerra Fria não produziu um realinhamento da sociedade internacional. Com o seu fim, ambos os “superpoderes” se tornaram mais fracos em termos sistêmicos, porque formas tradicionais de poder não conseguiram lidar com os desafios da nova ordem internacional do final do século XX. A extinta URSS e a sua “cortina de ferro” falharam por não conseguir conter a pressão internacional, a financeirização, o contato com o mundo “de fora” e o consumismo crescente.

Uma nova noção de insegurança generalizada despontou, simbolizada não apenas por uma ameaça geral de uma incontrolável aniquilação nuclear, mas também “de baixo” e dentro dos Estados tanto isoladamente considerados (como guerras civis, conflitos tribais e indígenas e violência civil em países desenvolvidos) como nas suas inter-relações mais imediatas (como terrorismo e tráfico internacional de drogas e de pessoas). Essa nova realidade alterou a



percepção de que a segurança, como um bem público coletivamente instituído, não pode mais ser garantida pelo “antigo sistema” (CERNY, 2000).

É relevante destacar que, desde a edição dessa obra no ano de 2000, a situação tornou-se ainda mais complexa, como, por exemplo, pelos ataques terroristas em 2001, as guerras no Iraque, na Síria, no Iêmen e na Líbia, bem como a pressão internacional dos programas nucleares de Coreia do Norte e Irã, sem falar no crescimento de movimentos políticos de extrema direita nos países europeus, nos EUA e na América Latina, e - particularmente o que se enfatiza aqui - na recente crise de refugiados na Europa. Todos esses fatos puseram em xeque a ordem internacional até então hegemonicamente fundada na crença na soberania igualitária e inabalável e na supremacia interna do poder do Estado de modelo nacional hobbesiano.

Cerny assinala que, nesse contexto, cada vez menos Estados serão de bem-estar social, e, nas partes do mundo em que nunca foram desenvolvidos ou que iniciaram o seu desenvolvimento, não haverá sua concretização. O Estado, para o autor, e no contexto contemporâneo, vem desempenhando cada vez mais funções meramente residuais (CERNY, 2000).

Ele complementa que o sistema internacional provavelmente será novamente caracterizado por um número de atributos geralmente associado com a era medieval ou que o vem se denominar de “neomedievalismo” ou “neofeudalismo”. Observam-se crescentemente: instituições competitivas com jurisdições sobrepostas (Estados, regimes, redes de trabalho transgovernamentais, governos de interesses privados, entre outros); limites territoriais mais fluidos (ambos dentro e através de Estados); crescente alienação entre inovação global, comunicação e nós de recursos (cidades globais) de um lado, e, do outro, “interiores” desfavorecidos e desintegrados; desigualdades crescentes e isolamento de “subcastas permanentes” (a classe baixa); direitos de propriedade e limites legais contestados (exemplo: desatenção às regras de disputa por terras e tentativas de estender jurisdição extraterritorial); e as chamadas *grey zones*, áreas geográficas e contextos sociais onde não há aplicação de leis (guetos localizados e atividades criminosas internacionais) (CERNY, 2000).

Similar prognóstico é feito por José Eduardo Faria, que aponta para um emergente “Estado de Segurança” ou “Estado de Prevenção”. Segundo o autor, essas funções residuais contemporâneas do Estado seriam atinentes “[...] à manutenção da ordem, à imposição da disciplina e ao controle dos movimentos migratórios e dos comportamentos sociais dos



marginalizados, balizando sua ação com base em pautas normativas que se destacam por seus efeitos restritivos das liberdades [...]” (FARIA, 1999, p. 325).

Essa presença, por assim dizer, de características da sociedade medieval pré-Paz de Westphalia aponta para o retorno, ou talvez, retrocesso, à noção de “Estado” presente na Idade Média. Em verdade, em muitos locais, efetivamente não houve sequer uma transição plena para os postulados político-jurídicos da Modernidade ou para concretizar os pressupostos afixados no Estado Moderno da Paz de Westphalia.

Questionando o futuro do Estado-nação, outro singular entendimento de Cerny (2000) é que os Estados modernos têm tido tantas similitudes estruturais que indicam que o sistema de Estados não é a antítese da globalização, mas, sim, seu precursor. O autor faz uma comparação, afirmando que os Estados-nação serão como os atuais Estados federados que formam os EUA, com remessas circunscritas, mas retendo importantes instrumentos políticos residuais e a habilidade de explorar nichos no sistema maior por meio de regulação e taxaço limitados.

Como conclusão, ele indica a desarticulação do poder e a emergência de novas formas de governança. Afirma que os Estados dificilmente formarão uma governança autenticamente global, por conta de não disporem de vontade independente e de mecanismos para tanto, apesar de muitas de suas obrigações estarem sendo delegadas para entres supraestatais. Não há uma ameaça evidente nesse sentido, e, se ocorrer, virá de dentro das estruturas transnacionais do mundo globalizado, mas não dos próprios Estados. O autor acredita que a ordem global irá provar ser estruturalmente adaptada o suficiente, como no arranjo medieval, para deixar aberta a possibilidade de sua eventual evolução para algo mais estruturalmente coeso e normativamente aceitável.

No fundo, o embate da(s) crise(s) dos refugiados é uma nova formulação do antigo problema da nacionalidade e da cidadania num contexto em que o Estado-nação não consegue mais cumprir as suas promessas da Modernidade: liberdade, igualdade e fraternidade. Com o fenômeno da globalização, em que se rompem as fronteiras em nome da livre circulação econômica (comercial mas notadamente financeira), essas mesmas fronteiras seguem restritas para a circulação de indivíduos, ainda que na mera busca de dignidade humana, ou, em termos mais amplos e gerais, de desenvolvimento sustentável em sua pluridimensionalidade: com saúde, segurança, trabalho, liberdade de expressão, renda e participação política, por exemplo.

Ter nacionalidade, aqui, pouco ou nada diz sobre ter cidadania, pelo menos na acepção

mais ampla como referencial político, econômico e social, ou, em uma única palavra: cosmopolita.

Os refugiados, agora em outra vertente teórica, são os que Bauman (2011) denomina de “peregrinos”, mesmo que a intenção do sociólogo, ao menos na sua leitura usual, não se refira explicitamente a esse caso ou a essa temática. Mas assim podem ser interpretados, porque eles buscam afixar raízes, mas têm as portas fechadas pelo individualismo possessivo pós-moderno, encarcerado em sua economia predatória e excludente: quem não pode consumir, está fora do jogo; quem pode, tem as fronteiras abertas para livre acesso aos países em tese desenvolvidos. A própria obra de Celso Lafer (1988) já indicava a crise dos direitos humanos, que permitiu um “estado totalitário de natureza”.

Como exposto, a nacionalidade, ao menos teoricamente, concede direitos e proteção aos nacionais, mas, com transformações na sociedade internacional, com a crise dos Estados e os efeitos da globalização, houve modificações no seu conceito. Por isso, e no próximo tópico, será estudada, por fim, a nacionalidade e a sua (des)importância na proteção dos direitos dos refugiados da crise europeia.

134

3 NACIONALIDADE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS NA CRISE EUROPEIA

De início, deve-se atentar que há certa confusão entre os termos nacionalidade e cidadania. Dolinger (2001, p. 153) afirma que há esse uso confuso em escritos de autores norte-americanos, mas existem diferenças substanciais: “nacionalidade é o vínculo jurídico que une, liga, vincula o indivíduo ao Estado e a cidadania representa um conteúdo adicional, de caráter político, que faculta à pessoa certos direitos políticos, como o de votar e ser eleito”. Além disso, “a nacionalidade acentua o aspecto internacional, ao distinguir nacionais e estrangeiros, enquanto que cidadania valoriza o aspecto nacional”.

Por sua vez, são os Estados que determinam quem são seus nacionais e as condições de aquisição e perda de nacionalidade, porque detêm soberania. Contudo, uma tendência é que a nacionalidade seja considerada um direito humano, conforme a própria Declaração Universal do Direitos Humanos proclama em seu artigo XV: “todo homem tem direito a uma nacionalidade” (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2009).

Na mesma esteira, os nacionais são aqueles que estão submetidos à autoridade direta do Estado, que lhes deve proteção a seus direitos dentro e fora de suas fronteiras. E nacionalidade é a qualidade inerente a essas pessoas e que lhes dá a situação capaz de localizá-las e identificá-las na coletividade. A nacionalidade pode ser originária ou adquirida, sendo a originária a que resulta do nascimento, e a adquirida aquela que provém da mudança de nacionalidade anterior. No plano internacional, a Declaração Universal de 1948 reconhece ao indivíduo o direito de mudar de nacionalidade em virtude da naturalização, casamento e nacionalização (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2009).

A partir do exposto, num Estado, quem não é nacional é estrangeiro, o qual pode ter uma nacionalidade estrangeira ou ser apátrida. Em tese, o estrangeiro goza, no Estado que o recebe, dos mesmos direitos reconhecidos aos nacionais, exceto os expressamente constantes nas legislações locais. Como regra geral, os direitos reconhecidos aos estrangeiros são direitos da pessoa humana, direitos civis e de família (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2009).

Vale dar destaque ainda ao princípio da efetividade: o vínculo não deve fundar-se na pura formalidade ou no artifício, mas na existência de laços sociais consistentes entre o indivíduo e o Estado (NICHOLSON ET AL., 1999). Outra questão que merece ser trazida é o princípio internacional de proibição de banimento: nenhum Estado pode expulsar nacional seu, com destino a território estrangeiro ou a espaço de uso comum.

Conforme estudado no tópico anterior, a nacionalidade é importante, uma vez que intitula benefícios, direitos e deveres a alguém. Alguns autores, contudo, criticam a nacionalidade como um conceito confuso, mencionando, por exemplo, casos de países como o Reino Unido e a Alemanha. Isto é, um conceito que remete à uma unidade que já não existe mais, ou uma padronização de comportamentos, crenças e culturas, sem falar na questão da crise dos Estados enquanto atores internacionais.

Gellner (1983), a seu turno, demonstrou que sociedades modernas são fundamentalmente nacionalistas, porque exigem dos seus cidadãos um comprometimento diário em expressar sua nacionalidade. Tal estímulo seria necessário para legitimar as ações dos Estados. Esse autor aponta que as diferenças geram conflitos inevitáveis, ao tentar confinar diversas visões em uma única nacionalidade. Argumenta, também, que as sociedades modernas, que requerem um alto grau de integração econômica e cultural, na verdade não toleram facilmente um “respeito às diferenças”.



Interessante mencionar a obra de Marshall (1963), *Citizenship and Social Class*, na qual analisou o Reino Unido como um Estado que estava se encaminhando para uma multiculturalidade, devido a crescente presença de pessoas provenientes de suas colônias ou ex-colônias, e como o *1948 Nationality Act* impôs a nacionalidade britânica àqueles que não detinham, materialmente, nenhum laço com o Reino Unido (GOULBOURNE, 1991).

Em linhas gerais, a nacionalidade pertine à esfera cultural, e a cidadania à esfera política. Em análise da nacionalidade no século XXI, um bom exemplo são os Estados Unidos, que mais ou menos criaram gerações de “estadunidenses” orgulhosos de sua nacionalidade. Porém, Shils (2015), por exemplo, afirmou que a tão falada identidade americana tem se erodido, e que o multiculturalismo está destruindo o espírito nacional. A visão radical desse teórico é fundamentada pelo argumento de que uma única cultura é a que pode gerar um sentimento de pertencimento nacional.

McCrone e Kelly (2000), na mesma trilha, mencionam a Alemanha e a França como precursoras de uma noção progressista de nacionalidade, do que é ser alemão e o que é ser francês. Contudo, abordam uma tentativa do Partido Social Democrata alemão, em 1999, de conceder dupla nacionalidade aos imigrantes turcos, que foi frustrada. Na França, o uso do véu (*hijab*) não corresponde ao ideal do que é ser um francês e, pelo que é apregoado pelos próprios partidos políticos, como, por exemplo, a Frente Nacional Francesa, que suscita uma união da “nação francesa”.

No caso dos países europeus, a sua longa história de *laissez-faire* e tolerância criou uma sociedade multicultural, apesar de uma aversão velada dos que não enquadram em sua cultura. Com isso, a questão da proteção dos direitos humanos pode ser separada da noção de nacionalidade. No caso do Reino Unido, não há mais uma guerra ou religião para unir as pessoas em prol de uma “nação”, exatamente porque é mais fácil refazer constituições políticas do que refazer identidades culturais (MCCRONE; KELLY, 2000).

Otimistas, alguns autores afirmam que a noção de nacionalidade desapareceria com o tempo, e que, por volta de 2025, a ideia, por exemplo, do que é ser um britânico será uma mistura de velhos hábitos com novas práticas que irão surgindo e se intensificando no decorrer do século XXI. Contudo, essa visão otimista não leva em conta quem poderá entrar e fazer parte da “nova nação”. Ela não explica se pessoas refugiadas seriam ou não bem-vindas e poderiam impactar esse conceito.

Por sua vez, Ashcroft e Bevir (2018) observam que o Reino Unido passou de sociedade majoritariamente cristã e branca para uma sociedade com os mais diversos credos, grupos sociais e culturas. A partir disso, surgiram debates teóricos sobre como responder a eles, e tentativas governamentais de assentá-los. No entanto, acontecimentos e desafios que vieram com a virada do milênio, nas esferas de política e segurança, por exemplo, colocaram sob pressão os ideais de acolhimento propostos anteriormente.

Esse multiculturalismo apregoado na questão da convivência dos refugiados (e, também, migrantes em geral) tem gerado uma ampla gama de debates, incluindo aqueles sobre modo de vestimenta, políticas linguísticas, relações raciais, políticas religiosas, políticas de educação, processo judicial e emigração. Isto é, é um conceito de difícil organização, por conta de sua natureza dinâmica e multifacetada.

A preocupação é que identificar e auxiliar culturas minoritárias necessariamente envolve atribuir características essenciais a elas (potencialmente veem sua identidade cultural como fixa e não negociável), mas eles mesmos não afirmam que culturas e identidades individuais são estáticas. Esses autores também associam a questão da unidade nacional com os próprios ideais do liberalismo econômico, o qual seria um intensificador desse conflito entre nacionalidade e multiculturalismo (ASHCROFT; BEVIR, 2018).

Artigo publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a respeito da crise de refugiados, em 2015, vê com pessimismo e pouca esperança que a situação melhore em um futuro próximo. Contudo, a Europa tem uma estrutura melhor do que tinha na década de 1990, do ponto de vista de sistema legal e institucional, para lidar com situações parecidas. Por igual, experiências passadas demonstraram que a crise de refugiados e os imigrantes podem tornar-se valiosos contribuintes para as economias e sociedades dos países, aqui aludindo a uma promoção do multiculturalismo pela organização.

Importante mencionar que não seria correto intitular a crise como sendo migratória, porque sistemas legais de migração, que permitem a entrada e saída legais com vistos e permissões, são muito bem desenvolvidos e gerenciados. O que se observa é sim uma crise de refugiados, reconhecida por sua complexidade e urgência de medidas que saibam lidar com as diferenças culturais e situações específicas, o que exige resoluções diferentes das que se costumam utilizar em crises migratórias “padrão” (OCDE, 2015).

Uma das propostas para melhorar a integração seria, por exemplo, permitir que os refugiados se tornem proficientes no idioma do país receptor, para terem reconhecidas suas

credenciais educacionais e profissionais e, em alguns casos, complementar suas habilidades com treinamento adicional (OCDE, 2015). Isso é extremamente importante para terem êxito em sua integração e também para gerarem um impacto econômico positivo nos países, fazendo com que não prosperem discursos discriminatórios de que a presença de refugiados representaria um retrocesso na economia dos países.

A crise europeia, conforme já mencionado no primeiro tópico, contempla diversas nacionalidades. Sírios, eritreus e iraquianos, abrangidos oficialmente pelo plano de ação e realocação proposto pela Comissão Europeia no início da crise, em 2015, somente correspondem a um quarto das nacionalidades dos refugiados. Assim, a OCDE admite que esse caldeirão cultural requeira diferentes meios de adequar os fluxos para posterior integração desses diversos grupos de pessoas. Também, alerta para a ascensão da xenofobia e do nacionalismo extremado e conclui que a recepção e a integração dos refugiados (sem mencionar a concessão de uma nova nacionalidade) representa o principal desafio (OCDE, 2015).

Como ponto de ligação ao exposto, Harari (2018) apresenta debates a respeito de ser um dever dos países europeus em acolherem os refugiados ou se seria uma mera liberalidade. Esses debates trazem à tona diversos argumentos, tanto positivos quanto negativos, a respeito da entrada dos refugiados. Para o autor, ambos os argumentos são importantes e devem ser levados em conta para reflexão. Recordando acepções de nacionalidade, questiona até que ponto seria aceitável condicionar uma pessoa a adotar toda uma carga cultural diferente da sua; ou até que ponto ainda existe essa noção de nacionalidade dentro do continente europeu.

Também, num outro aspecto, esse autor demonstra os argumentos que levam ao aumento da xenofobia e como, ao longo do tempo, muitos europeus abandonaram a ideia de acolhimento e tolerância. Discorrendo sobre ataques terroristas, violência, preconceito e matrizes originárias que não aceitam os valores liberais historicamente inerentes à Europa, o medo de uma ruptura, ou uma sobreposição de radicalismos – principalmente daqueles provenientes de regiões islâmicas – fizeram com que ascendessem ideais avessos à receptividade migratória que talvez houvesse no início da crise em 2015 (HARARI, 2018).

Como mencionado, esse autor convida o leitor à reflexão das duas visões: contrárias e favoráveis à migração, sem apontar a sua identificação. Ele conclui seu raciocínio com a ideia de que há muito que se discutir a respeito da temática, o que exige perpassar por dilemas delicados, como as diferenças entre culturas, quais valores deveriam prevalecer, se há valores



universais, se o respeito às diferenças seria mandatário, e, claro, como haver uma sociedade multicultural estruturada nos moldes de Estados nacionais, já tão em crise (HARARI, 2018).

Assim, nesse ponto, já contextualizada a crise dos refugiados, compreendida a nacionalidade na sociedade globalizada e problematizada sua importância na efetivação dos direitos daqueles indivíduos e o debate teórico acerca disso, é imprescindível mencionar a crítica sociológica de Zygmunt Bauman (2011). Este aponta o individualismo extremado que está intrínseco nas relações pós-modernas: individualismo consumista, irresponsável e desconexo da realidade como um todo, no qual nada tem importância, tudo se descarta e não há insistência em manter laços porque no próximo “clique” do *mouse* novas opções aparecem. Há indiferença, insensibilidade e invisibilidade do outro em situação de miserabilidade, assim como ausência de direitos de nacionalidade e de afixação num território.

A crise de refugiados que é tratada na Europa na perspectiva da sobrecarga dos seus sistemas sociais nada mais é do que o resultado de uma outra crise, prévia, nos seus Estados de origem: uma crise humanitária, em que bases elementares de implementação dos direitos humanos não foram sequer garantidas. A ausência de alimentação, segurança, habitação, trabalho digno e outros pressupostos mínimos de dignidade humana impulsionam os movimentos migratórios rumo a uma “terra prometida”, difundida por meios de comunicação e pela retórica política como exemplos de organização política (estatal ou supraestatal) que estaria supostamente cumprindo de forma exitosa sua missão civilizatória.

139

CONCLUSÕES

Neste artigo, objetivou-se estabelecer um recorte acerca da importância da nacionalidade para a proteção dos direitos dos refugiados na crise despontada em 2015 na Europa. Conforme observado na contextualização da crise, os números são alarmantes e revelam um cenário desolador da realidade de centenas de milhares de seres humanos.

A partir desse cenário, recorreu-se ao conceito de nacionalidade que, historicamente, na construção dos Estados-nação, estabeleceu um vínculo no qual o nacional teria pleno acesso a todos os direitos, bem como proteção estatal. Esse conceito de nação esteve atrelado a um sentimento de unidade nacional na língua, na religião, na cultura e no modo de se expressar. Porém, conforme a realidade da sociedade internacional foi se modificando, aliada aos efeitos

da globalização, que tudo aproxima, os Estados foram perdendo poder e, conseqüentemente, o sentido de nação também se modificou.

O sociólogo Bauman, na sua crítica da pós-modernidade, aqui sintetizada, aponta o individualismo presente em cada ser humano, indo além da tecnicidade das teorias legais e das relações internacionais, mas inerente à essência humana, e pugna pela cidadania cosmopolita levantada por autores como Cortina. Por sua vez, a crítica levantada por Arendt na sua obra aponta eventos que converteram um grande número de seres humanos em pessoas explicitamente supérfluas e incômodas no plano mundial: atualmente, os refugiados, mas, também, os apátridas e as minorias em geral.

No caso dos refugiados, sua nacionalidade não lhes confere quaisquer proteções, uma vez que seus Estados não os protegem e, muitas vezes, são os algozes em sua perseguição. Dessa forma, não há outra alternativa que não a da saída em direção à Europa, até então continente símbolo do desenvolvimento. Todavia, nesse continente, pessoas provenientes de lugares tão distintos, e na situação de miserabilidade em que se encontram, não são desejadas.

Entra em questão se, com a concessão de uma nova nacionalidade, os refugiados teriam albergados os seus direitos. É razoável supor, nesse contexto, que os atributos jurídicos seriam meramente formais, porque a noção de serem nacionais de determinado país europeu não os torna, obrigatoriamente, pertencentes àquela nação, ou seja, um vínculo material. Porém, ao menos, a nacionalidade lhes conferiria o acesso legal a uma gama de direitos que nos países originários eles não teriam.

Assim, nos países europeus, uma aversão aos refugiados é motivada pelo temor da desestruturação dos valores historicamente liberais e progressistas inerentes à noção de Europa como “nação europeia”: valores que estariam ameaçados pela violência, pobreza, doenças, fundamentalismo religioso, homofobia, misoginia, etc. Isto é, minorias diferentes seriam aceitas por conta dessa tradição. Porém, se tais minorias vierem a se tornar majorias, toda uma estrutura social estaria em risco.

No entanto, é unânime que a proteção dos direitos dos refugiados é urgente, muito por conta das péssimas condições em que se encontram, tanto nas travessias, quanto nos acampamentos estruturados para “acolhê-los”. Porém, indo ao encontro da problemática suscitada para o desenvolvimento desta pesquisa, o vínculo de uma nacionalidade não tornaria os refugiados pertencentes a uma nova nação, uma vez que esse conceito vem perdendo sentido

por conta dessa suposta noção de unidade, ultrapassada por ideias como do multiculturalismo, por exemplo.

Assim, o debate sobre nacionalismo também é de suma importância. E, nesse particular, deve-se colocar no centro do debate a reestruturação daqueles Estados emissores de refugiados, não de uma forma que retomasse à configuração gerada na Paz de Westphalia, mas levando em conta a nova realidade globalizada, em que a questão do multiculturalismo é imperativa e deve ser aprofundada.

Assim, o conceito de nacionalidade não assegura uma proteção, senão, muitas vezes, meramente formal, não enxergado pelo governo, pelo povo e nem mesmo pelo próprio indivíduo. Dessa forma, fica uma última e inquietante questão: far-se-ia necessária uma cidadania originariamente global? A resposta, porém, está muito além das reflexões introdutórias deste trabalho.

REFERÊNCIAS

141

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

ASHCROFT, Richard T.; BEVIR, Mark. Multiculturalism in contemporary Britain: policy, law and theory. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 1-21, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BERNDTSON, Erkki. Globalization as Americanization. In: GOVERDE, Henri. *Power in Contemporary Politics: theories, practices, globalizations*. London: SAGE Publications, 2000, p. 155-169.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. *Direito Internacional*. [S.t.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CERNY, Philip G. Globalization and the Disarticulation of Political Power: Towards a New Middle Ages? In: GOVERDE, Henri. *Power in Contemporary Politics: theories, practices, globalizations*. London: SAGE Publications, 2000, p. 170-186.



CORTINA, Adela. *Cidadãos do Mundo: para uma teoria da cidadania*. Tradução: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

COUNCIL OF THE EU. *EU-Turkey statement*: Press release 144/16. Bruxelas: Council of the EU, 2016.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OFFICIAL JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION. *Regulation (EU) No 604/2013 of The European Parliament and of the Council*: establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged on one of the Member States by a third-country national. Bruxelas: EUR-Lex, 2013.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução: Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho; revisão da tradução: Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GELLNER, Ernest. *Nations and nationalism*. Oxford: Blackwell, 1983.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução: Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica: Fernando Coutinho Cotanda. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

GONÇALVES, Maria Eduarda. Europeização e direitos dos cidadãos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 345-373.

GOULBOURNE, Harry. *Ethnicity and nationalism in post-imperial Britain*. Cambridge: Polity Press, 1991.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. The Future of Globalization. Cooperation and Conflict: *Journal of the Nordic International Studies Association*, [S. l.], v. 37, n. 3, p. 247–265, Sept., 2002.

JESSUP, Philip. *A Modern Law of Nations*. New York: The MacMillan Company, 1946.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.



MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class*. London: Heinemann, 1963.

MCCRONE, David; KELLY, Richard. Nationalism and citizenship. *Sociology*. Belmont, UK, v. 34, n. 1, p. 19-34, 2000.

NICHOLSON, Frances, et al. *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

NYE JR., Joseph S. *Soft Power: the means to success in world politics*. New York: Public Affairs, 2004.

OCDE. Is this humanitarian migration crisis different? *Migration Policy Debates*, [S. l.], n. 7, Sept. 2015. Disponível em: <<https://www.oecd.org/migration/Is-this-refugee-crisis-different.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

OLEA, Víctor Flores; FLORES, Abelardo Mariña. *Crítica de La Gobalidad: Dominación y Liberación em Nuestro Tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

OLSSON, Giovanni. *Poder político e sociedade internacional contemporânea*. Ijuí: Unijuí, 2007.

143

ONU. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. New York, Oct. 2015. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 20 dez. 2018.

ONU. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Genebra: ONU, 1951.

ONU. *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Genebra: ONU, 1951.

PODGE, Thomas. *World Poverty and Human Rights: cosmopolitan responsibilities and reforms*. 2nd. ed. Cambridge: Polity Press, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25-104.

SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos. As Brumas da Soberania ou Injunções da Globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; JÚNIOR, Arno Dal Ri. *Relações Internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: Unijuí, 2013, p. 629-679.

SHILS, Edward. Nations, nationality, nationalism and civil society. *Nations and Nationalism*, [S. l.] v. 1, n. 1, p. 93-118, Mar. 1995.



SPYBEY, Tony. *Globalization and World Society*. Cambridge, UK: Polity Press, 1996.

UNHCR. *Central Mediterranean situation*: UNHCR calls for an additional 40,000 resettlement places. [S. l.], Sept., 2017. Disponível em:

<<http://www.unhcr.org/news/press/2017/9/59b6a5134/central-mediterranean-situation-unhcr-calls-additional-40000-resettlement.html>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

UNHCR. *Proteger melhor os refugiados na UE e a nível global* [S. l.], dez. 2016a. Disponível em: <<https://www.refworld.org/pdfid/5885ec834.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

UNHCR. *Regional refugee and migrant response plan for Europe - Eastern Mediterranean and Western Balkans Route, January-December 2016*. [S. l.], May 2016b. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/56a9e5134.html>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

UNHCR. *Global Trends, Forced Displacement*. [S. l.], 2016c. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5943e8a34/global-trends-forced-displacement-2016.html>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

UNHCR. *Desperate journeys*: refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's Border. [S. l.], Jan.-Aug. 2018. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/desperatejourneys/>>. Acesso em: 20 dez. 2018.



DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: UMA VISÃO ORGÂNICA E FUNCIONAL

DIFFERENCE BETWEEN PRINCIPLES AND RULES: AN ORGANIC AND FUNCTIONAL VISION

Clóvis Alberto Volpe Filho *

José Antônio de Faria Martos **

RESUMO: É inegável o quanto discutido foi e é a diferença entre princípios e regras; no entanto, o presente artigo tenta apresentar uma visão complementar e original aos demais estudos anteriormente apresentados. De acordo com as análises feitas a partir de outros autores, e principalmente em razão do entendimento do sistema jurídico enquanto conjunto de normas funcionais, foi possível construir uma diferenciação orgânica, na medida que o texto normativo pode se apresentar como princípio ou regra a depender do seu contexto normativo e do seu vínculo funcional; verificou-se, por fim, que o texto normativo, por não ser um fim em si mesmo, funciona de maneira distinta diante de casos apresentados, sendo possível a partir daí detectar se tem características de princípio ou regra, conforme devidamente detalhado no bojo deste artigo.

ABSTRACT: It is undeniable how much was discussed and is the difference between principles and rules; however, this article tries to present a complementary and original view to the other studies previously presented. According to the analyzes made by other authors, and mainly because of the understanding of the legal system as a set of functional norms, it was possible to build an organic differentiation, as the normative text can present itself as a principle or rule depending on the its normative context and its functional link; finally, it was verified that the normative text, since it is not an end in itself, works differently in the case presented, being possible from there to detect if it has characteristics of principle or rule, as duly detailed in the middle of this article..

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Norma. Princípios e Regras. Modelo Funcional Normativo. Direitos Fundamentais.

KEYWORDS: Theory of the Norm. Principles and Rules. Normative Functional Model. Fundamental Rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Teoria do modelo funcional como referencial teórico. 2 Diferença orgânica e funcional entre princípios e regras. 3 Alguns contrapontos. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A quantidade de artigos e obras que versam sobre este tema é enorme; assim, escrever sobre algo que foi trabalhado e lapidado por diversas pessoas, extremamente gabaritadas, é um desafio, na medida que somente haverá interesse se houver um mínimo de originalidade, do contrário, qualquer escrito científico será redundante.

É justamente isso que este artigo se propõe: uma visão (minimamente) original (não definitiva) sobre a diferença entre princípio e regra. Realizou-se uma análise comparativa-

* Professor Titular da Faculdade de Direito de Franca. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2003), mestrado em Direito pela Universidade de Franca (2005) e doutorado em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (2018).

** Coordenador do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Franca. Professor Titular da Faculdade de Direito de Franca. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1983), mestrado em Direito Público pela Universidade de Ribeirão Preto (1993), doutorado em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino (2011) e doutorado em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (2015).

dedutiva, pois estudando de maneira ampla os doutrinadores, em conjunto com o entendimento do sistema jurídico enquanto conjunto de normas funcionais, foi possível construir uma diferenciação orgânica, na medida que o texto normativo pode se apresentar como princípio ou regra a depender do seu contexto normativo e do seu vínculo funcional. Para tanto buscou-se aporte, conforme tópico seguinte, no modelo funcional de Antoine Jeammaud.

Com efeito, necessário se faz entender em qual referencial sobre a teoria da norma este estudo se aporta. Em outras palavras, somente é possível compreender a diferença proposta entre princípio e regra se restar consignado a teoria da norma que se busca refúgio.

Assim, busca-se fincar referencial no modelo de norma antes de ser possível analisar a diferença qualitativa de princípio e regra. Após encontrar apoio no modelo funcional de Jeammaud, é que foi possível desenvolver uma nova proposta sobre a diferença entre essas espécies de normas, sendo que também se fez uma análise comparativa da proposta com as já existentes.

1 TEORIA DO MODELO FUNCIONAL COMO REFERENCIAL TEÓRICO

A limitação da estrutura imposta por um artigo científico impõe a necessidade de cortes metodológicos, para que seja possível ter um marco caracterizador e inicial, sob pena do regresso impedir a evolução do pensamento proposto.

Neste contexto, entendemos que a teoria do modelo funcional, de Antoine Jeammaud, é suficientemente coesa para encampar a diferenciação que se propõe. Essa teoria, como veremos, tem como elemento mais definidor a “norma como modelo”. Isto porque, esta teoria trabalha com uma estrutura de moldura, mais ampla e sem excluir, de forma prévia, linhas semânticas, interpretativas ou estruturais da norma. A estrutura semântica não retira a pretensão de referência, de instrumentalidade, pouco importando seu grau de abstração e generalidade. A linha interpretativa também não esvazia tal desiderato, ao contrário, busca encontrar o fim último da norma quando vinculado ao material fático. O fato de ser funcional não exclui o aspecto deontico, mas absorve outros objetos e possibilidades.

A norma, nos dizeres de João Maurício Adeodato, é um projeto para o futuro construído no presente, e que depende das condições empíricas do futuro, mas sem ignorar os significantes acordados no passado (ADEODATO, 2011, p. 157). É preciso ter em mente que a estrutura normativa, independente de seus elementos, serve a algo, assim, é imprescindível que se



caminhe da estrutura à função, sem que a primeira análise eclipse a segunda (BOBBIO, 2007, p. 113).

Em todas as teorias, por mais distanciamento que exista quando da análise verticalizada de suas bases, há um ponto comum: ser referência a algo, pois a estrutura não é um fim em si mesma. Para a linha adotada, a norma jurídica é um enunciado que serve como referência para o fim de determinar como as coisas devem ser. Assim, adota-se um modelo funcional de normatividade, e não meramente deôntico, semântico e interpretativo.

De acordo com o autor francês Antoine Jeammaud, a norma jurídica é muito mais do que mero enunciado deôntico (ou que possa ser transformado em deôntico), pois o direito estatal contemporâneo não se assemelha mais aos decálogos ou meros regimentos disciplinares. Ao situar as normas no gênero dos modelos, o autor coloca em evidência sua natureza instrumental de medida, de padrão, adotando uma teoria funcional da norma. Somente terá vocação para servir de modelo quando inserida num conjunto socialmente considerado como normativo, respeitadas as regras de validade (JEAMMAUD, 1994, pp. 82-84).

Quando se reconhece que um enunciado tem um valor normativo, está se compreendendo que ele serve como referência, à maneira de um modelo material. Sua vocação será a de permitir a avaliação de situações, relações, atos, ações, condutas, ou outros objetos ainda, vale dizer, de determinar como eles devem ser, deverão ser ou deveriam ter sido do ponto de vista do sistema ao qual pertence essa norma, para que sejam conformes às suas disposições e para obter, em cada caso, os resultados ligados a essa conformidade. Essa função de referência se realiza através de operações de julgamentos, nos sentidos lógico e psicológico, em contextos e finalidades bastante diversos. Essa operação de julgamento se inscreve às vezes, numa atividade institucional - atividade administrativa ou atividade jurisdicional - ou às vezes, em um contexto cotidiano (JEAMMAUD, 1994, p. 84).

A normatividade como modelo existe abstratamente (perspectiva de ação futura), servindo para dirigir a conduta ou um estado de coisa. Mas também existe para contestar o que foi feito, em uma perspectiva pretérita.

A norma como modelo se desvincula da sanção como consequência obrigatória, mas meramente possível. Também se desvincula da conduta como único objeto da norma, em um sentido de permitido, proibido, devido, etc. É um padrão que afeta ações ou coisas, pessoas ou instituições.



Sua qualidade específica enquanto modelo (vaga, ambígua) não retira da norma tal pretensão. Portanto, a norma, enquanto modelo, enquanto padrão instrumental, tem como elemento ser útil ao sistema normativo. Sua utilidade pode ser inferida por si só, ou mediante um complexo conjunto normativo (o que se mostra mais razoável na linha sistêmica adotada), de forma imediata, ou mediata. Mas, impossível ignorar que antes de ser deontica, a norma é instrumental.

O reconhecimento da significação normativa de um enunciado em linguagem do direito e, por esse fato, sua contribuição ao governo das ações, não depende da natureza de seu objeto - do que ela fala - uma vez que ela se a pega à sua vocação de modelo. Não se trata de negar a presença de normas jurídicas tendo uma conduta por objeto, mas elas não são com certeza a maioria. Entre as que parecem de início constituir modelos de comportamento, um exame atento mostra que muitas tratam menos de uma conduta humana que de um ato material ou jurídico (JEAMMAUD, 1994, p. 85).

Para o autor francês, enunciar que uma norma é uma regra de direito, vale dizer, de um elemento de uma ordem jurídica determinada, significa que ela servirá eventualmente, em função de sua aplicabilidade, de instrumento de medida a um juiz (por exemplo) instituído por essa ordem, no quadro de uma atividade de resolução de conflitos organizada por essa mesma ordem. É significar, ao mesmo tempo, que essa norma é suscetível de ver seu sentido e seu alcance em situações concretas discutidas no quadro assim instituído, isto é, servindo de padrão para julgar como as coisas deveriam, devem ou deverão ser do ponto de vista desta ordem jurídica, no quadro e para os fins da resolução de um conflito - portanto no quadro de um julgamento institucional - independentemente do teor do dispositivo da decisão a intervir (indeferimento do pedido, absolvição ou condenação, anulação, ordenamento de uma medida em virtude de um poder reconhecido em decisão liminar, etc.) (JEAMMAUD, 1994, p. 93).

A concepção funcional vale para todas as normas, sendo que, como bem traduziu Eros Grau, ao interpretar o citado autor francês, a essência normativa de um enunciado (texto normativo) encontra-se na sua vocação a servir de referência (servir de modelo) para determinar como as coisas devem ser (GRAU, 2013. p. 105).

2 DIFERENÇA ORGÂNICA E FUNCIONAL ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A discussão sobre a diferença entre regra e princípio perde a relevância para Antoine Jeammaud, na medida em que, como modelo, cabe servir como referência a vários objetos. As normas consideradas princípios, em tese, denotam uma notável generalidade de pertinência (de competência), ligada a uma frequente indeterminação do teor do modelo. A ponto de alguns desses princípios serem antes nomeados que formulados, porque parecem muito difíceis de enunciar. No entanto, não perdem as características de normas jurídicas (JEAMMAUD, 1994, p. 88). Para Antoine Jeammaud, os critérios de identificação dos princípios encontram-se em seu alto grau de generalidade e na sua proximidade aos valores (JEAMMAUD, 1994, p. 88).

A concepção funcional da normatividade aqui adotada é ponto inicial para a estruturação da norma, não sendo, contudo, base para a distinção entre princípios e regras. A questão da generalidade (e abstração), bem como a aproximação com valores não são elementos para a distinção entre regras e princípios, na medida em que há textos normativos extremamente genéricos que são regras, e outros, extremamente específicos, que são princípios. Toda a tentativa de diferenciar acabou se mostrando insuficiente frente aos ordenamentos jurídicos postos, ou, principalmente, pela interpretação e aplicação da norma aos casos concretos, revelando uma íntima convicção no momento de se definir entre princípios e regras.

A norma, sendo um modelo referencial, revela seu sentido a partir de sua função. Assim, a distinção entre princípios e regras não é semântica, não é de sintaxe, não é de objeto, não é densidade, não é de lógica, mas é apenas funcional.

Normas são enunciados linguísticos que têm vocação para servir de referência, determinando como as coisas devem ser ou deveriam ter sido. As normas serão princípios, quando os enunciados estiverem servindo como referência matriz a outras normas dentro de um sistema ou subsistema, ou seja, normas que, dentro de um contexto normativo, são a razão de ser de outras normas, ou, normas que conferem direitos e que por sua vez demandam proteção normativa.

Para entender se a norma é regra ou princípio, é preciso conhecer dois fatores: contexto normativo inserido e vínculo funcional com outras normas. O contexto normativo inserido demonstrará em qual sistema ou subsistema a norma está vinculada; o vínculo funcional mostrará qual relação da norma com as outras normas do sistema ou do subsistema - o vínculo somente será revelado após a definição do contexto normativo.

Por contexto normativo se entende o posicionamento topográfico do texto normativo na ordem posta frente ao caso concreto posto à discussão; já o vínculo funcional é a análise de como interage aquele texto normativo com as outras normas dentro do contexto definido.

A posição do enunciado e o vínculo funcional com outros enunciados revelam uma dimensão valorativa (axiológica) que justifica a própria existência de uma dimensão deontológica (LAPORTA, 1987). O referencial contido na norma (direito, dever, etc) passa a constituir a razão justificatória da existência de determinado conjunto normativo.

A norma que proíbe a utilização de prova ilícita no processo (art. 5º, LVI, CF) é um princípio ou uma regra? Pela proposta apresentada, é uma norma, por ser modelo de referência, porém, saber se se comportará como princípio ou como regra dependerá do conhecimento dos fatores descritos acima: contexto normativo e vínculo funcional. Situando a norma no contexto normativo dos direitos fundamentais, conjugando com outras normas do mesmo calibre, restará demonstrado que seu vínculo funcional é com algum direito fundamental que necessita desta disposição para sua materialização/proteção; neste sentido, a norma será regra. Caso esteja situada no contexto normativo restrito ao processo penal, conjugando com outras normas dessa mesma natureza, será um princípio, pois a sua materialização/proteção clama por outras normas, que são regras, neste caso. Ao delimitar um sistema normativo (conjunto de norma que guardam relação de unidade), será possível extrair quais normas funcionam como veículos de proteção de um valor contido em uma outra norma, a qual é uma norma princípio.

A instrumentalidade do texto normativo é auferida não de forma isolada, mas dentro de um sistema ou subsistema. Daí a razão de ser necessário identificar o contexto que a norma está inserida, e posteriormente quais vínculos funcionais se formam. Note-se que a liberdade pessoal é o núcleo a partir do qual o outro deriva, da mesma forma o direito de fazer um texto, que é derivado do direito central da liberdade de expressão. Há um encadeamento funcional das normas dentro do contexto normativo inserido. A norma funcionará como princípio quando o texto normativo funcionar, naquela análise, como centro de derivação de outras normas, que funcionam a bem da efetivação do direito/dever nela consagrado. As demais normas serão regras, que estão fundamentados na norma matriz (princípio). A relação entre um direito derivado e o direito núcleo se dá a partir da própria justificativa do direito: um direito é baseado no interesse que figura essencialmente na justificativa da afirmação de que o direito existe (RAZ, 2017).

Portanto, norma pode ser princípio ou regra, dependendo do contexto normativo e do vínculo funcional, obviamente extraídos de forma definitiva após o caso concreto (real ou fictício).

Assim, princípio, enquanto norma jurídica, é o enunciado normativo que serve como modelo e que garante a unidade de um determinado sistema ou subsistema, pois é para ele que as outras normas funcionam, dentro da perspectiva daquele sistema segregado. Regras, por sua vez, são as normas que funcionam para que haja a materialização/proteção da norma (ou normas) que garante(m) a unidade do sistema ou subsistema.

Veja que a diferença de princípio e regra é comportamental (orgânica). A norma, ora se comporta como princípio, ora se comporta como regra. O comportamento do enunciado depende do contexto normativo analisado (sistema), como visto, e do seu vínculo funcional com outras normas. À guisa de exemplo: quando a Constituição garante o direito à liberdade, tem-se uma norma (e não meramente um valor), pois serve como modelo institucional de decisão; esta norma é um princípio na medida em que figura, dentro do contexto normativo dos direitos fundamentais, como a razão de ser de outras normas do mesmo sistema. A liberdade religiosa, contextualizada com o direito à liberdade, tem um vínculo funcional de servir a este direito, portanto, é uma regra. Destacando essa norma (liberdade de crença religiosa) para outro contexto normativo, será possível extrair novos vínculos, e a depender da estruturação, a norma passará a ser princípio. Dentro do sistema normativo que regulamenta os cultos nos estabelecimentos prisionais, por exemplo, a liberdade religiosa será um princípio, enquanto a regra que autoriza o acesso de pessoas para a realização do culto é uma regra.

O texto normativo, identificável como princípio, somente o é em razão do objeto relacional que se constitui no decurso de um jogo hermenêutico, ou seja, dos objetivos e propósitos a que com ele e através dele se visam (STRECK, 2009, p. 357). Ao se interpretar um texto normativo não se faz por partes, desvinculando da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem do sistema (ou da Constituição). Existe uma compreensão antecedente da interpretação, a qual precede a aplicação. Essa compreensão exige, também, a captura do sentido atribuído a determinado texto pelo sistema ou subsistema (STRECK, 2014, pp. 229-230). Nesta perspectiva, é necessário estabelecer quais os vínculos funcionais de um conjunto normativo, para se chegar ao princípio que “abre” e “fecha” o sistema.



Obviamente, a análise do caso concreto pode modificar completamente o sistema normativo, e, conseqüentemente, a relação normativa dos textos predispostos. Em outros termos: por mais que abstratamente se identifique o texto como princípio, essa identificação é meramente provisória e falível; a norma somente poderá ser identificável com princípio a partir do momento que se tem um caso concreto, definindo os propósitos a serem alcançados mediante os vínculos funcionais estabelecidos.

Algumas leis já consagram explicitamente os princípios estruturais que regulam aquele arcabouço normativo (vide a Lei de Migração n. 13.445/17, que elenca no art. 3º os princípios e as diretrizes que regem a política migratória). Contudo, isto não retira a qualidade de princípio de outras normas, pois, dependerá do contexto normativo e do vínculo funcional que serão verificados. A diferença entre princípios e diretrizes tem arrimo em Ronald Dworkin: ao se comportar como princípio, a norma pode se revelar como uma diretriz política, padrão consistente em objetivos a serem alcançados, geralmente relacionados com melhora econômica, política ou social, ou como um padrão axiológico (princípio propriamente dito), porque prescreve uma exigência de justiça, ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

153

Os princípios implícitos são extraídos quando inexistente uma norma que consiga traduzir o objetivo central de determinado arcabouço normativo existente, como por exemplo, o princípio do duplo grau de jurisdição. Princípio do duplo grau de jurisdição, assim, é o nome que se dá a um conjunto de normas que estabelecem a possibilidade de reexame de decisões judiciais. Alcança o princípio de acordo com os vínculos normativos estabelecidos pelas normas existentes, positivadas. Assim, inexistente no ordenamento jurídico nacional princípio que não esteja positivado, na medida em que até mesmo os implícitos são extraídos diretamente de normas postas na ordem.

3 ALGUNS CONTRAPONOTOS

Neste tópico tentaremos abordar algumas linhas diferenciadoras de princípios e regras, sem a pretensão de exaurimento, mas sim de reforçar a tese proposta acima.

O grau de abstração do enunciado normativo é um critério errôneo e que não consegue auxiliar na identificação. Até mesmo o critério de indeterminação dos casos que conformam o caso não serve a tal desiderato. Para Atienza, por exemplo, a diferença entre regra e princípio consiste no fato deste configurar o caso de forma aberta, enquanto a regra o faz de forma fechada. Com isso, para o autor, enquanto que nas regras as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto fechado, nos princípios não se pode formular uma lista fechada das mesmas: não se trata só de que as propriedades que constituem as condições de aplicação tenham uma área maior ou menor de abstração, senão, de que tais condições não se encontram sequer genericamente determinadas. O tipo de indeterminação que afeta os princípios é, pois, mais radical que o das regras (ATIENZA; RUIZ MANERO, 1991).

A Constituição no art. 5º, inciso XXXIX e o Código Penal no art. 1º prescrevem: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Pela baixa abstração poderia ser caracterizado como uma regra. Contudo, a doutrina e a jurisprudência o revelam como princípio. O enunciado acima é uma regra, enquanto compreendido com vínculo funcional para garantia do princípio da liberdade ou da legalidade. No entanto, é um princípio se verificada a existência de um arcabouço normativo servil a esta norma, cuja razão de ser nasce e deságua na citada norma.

As normas que configuram o caso de forma aberta não necessariamente podem ser classificadas como princípios. A uma, porque por mais que a norma consiga determinar o conjunto que quer disciplinar (vincular), como é o caso da norma que descreve ser o Brasil uma República Federativa, as consequências oriundas de tal conformação são inúmeras, não podendo afirmar que houve o fechamento dos casos. A duas, em razão de existir, quando da aplicação do texto normativo (da norma), possibilidade de a norma tida como princípio ser a única que configura o caso de forma fechada, e não a regra. Em verdade, os princípios conseguem fechar os casos quando da porosidade da regra, inexistindo princípio sem regra e por trás de uma regra necessariamente haverá um princípio (STRECK, 2012, p. 568).

É elementar entender que para Ronald Dworkin a normatividade se manifesta concretamente, ou seja, na própria prática interpretativa e não em um sistema lógico previamente delimitado, o que remete o conceito de norma a um nível pragmático (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2014. p. 338). Embora seja certo que o autor americano diferencie regras de princípios, o faz dentro da prática interpretativa. Assim, para o citado autor existem características específicas em cada norma para orientar as decisões judiciais. As premissas



nucleares são as seguintes: dados os fatos que uma regra estipula, ou ela é válida, e nesse caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão (aplicadas à maneira do tudo-ou-nada); em contrapartida, os princípios funcionam de outra forma, pois não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, pois possuem uma dimensão de peso ou importância (DWORKIN, 2002, pp. 39-40).

Com isso, havendo colisão entre os princípios, diferentemente das regras, que ou são válidas ou não são, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um, sendo constantemente objeto de controvérsia decidir qual é mais importante dentro de cada caso individualizado. Os princípios assumem em Dworkin uma normatividade que possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra a discricionariedade. E, diferentemente da linguagem puramente semântica, retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade (STRECK, 2012, p. 57).

Em relação à diferença apresentada por Dworkin, afirmando que a regra se aplica na base do “tudo-ou-nada”, enquanto princípios possuem uma densidade distinta, também é insuficiente, para não dizer errônea. Saber se uma norma será aplicada na base do tudo ou nada é possível somente posteriormente, e não de forma prévia, somente após a interpretação e aplicação. Ora, por uma questão lógica, se o princípio da liberdade foi aplicado para resolver uma questão, prevalecendo em relação ao princípio da legalidade, por exemplo, aplicou-se “tudo” da liberdade e “nada” da legalidade.

Em Robert Alexy, norma se pauta pela teoria semântica, havendo diferenciação qualitativa entre princípios e regras: princípios se distinguem de regras (sendo ambos espécies de normas) pois aqueles são mandados de otimização, que “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008. p. 90); as regras, ao contrário, não possuem graus de satisfação, ou são satisfeitas ou não são, existindo, não um mandado de otimização, mas sim de determinação (ALEXY, 2008. p. 90).

Quanto à questão do mandado de otimização de Alexy, o qual afirma que os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, e por isso, necessitarem de ponderação, há um pecado capital: normas de diversas estruturas, posições e funções se

sujeitam, desde sempre, à ponderação, mesmo recebendo o rótulo de regras. As palavras de Ferrajoli são claras nesse sentido:

Quanto à ponderação judicial, ela se parece um pouco mais do que uma nova palavra para denominar a velha “interpretação sistemática”, desde sempre conhecida e praticada pelos juristas e consistente na interpretação do sentido de uma norma à luz de todas as outras normas do sistema. Não existe, de fato, nenhuma diferença de caráter epistemológico entre a argumentação constitucional dos juízes constitucionais e a argumentação penal ou civil ou administrativa dos juízes ordinários ou administrativos, não havendo diferença de estatuto entre as normas constitucionais e as normas ordinárias. Ponderação e balanceamento, quando se aplicam mais normas diversas mesmo que não estejam necessariamente em conflito, estão por isso presentes na jurisdição ordinária tanto quanto na jurisdição constitucional: no direito penal, por exemplo, a ponderação entre circunstâncias agravantes e circunstâncias atenuantes do crime está, inclusive, prevista na lei, para fins de equivalência, ou, então, de juízo de prevalência de umas sobre as outras (FERRAJOLI, 2011. p. 110).

Lenio Streck fornece mais uma crítica ao mandado de otimização:

Relevante, nesse sentido, contestar a tese de Alexy, para quem os princípios são (apenas) mandados de otimização. Tal circunstância enfraquece a força normativa dos princípios, que são, pois, deontológicos, normas jurídicas com ampla força normativa. Mais do que isto, princípios são a institucionalização do mundo prático no direito. Os princípios constitucionais são o modo de superação do mundo das regras do positivismo (STRECK, 2009. p. 253).

156

Gustavo Zabrebelsky (ZAGREBELSKY, 2016. p. 110), entende que a diferença de fundo entre regras e princípios é a mesma daquela entre leis e Constituições. Somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, é dizer, constitutivo da ordem jurídica. As regras também estão escritas na Constituição, mas não passam de leis reforçadas por sua forma especial. Os princípios não se sujeitam aos métodos tradicionais de interpretações próprios das regras; na verdade são muitas vezes expressões um tanto banais, remetendo a tradições históricas, sendo entendidos como *ethos*. Em poucas palavras: às regras se obedecem, devendo haver precisão linguística; já aos princípios se presta adesão, por isso é importante compreender o mundo dos valores. Para o autor italiano, os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão ou repulsa para tudo aquilo que estiver implicado por eles no caso concreto, por isso que somente no caso concreto poderemos entender o seu alcance.

Os princípios atuam de modo a não indicar as consequências jurídicas que se seguem necessariamente quando se dão as condições previstas, sendo normas sem uma situação típica normativa predeterminada e de prescrição genérica. Enquanto axiomas do ordenamento

jurídico, proporcionam um argumento que pressiona uma direção, mas sem indiciar qual ação ou decisão específica são necessárias no caso concreto (ZAGREBELSKY, 2014. p. 182). Por isso, existe uma diferença em termos de atitude prática, pois as regras exigem obediência passiva, e os princípios adesão ativa (ZAGREBELSKY, 2014. p. 190).

A concepção de Zagrebelsky é pouco útil, em se tratando de distinção entre princípios e regras. Além da dificuldade de se ter uma diferenciação precisa quanto a adesão e a obediência, é certo que, da mesma forma que algumas regras possuem uma certa dimensão axiológica (vide a regra que determina, em caso de dúvida, absolver o acusado, na forma do art. 386, VII do Código de Processo Penal), os princípios também possuem uma dimensão deontica, buscando obediência. Mesmo porque, quando se adere, é por que se obedece; e quando se obedece, é por que aderiu.

Humberto Ávila propõe uma distinção heurística, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão (ÁVILA, 2004, p. 60). Assim, um dispositivo normativo pode abranger, concomitantemente (coexistência das espécies normativas) regras e princípios, propondo uma classificação que alberga alternativas inclusivas. A distinção dependerá da dimensão que for atribuída ao dispositivo: comportamental será regra, finalística será princípio. Com efeito, um dispositivo cujo significado preliminar determina um comportamento para preservar um valor, caso em que seria enquadrado como uma regra, permite que esse valor seja automatizado para exigir outros comportamentos, não descritos, necessários à sua realização. Por exemplo, o significado do dispositivo que dispõe que os tributos só podem ser instituídos por lei, pode ser enquadrado como regra, na medida em que a adoção do procedimento parlamentar é o comportamento frontalmente prescrito. Isto não quer dizer que, focalizando a questão sob outra perspectiva, aquele mesmo comportamento não possa ser examinado no seu significado finalístico de garantia de segurança e estabilidade às atividades dos contribuintes (ÁVILA, 2004, p. 62).

Com essa base central, o autor define regras e princípios da seguinte forma:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição

normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2004, p. 70).

As regras são imediatamente descritivas, pois prescrevem comportamentos, estabelecendo obrigações, permissões e proibições; os princípios são imediatamente finalísticos por estabelecerem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Em segundo lugar, as regras, quando da justificativa da interpretação e aplicação, dependem da concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma; nos princípios, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido. E, por fim, as regras são preliminarmente decisivas e abarcentes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica; os princípios são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, posto que não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão (ÁVILA, 2004, pp. 63-69).

158

A proposta apresentada neste estudo se assemelha em um aspecto com a Teoria dos Princípios de Ávila, e se distancia em outros três. A semelhança reside no fato de a possibilidade do mesmo dispositivo se apresentar como regra ou como princípio, no que o autor chamou de alternativas inclusivas. Porém, a semelhança se esgota neste ponto.

A primeira diferença diz respeito ao fato de não concordar com a possibilidade simultânea de um dispositivo ser regra e princípio. Um mesmo dispositivo pode funcionar como regra ou como princípio, mas não de forma concomitante; dependerá do contexto e das conexões entre as normas e da própria interpretação quando do caso concreto. O autor brasileiro cita o exemplo da norma constitucional que exige lei em sentido formal para a instituição ou aumento de tributos (ÁVILA, 2004, p. 60). Afirma que é possível examiná-la como regra, porque condiciona a validade da criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmina na provação da lei; mas também é possível examinar a norma como princípio, porque estabelece como devida a realização dos valores de liberdade e de segurança jurídica.



Raramente não se encontra algum valor amparando a norma, qualquer que seja a fórmula de seu enunciado, o que implicaria em reconhecer todas (ou quase todas) as normas como princípio. Porém, a crítica mais relevante diz respeito ao fato de ser impossível uma análise ilhada da norma, seja desacompanhada de outras normas, seja desatrelada ao fato. Quando os legisladores elaboram ou respeitam normas procedimentais para a edição de uma lei tributária, o dispositivo constitucional mencionado pelo autor serve como princípio, na medida em que a razão de ser das normas subjacentes é a referida norma constitucional. No entanto, quando o juiz invalida uma norma que não respeitou a reserva legal, o dispositivo serve como regra. Ou seja, a diferenciação aqui desenhada repele a possibilidade de o dispositivo, ao mesmo tempo, ser regra e princípio.

A segunda diferença diz respeito ao fato de as regras serem descritivas e os princípios finalísticos. O modelo funcional de norma não consegue abranger tal diferenciação, haja vista que todas as normas servem de modelo fim, mesmo as chamadas descritivas são modelos institucionais de decisão, antes de serem deontológicas, ou organizacionais. Para Ávila, conforme vimos, as regras estabelecem obrigações, permissões e proibições, enquanto os princípios estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Ao estabelecer que, em regra, é proibida a pena de morte, o Poder Constituinte almeja que seja alcançado um estado ideal da não punição com a pena capital, o que implica na não diferenciação entre princípios e regras.

O art. 5º, LX da Constituição, estipula que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Partindo dos ensinamentos de Ávila, esta norma é uma regra, pois determina um comportamento ao legislador; não seria princípio, pois indica “o que” deve ser feito. Esse dispositivo indica o que deve ser feito, pois toda norma pretende impor como as coisas devem ser, independentemente de serem princípios ou regras. As regras impõem como as coisas devem ser, tanto quanto o princípio. Assim como princípios determinam o que fazer tanto quanto as regras. No entanto, denota-se que essa norma pode comportar-se como princípio a partir do contexto normativo que estiver inserido e dos vínculos funcionais criados neste contexto.

A terceira diferença reside na constatação de que, em relação à contribuição para a decisão, os princípios são normas com pretensão de complementariedade de parcialidade, enquanto as normas são preliminarmente decisivas e abarcantes. Aqui o posicionamento tem respaldo em Lenio Streck: os princípios, ao contrário do que sustentado por Ávila, são



“principais” e integrais, pois a porosidade reside nas regras. Veja o exemplo da criança que necessitava da doação de parte do fígado de sua mãe para sobreviver. Neste caso, denominado de “Noara”, a mãe tinha 16 anos e a lei espanhola continha uma regra que impedia claramente a doação de órgão por quem tivesse menos de 18 anos. Assim, a resolução do caso fica a cargo dos princípios, e não das regras, que, caso fossem exclusivas e abarcantes, resolveriam a questão pela proibição da doação. Na verdade, “as regras é que são porosas, e os princípios é que servem para fechar a regra.” (STRECK, 2013. pp. 277-278). Complementando, a norma que assume a natureza principiológica, tanto “abre” como “fecha” o determinado sistema normativo.

O sistema normativo é um conjunto ordenado de normas, sendo que umas servem as outras, dentro de sistemas e subsistemas, com uma unidade conferida pela Constituição. A utilidade de se definir a norma em determinados contextos normativos, e dentro dos vínculos funcionais compreendidos, é justamente para que se entenda qual o fim almejado por aquele conjunto normativo que é um modelo referencial. Se a norma está disposta em um determinado contexto normativo, tem uma razão de ser; essa razão de ser é outra norma, que, ao chegar ao ápice do sistema ou subsistema será extraído o princípio. A coordenação vinculativa das normas não pode ser entendida como mera estrutura formal, mas antes de tudo funcional: função garantidora, protetora, concretizadora de direitos.

160

CONCLUSÕES

Em conclusão: norma é gênero que compreende princípios e regras, sendo que, a distinção entre ambos depende da função normativa atribuída ao enunciado, devendo ser compreendido, para tanto, em qual o contexto normativo que a norma está inserida e qual o vínculo funcional da norma com as demais do mesmo sistema (ou subsistema).

Normas (textos normativos) não são ilhas separadas por águas ou vinculadas por pontes. Normas são células (orgânicas) que atuam umas em benefícios das outras, relacionando-se permanente e mutuamente, dentro de um ou mais sistemas ou subsistemas. O ordenamento jurídico é um organismo, que embora abstrato, funciona para um fim. Saber se a norma se porta como princípio é entender se naquele contexto, a norma é protagonista do sistema, ou seja, um modelo referencial-fim que não só permite o agir funcional de outras normas, como também é a razão de ser das funções normativas.

Finalmente, é preciso mencionar, de forma mais específica, que as normas de direito fundamental servem como medida, instrumento, em uma proporção qualificada, em face da posição constitucional que ocupa e pela irrenunciabilidade de seus enunciados (cláusulas pétreas). Explicando melhor: a ordem jurídica brasileira deve ser revestida de normas que consigam enunciar determinados padrões, materiais ou procedimentais. Esses padrões são modelos ideais concebidos por meio de enunciados que serviram de modelos ao cidadão (conformando-se ou não com o padrão) e ao jurista (utilizando o padrão como instrumento de medida para julgamento), logo, a significação normativa de um enunciado em linguagem do direito é ligada à sua vocação instrumental de modelo para os objetos mais diversos. A Constituição consagrou modelos primordiais, padrões guias para a construção da sociedade brasileira.

As normas de direito fundamental se revestem desta característica, muito mais por ser um modelo matriz, do que por seu grau de abstração, sua generalidade ou sua densidade. A norma de direito fundamental, portanto, é o enunciado que serve (função) de modelo matriz para a condução jurídica e política de toda a sociedade, podendo ser caracterizada como princípio ou como regra, a depender do contexto normativo e dos vínculos funcionais construídos ante ao caso concreto.

161

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Sobre principios y reglas*. In *Doxa*, nº 10, 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. Malheiros: 2004.

BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.



DWORKIN, Ronald. *Levando o direito a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDconst, 2011. p. 110. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 01.11.2017.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

JEAMMAUD, Antoine. *A norma jurídica como modelo*. Tradução Fernando Herren Aguillar. In Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Porto Alegre, n. 10, jul. 1994.

JEAMMAUD, Antoine. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

LAPORTA, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. In: Doxa, n° 4, 1987.

LAPORTA, Francisco. *La ley y su justicia*. Tradução A.dela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014.

RAZ, Joseph. *On the Nature of Rights*. In Mind, Oxford University, New Series, Vol. 93, n. 370, Apr. 1984, pp. 194-214. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2254002>. Acesso em 14 nov. 2017.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016.

Submissão: 28/04/2020

Aceito para Publicação: 26/06/2020



RACIONALIDADE NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: DO PARADIGMA DA “BIPOLARIDADE OBJETIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL” À INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA DIGNIDADE HUMANA

RATIONALITY IN THE INDIVIDUAL JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH: FROM THE PARADIGM OF THE “OBJECTIVE BIPOLARITY OF THE MINIMUM EXISTENTIAL” TO THE RESTRICTIVE INTERPRETATION OF HUMAN DIGNITY

Sérgio Cabral dos Reis*

RESUMO: É problemática a judicialização da saúde pública quanto aos casos individuais que, invocando diretamente o texto da Constituição, pleiteiam medicamentos não previstos nas listas oficiais ou serviços e procedimentos não planejados administrativamente. Na esfera judicial, invoca-se, habitualmente, o “paradigma do mínimo existencial”, baseado na máxima da “proteção à dignidade humana”, para fazer frente à tese da reserva do possível. Ocorre que esse critério, por ser extremamente genérico e vago, possibilita a existência de decisões arbitrárias. O intuito deste artigo, nessa perspectiva, é aprimorar, conceitualmente, esse parâmetro decisório, para conferir maior racionalidade às decisões, possibilitando maior controle republicano sobre as mesmas.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde Pública. Mínimo Existencial. Dignidade Humana. Bipolaridade Objetiva.

ABSTRACT: The judicialization of public health is problematic in individual cases that, directly invoking the text of the Constitution, plead medicines not foreseen in official lists or services and procedures not planned administratively. In the judicial sphere, the “existential minimum paradigm”, based on the maxim of “protection of human dignity”, is usually invoked to deal with the thesis of the reserve of the possible. It happens that this criterion, being extremely generic and vague, makes possible the existence of arbitrary decisions. The aim of this article in this perspective is to improve conceptually this decision parameter to give greater rationality to decisions, allowing greater Republican control over them.

KEYWORDS: Judicialization of Public Health. Existential Minimum. Human Dignity. Objective Bipolarity.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Do paradigma do mínimo existencial como paradigma dominante: imprecisão de um conceito. 2 Da visão ampliada do mínimo existencial e sua viabilidade por meio de diálogos interinstitucionais. 3 Da “bipolaridade objetiva” do mínimo existencial como critério adequado à tutela judicial de prestações de saúde pública. 4 Da correta compreensão da máxima da “proteção à dignidade humana” na judicialização da saúde pública: perspectiva da “bipolaridade objetiva” do mínimo existencial Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A complexidade das novas relações de convivência na sociedade contemporânea e o despertar da cidadania, por conta da força normativa da Constituição, acarretaram um significativo aumento da litigiosidade, fazendo com que a jurisdição rompesse com o modelo tradicional e passasse a integrar-se mais diretamente no processo social.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Teoria Crítica *en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Professor de Direito Processual Civil da UEPB. Professor de Direito Processual do Trabalho da Unifacisa. Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT XIII). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA-PB). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba (FESMIP-PB). Professor da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (13ª Região). Endereço residencial: Av. Ingá, 540, ed. Killie de Lamberti, apt. 2201, Manaíra, João Pessoa – PB, CEP 58038-250. E-mail: screis@trt13.jus.br.



Preocupações sociais e inquietações de ordem política, nesse sentido, vêm levando a jurisdição ao desenvolvimento de uma renovada funcionalidade, que tem por bandeira a instrumentalidade do processo e por norte a efetividade do direito material, especialmente dos direitos fundamentais.

A judicialização da saúde pública, nessa perspectiva, termina sendo inevitável, por decorrer do atual modelo constitucional. Os casos mais complexos são aqueles que envolvem medicamentos — normalmente de alto custo — não registrados na ANVISA e os que reivindicam medicamentos com registro, mas ainda não incorporados pelo SUS, sem falar nos procedimentos fora da organização administrativa.

Para esses casos, que são os que dizem respeito às demandas envolvendo prestações não previstas no planejamento governamental e na legalidade ordinária, revelam-se pertinentes os questionamentos principiológicos e estruturais formulados pela doutrina, os quais exigem, por parte da jurisdição, a configuração de um modelo decisório e procedimental que assegure a integridade do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a exigência de respeito à legislação e à separação de poderes, de um lado, e de consideração sobre a organização administrativa, do impacto econômico-financeiro de decisões, de outro, aliada à análise da (in)capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com políticas públicas de saúde e do desnivelamento do acesso à justiça, com quebra da isonomia e do padrão de universalidade exigida nas prestações públicas de direitos sociais, confirmam a tese de que essas prestações de saúde pública caracterizam-se como “litígios estruturais”.

É certo que, diante disso, impõe-se redesenhar um novo modelo de resolução judicial dessas demandas, adaptando-o ao policentrismo de interesses e às outras dificuldades que decorrem da maioria desses processos, mas, atualmente, há um problema urgente a ser resolvido, que é a crescente concessão de liminares.

O entendimento dominante, como se sabe, é no sentido de que a cláusula da reserva do possível só não pode ser invocada pelo governo, quando estiver em jogo a tutela do mínimo existencial. Ocorre que esse critério decisório — não exclusivo, mas essencial no debate —, pelo menos da forma genérica como apresentado pela doutrina e nas decisões judiciais, não se revela adequado, por ser extremamente genérico, propiciando o proferimento de decisões judiciais arbitrárias.

Sendo assim, a proposta deste artigo é sugerir a renovação desse critério, doravante denominado paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, para, amenizando esse problema da imprecisão conceitual, atribuir maior racionalidade às decisões envolvendo prestações individuais de saúde pública.

Nessa perspectiva, como roteiro de investigação, será estudado, inicialmente, o modelo do “mínimo existencial”, principalmente para demonstrar a imprecisão do seu conceito. Em seguida, no capítulo segundo, pretende-se demonstrar que soluções abrangentes, na temática da judicialização da saúde, somente devem ocorrer por intermédio de litigância coletiva. Quanto à litigância individual, objeto do capítulo seguinte, devem-se observar os parâmetros estabelecidos pelo mencionado paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”. Como forma de aperfeiçoar o conceito desse renovado critério decisório, pretende-se estudá-lo, no quarto e derradeiro capítulo, em comparação à cláusula geral de promoção da dignidade humana.

1 DO PARADIGMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PARADIGMA DOMINANTE: IMPRECISÃO DE UM CONCEITO

Uma parte da doutrina defende que, no momento de decidir, tanto por influência da ideologia conservadora quanto por uma perspectiva utópica de transformação da realidade (FREITAS, 2009, p. 65-69), o juiz deve levar em consideração os valores jurídicos impostos pelos textos normativos eventualmente colidentes com a prestação social (que se deseja concretizar), o que indica que, afinal, trata-se de tarefa de “ponderação” ou “sopesamento” entre os princípios envolvidos.

Essa doutrina sustenta que, a não ser quanto ao mínimo existencial, não se reconhecem direitos sociais definitivos (ALEXY, 2011, p. 512), ou seja, os direitos sociais, a exemplo do direito a prestações de saúde pública, como princípios jurídicos que são, não se submetem à lógica do tudo-ou-nada (ALEXY, 2011, p. 502), “são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários” (ÁVILA, 2010, p. 183-184).

Não se concorda, todavia, com essa visão. No que se refere à tutela do direito a prestações de saúde pública, a genérica tese do mínimo existencial, que prevalece

contemporaneamente na doutrina (SARLET, 2012, p. 253-254; GRINOVER, 2009, p. 57; WATANABE, 2011, p. 18-19), não se revela adequada, seja em sua interpretação restritiva, seja na ampliativa.

O problema começa na imprecisão do conceito de “mínimo existencial”, a qual dificulta a concessão de prestações que observem a universalidade isonômica inerente aos direitos sociais e a uma adequada teoria decisória (FONTE, 2013, p. 215). Na realidade, precisa-se ter cuidado com essa genérica tese do mínimo existencial, pois sua imprecisão pode ser utilizada, para negar a prerrogativa à tutela judicial do direito à saúde.

Ademais, mesmo partindo da premissa de que as normas de direitos sociais também são imperativas, não se pode concluir que, se, em uma determinada situação, não existem maiores restrições, inclusive quanto aos limites orçamentários, dever-se-ia conceder o máximo (possível). Não é o caso, pois, a partir de uma adequada interação entre os sistemas jurídico e político, o máximo prestacional não deve ser concedido pela via judicial decisória, porque o sistema político seria corrompido, se a decisão judicial pretendesse conceder o máximo possível em relação à tutela de direitos sociais.

É preciso, portanto, estabelecer um critério decisório que permita um controle objetivo acerca de seus pressupostos, critério esse que também preserve incólume a cláusula da separação de poderes, mantendo intangível o sistema jurídico. Em outras palavras, mesmo em litígios individuais, em que o eventual contato entre o juiz e a parte atrai forte apelo emocional no momento de decidir, gerando a chamada “justiça de misericórdia” (SABINO, 2016, p. 135-142), revela-se essencial delimitar a atuação jurisdicional nas demandas por prestações de saúde pública, para conferir racionalidade, equilíbrio e eficiência ao sistema.

2 DA VISÃO AMPLIATIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA VIABILIDADE POR MEIO DE DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS

Na perspectiva do “mínimo existencial”, pode-se dizer que é possível obter o máximo possível em termos de prestações de direitos sociais, mas em sede de um novo modelo de jurisdição, o dialógico, que, sem ânsia para decisões imperativas, procura lograr solução consensual em processo de natureza coletiva, extraindo o máximo de utilidade da atividade jurisdicional. É por isso que se defende a coletivização das demandas individuais, com a ampliação dos espaços democráticos de debate. É que, nas soluções negociadas coletivamente,

as possibilidades de interpretações que garantam máxima efetividade da Constituição são infinitas, inclusive no que concerne ao critério da universalidade isonômica.

O pensamento jurídico dominante, que, repita-se, refere-se ao genérico paradigma do mínimo existencial como critério adequado à tutela judicial dos direitos sociais, por imposição ideológica do mercado e da desorganização administrativa dos governos, tende a prestigiar apenas os chamados direito civis e políticos. Deve-se adotar, todavia, uma concepção unitária dos direitos humanos, única adequada à complexidade da sociedade contemporânea, reconhecendo entre eles uma unidade de sentido constitucional, uma interligação sistêmica e dialética, a inexistência de diferenças estruturais e uma exigibilidade *prima facie*, sempre dependente das possibilidades reais e jurídicas (SCHÄFER, 2005, p. 70).

Parte da doutrina (SOUSA NETO, 2010, p. 534-535) entende que a atuação judicial na concretização dos direitos sociais circunscreve-se à garantia das condições necessárias ao desenvolvimento do cidadão, não apenas quanto ao mínimo existencial, mas em relação a fatores que permitam a participação de todos quanto à realização de um projeto razoável de vida (autonomia privada) e à formação da vontade coletiva (autonomia pública). Essa regra, naturalmente, aplica-se ao direito à saúde. Ao Estado, em matéria de políticas públicas, não incumbe apenas concretizar o mínimo inerente à vida digna, mas sim, considerando as limitações fático-jurídicas porventura existentes, estabelecer progressivamente a melhoria de condições de desenvolvimento do ser humano, sendo essa a função do Estado pós-moderno.

Esse modelo doutrinário caracteriza o que se denomina, nesta tese, de “concepção ampliativa do mínimo existencial”. Essa perspectiva de análise, todavia, embora correta na perspectiva do direito ao desenvolvimento dos povos (RISTER, 2007; ANJOS FILHO, 2013) e no plano ideal da prestação de políticas públicas (SEN, 2000, p. 18), não se revela adequada para os casos individuais de prestações de saúde pública fora da prévia legalidade ordinária e das listas e prévio planejamento governamental. Nesses casos, é sensível o problema das liminares, e saber, em um caso individual, se a medida proporciona o desenvolvimento das potencialidades humanas, com plenas autonomias privadas e públicas, não é tarefa simples e, o que é mais problemático sob o ponto de vista prático, proporciona um subjetivismo decisório que pode romper com os limites constitucionais em termos de decisão judicial democrática. O “mínimo”, por não ser preciso, pode facilmente se transformar em “máximo” (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p. 202). Precisa-se construir, por isso mesmo, um critério decisório que diminua os espaços de discricionariedade e arbitrariedade decisórias.

Essa visão ampliativa do mínimo existencial, todavia, e isto não custa repetir, deve ser utilizada como meta nos diálogos democráticos e interinstitucionais que devem existir em demandas qualificadas como “coletivas” e “estruturais” (VITORELLI, 2018), para se buscar, ao final, uma solução consensual entre todos os envolvidos (COURTIS, 2014, p. 413-414). Essa negociação coletiva, certamente, deve procurar um parâmetro que assegure a universalidade isonômica em relação ao direito à saúde, ou seja, um critério resolutivo que, na prática, amplie o acesso da maior parte da população a outros bens e serviços de saúde (SARMENTO, 2010, p. 411). De forma direta, a visão ampliativa do mínimo existencial deve ser utilizada para resolver ações coletivas envolvendo políticas públicas de saúde, pois potencializam a autonomia dos cidadãos, mas não deve ser um critério utilizado nos casos individuais, que reclamam outro parâmetro decisório.

É certo que deve haver uma mudança cultural que enfatize um raio de ação para além do mínimo existencial, posição juridicamente possível e desejável constitucionalmente no que se refere à atuação administrativa do Estado. Em outras palavras, na prática, deve-se procurar a máxima eficácia dos direitos sociais, pois não se pode criar hierarquia entre os direitos fundamentais, cuja concepção deve ser formada pela noção de indivisibilidade. Ao Estado, para não incorrer em inconstitucionalidades, incumbe criar condições de efetivo exercício de liberdade, contexto em que a efetivação dos direitos sociais se apresenta como inafastável, já que propicia o desenvolvimento integral da cidadania, ou seja, prepara e condiciona o cidadão para a vida democrática, possibilitando o exercício de suas potencialidades.

Dessa forma, para que não haja retrocesso quanto à dimensão transformadora da realidade social inerente à jurisdição contemporânea, revela-se imprescindível uma postura emancipatória em relação ao mínimo existencial, de viés neoliberal, assegurando aos membros da coletividade, na maior medida do razoável e juridicamente possível, um considerável acesso igualitário aos bens necessários ao desenvolvimento de suas habilidades, para poder participar, com capacidade real de influência, dos debates democráticos travados na arena pública.

Defende-se, por esses aspectos, o fomento de uma renovada cultura administrativa e governamental para além do mínimo existencial, de modo que as promessas constitucionais venham a se tornar realidade, potencializando o exercício da cidadania ativa, tudo sem prejuízo à democracia representativa e à separação dos poderes. No que se refere às decisões judiciais (solução adjudicatória), entretanto, essa perspectiva não se revela constitucionalmente desejável, por acarretar um estranhamento entre os poderes estatais.

É correto, dessa forma, que se pode pensar em um horizonte ampliativo, contudo, no que se refere à tutela do direito fundamental a prestações de saúde pública, apenas quando se estiver na perspectiva de uma solução consensual, principalmente por intermédio de uma ação coletiva, a partir de diálogos interinstitucionais perante os quais serão avaliadas as condições fáticas e jurídicas acerca da efetividade da proposta (SILVA, 2009, p. 205).

Não pode haver proteção individual ou coletiva insuficiente, mas é possível atingir, mediante diálogos entre as instituições e sujeitos envolvidos, uma medida de transformação social (SARLET, 2017, p. 210, 218, 225, 227-228 e 230). Fora dessa hipótese, todavia, precisa-se de prudência, para não se incorrer em ativismo judicial antidemocrático (ABBOUD, 2018, p. 1154), ou seja, se a solução for decisória — fora de uma perspectiva de consenso entre as instituições envolvidas no processo coletivo —, deve-se buscar a medida que melhor otimize o direito à saúde dentro das condições fáticas e jurídicas que lhe são impostas (ALEXY, 2011, p. 90-91). É o que se tentará desenvolver nos tópicos que se seguem.

170

3 DA “BIPOLARIDADE OBJETIVA” DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO ADEQUADO À TUTELA JUDICIAL DE PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA

Se, provavelmente, a judicialização da saúde pública tem como causa o mau funcionamento do sistema político, em que os cidadãos poderiam exigir de seus legítimos representantes fiscalização efetiva e prioridades nas escolhas orçamentárias e nas ações de governo sobre políticas públicas de saúde, pode-se dizer que a sua consequência atual mais marcante é a crescente concessão de liminares pelos juízes, principalmente nos casos individuais que, invocando diretamente o texto da Constituição, pleiteiam medicamentos não previstos nas listas oficiais ou serviços e procedimentos não planejados administrativamente.

Pode-se dizer que existem três espécies de demandas por prestações de saúde pública: a) as que envolvem medicamentos não registrados na ANVISA (Agência Nacional de



Vigilância Sanitária), tema já enfrentado pelos tribunais superiores (STJ¹ e STF²); b) as que reivindicam medicamentos com registro, mas não incorporados pelo SUS (Sistema Único de Saúde), tema que também tem precedente do STF³; e c) as que pleiteiam tratamentos incorporados ao SUS, mas não chegaram ao paciente por má gestão administrativa.

São esses casos que inspiraram esta pesquisa, com especial destaque para os dois primeiros, que são mais complexos e não raramente resultam em abalo na relação interinstitucional entre a jurisdição e o governo. Quanto ao terceiro, ou seja, das demandas judiciais que versam sobre serviço ou medicamentos prometidos pelo sistema, a solução é relativamente simples, pois basta que a jurisdição faça valer os princípios da isonomia e legalidade.

Tem-se defendido “o mínimo existencial correspondente ao núcleo essencial dos

¹ O STJ — Tema 106 de Recurso Repetitivo (REsp n.º 1.657.156) —, em 2018, decidindo sobre a obrigatoriedade, ou não, de o Poder Público fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, fixou a seguinte tese: “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.”

² O STF, por sua vez, em 2019, também enfrentou a temática que trata de medicamentos “não registrados na ANVISA”, tendo como foco o controle sanitário, segurança e eficácia de fármacos não disponíveis no mercado brasileiro. Nesse julgado — Tema 500 de Repercussão Geral (RE 657.718) —, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.” Assim, conforme o STF, a regra é que não existe obrigação do Poder Público dispensar medicamento não registrado na ANVISA. Ademais, também restou definido que, preenchidos os requisitos para determinação judicial de fornecimento do medicamento, o ente público que deverá arcar com os custos é a União. Definiu-se, finalmente, que tratamentos não realizados no Brasil também não podem ser custeados pelo Poder Público.

³ Ainda faltava decidir a respeito da questão dos medicamentos de alto custo, fármacos “registrados na ANVISA”, portanto disponíveis no mercado brasileiro, mas não incorporados à política pública de dispensação gratuita do SUS, e, particular, no dia 11/03/2020, o STF — Tema 006 de Repercussão Geral (RE 566.471) — também definiu que não existe, para o Poder Público, a obrigação de fornecer medicamentos não constantes das listas de dispensação do SUS. Excepcionalmente, todavia, é possível, desde que sejam satisfeitas as seguintes condições: a) quando houver comprovação de hipossuficiência financeira; b) quando houver laudo médico comprovando a necessidade do medicamento; c) quando os laudos forem elaborados por perito de confiança do magistrado (ou pelos núcleos judiciais de saúde instaurados em alguns tribunais); d) quando os laudos estiverem fundamentados na medicina baseada em evidências científicas; e) quando houver prova de que não há substituto terapêutico ou mediamente similar já dispensado pelo SUS; f) quando o medicamento esteja em análise para incorporação ao SUS e o prazo para análise tenha extrapolado. Assim, excepcionalmente, é possível que algum cidadão possa receber um medicamento de alto custo que não consta na lista.

direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública” (BARROSO, 2017, p. 290).

Observe-se que essa genérica tese do mínimo existencial parece ser a tendência legislativa, inclusive com suporte na dignidade da pessoa humana. No particular, preconiza o art. 7º do Projeto de Lei (PL) nº 8.058/2014⁴, que pretende instituir o processo especial para o controle das políticas públicas e sua intenção pelo Poder Judiciário:

Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.
Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Nessa perspectiva, “*mínimo existencial* é o conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata” (COSTA, 2017, p. 400). Há, conforme a doutrina (TORRES, 2009, p. 90-94), teorias absoluta, relativa e intermediária acerca do mínimo existencial. Pela teoria absoluta, não há exceção: enquadrada a situação no mínimo existencial, deve-se deferir a medida judicial pleiteada. Se o medicamento pleiteado, por exemplo, estiver na listagem do SUS, a tutela judicial é medida que se impõe. A teoria relativa, por sua vez, advoga a tese de que não é possível saber aprioristicamente o conceito de mínimo existencial, o que só pode ocorrer por intermédio da máxima da proporcionalidade, ponderando (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito), no caso concreto, a viabilidade da medida judicial. Finalmente, para a teoria intermediária ou mista, algumas situações não podem ser excepcionadas da tutela judicial do mínimo existencial, ao passo que, para outras, podem.

Todavia, propõe-se, neste estudo, pelos motivos expostos, uma alternativa à genérica tese do mínimo existencial, pelo menos no que concerne à tutela individual do direito a prestações de saúde pública. Já se pensou, anteriormente, em sua superação (REIS, 2014, p. 276-290), mas, revendo essa posição, considera-se que essa expressão encontra-se consagrada na doutrina e jurisprudência, e o que se precisa, na realidade, é de uma remodelação do conceito para a realidade brasileira, a fim de permitir maior controle quanto à sua aplicação. Nesse

⁴ Para consulta, Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918

sentido, essa alternativa conceitual não deve ostentar os mesmos problemas identificados acima, especialmente quando o conceito proposto no PL n° 8.058/2014⁵ revela-se demasiadamente vago e abstrato.

A tese, que envolve essencialidade da pretensão, pode ser separada da seguinte forma:

a) o juiz só pode decidir nas situações em que o diálogo processual não seja possível, isto é, nas situações de extrema urgência em relação à saúde dos jurisdicionados; b) o deferimento da medida de urgência satisfativa deve centrar-se, ao lado dos demais parâmetros decisórios — que não foram estudados neste texto —, na possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação à saúde dos jurisdicionados, inclusive quando o caso envolver prestações atípicas. “Prestações atípicas”, em matéria de saúde pública, são produtos e serviços que não fazem parte das atribuições legais sanitárias. São exemplos colhidos na jurisprudência: a) absorvente; b) achocolatado; c) adesivo; d) adoçante; e) água (de coco e mineral); f) álcool etílico; g) amido de milho; h) antisséptico bucal; i) bebida baseada em soja; j) colchão; k) condicionador; l) farinha; m) filtro de água; n) fraldas variadas; o) hidratante; p) lanceta para coleta de sangue capilar; q) leites variados; r) óleos; s) pilhas; t) órteses e próteses; u) sabonetes; v) xampu; x) travesseiro (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p. 142-144). Logo, se não há possibilidade de causar dano irreversível ou de difícil reversibilidade, a medida pleiteada deve ser indeferida; c) fora das situações de urgência, somente é possível julgar a causa e proferir sentença condenatória, caso todos os parâmetros decisórios estejam presentes, o processo, em princípio, tenha sido coletivizado, e tenham sido esgotadas todas as tentativas de solução consensual; d) é possível também deferir a medida, especialmente nas situações de urgência envolvendo doenças raras ou genéticas, quando a decisão acarretar significativa qualidade de vida para o jurisdicionado.

Há, como se observa, duas perspectivas para o mínimo existencial: uma “negativa”, relacionada à análise das consequências para o jurisdicionado, caso a medida seja rejeitada, e outra “positiva”, que deve ser verificada, pela via oposta, considerando as consequências decisórias, na hipótese de deferimento (REIS, 2018).

Na primeira perspectiva, o juiz deve responder à seguinte indagação: “caso a tutela seja negada”, o jurisdicionado sofrerá, comprovadamente, dano irreparável ou de difícil reparação em sua saúde? Se a resposta for positiva, a medida inibitória deve ser deferida, desde que,

⁵ Para consulta, Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918



naturalmente, preenchidos os demais parâmetros decisórios. Na segunda perspectiva, a indagação tem direção oposta: “se a tutela for deferida”, o jurisdicionado terá aumento significativo em sua qualidade de vida? De igual forma, se a resposta for positiva, o pedido deve ser atendido. Essa segunda visão do fenômeno normalmente se destina ao jurisdicionado portador de doença rara, crônica ou genética (REIS, 2018).

Essas duas perspectivas — polos “negativo” e “positivo” — formam o que se chama, neste estudo, de “bipolaridade do mínimo existencial”, conceito esse que, superando as críticas principiológicas e institucionais contra a judicialização da saúde pública, considera o direito à prestação de saúde suscetível a ser, desde logo, atendido pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário.

Observa-se, neste momento, que a fixação de critério objetivo, para o deferimento de medida judicial em demandas de saúde pública, acarretará efeitos jurídicos e políticos. Juridicamente, como já se ressaltou neste estudo, o critério apontado acima acarretará maior racionalidade decisória e, com efeito, possibilitará um controle mais efetivo e concreto das decisões judiciais, que não poderão mais utilizar fórmulas retóricas e abstratas desconectadas dos fatos da causa.

Ademais, conferindo maior segurança jurídica à judicialização da saúde e não sendo o caso de vedada proteção insuficiente (BERIZONCE, 2010, p. 55-56), esse critério restritivo dificilmente acarretará a suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público. O instituto encontra-se disciplinado em diversos dispositivos e diplomas normativos, a exemplo do art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347/1985⁶, do art. 4º da Lei nº 8.437/1992⁷ e do art. 15 da Lei nº 12.016/2009⁸. Esse regramento aplica-se à tutela provisória contra a Fazenda Pública, por incidência do art. 1º da Lei nº 9.494/1997⁹ e do art. 1.059 do CPC¹⁰. É que o pressuposto da urgência decisória, se devidamente comprovado, revelar-se-á insuperável e impedirá o provimento desse incidente cautelar (CUNHA, 2016, p. 606), pois, diante da necessidade de tutela da própria dignidade do paciente, provavelmente não haverá que se falar em grave lesão à saúde e à economia públicas (VENTURI, 2017, p. 215 e 222).

Constata-se que, enquanto nas demandas individuais é preciso que o governo demonstre

⁶ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm

⁷ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18437.htm

⁸ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm

⁹ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm

¹⁰ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

e comprove a existência de concreto risco de lesão ao interesse público (RODRIGUES, 2017, p. 181-182 e 240), para que a decisão tenha sua execução suspensa, nas demandas coletivas, a perspectiva se inverte, pois, em uma espécie de cautela inversa (VENTURI, 2017, p. 407-408), se restar demonstrado que há risco de graves danos irreparáveis ou de difícil reparação à saúde da coletividade, a decisão judicial deve ter a sua eficácia mantida. O mesmo raciocínio, aliás, deve ser estabelecido para a hipótese de a decisão acarretar significativo aumento da qualidade de vida à parte da população portadora de doença rara ou genérica.

Por outro lado, impõe-se notar que o critério proposto acima, o da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, acarretará, sob a perspectiva política, um novo arranjo social. É que a sociedade civil, percebendo que o Poder Judiciário não solucionará todos os seus problemas na área de saúde pública, naturalmente deverá se mobilizar, para pressionar o governo por melhorias na prestação dos serviços na arena própria, que são os palcos políticos. Nesse sentido, a sensível questão da saúde pública, por intermédio desse novo critério de racionalidade decisória, contribuirá, em certa medida, para a reorganização do arranjo democrático (LEITE, 2014, p. 23 e 25), estimulando o exercício de cidadania ativa, vigilante e engajada quanto à fiscalização das omissões governamentais.

É lógico que, como é próprio da linguagem, há também vagueza, imprecisão e ambiguidade em expressões como “grave dano”, “difícil ou impossível reparação”, “dano irreversível” ou “melhorar substancialmente a qualidade de vida do jurisdicionado”, mas também é certo que esses aspectos de insegurança são bem menores do que a concepção que não delimita minimamente o conceito de “mínimo existencial”.

Nessa perspectiva, impõe-se ao juiz delimitar, na decisão (art. 489, § 1º, do CPC¹¹), qual foi o dano evitado, a probabilidade de sua ocorrência e as características que o qualificariam, no caso, como irreversível. Da mesma forma, nos fundamentos da decisão, se for o caso, devem constar os aspectos da qualidade de vida do jurisdicionado os quais, a partir da medida, seriam potencializados como também os elementos mínimos de prova nesse sentido. Esses aspectos, não custa insistir, tornam a decisão mais racional e controlável, evitando decisionismos subjetivistas.

É notório que o “paradigma da bipolaridade objetiva do mínimo existencial” não deve ser analisado isoladamente. Outros aspectos devem ser aferidos na demanda individual, a

¹¹ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

começar pela análise da real existência de recursos disponíveis e do impacto ou das consequências financeiras da decisão sobre a continuidade na prestação dos serviços públicos de saúde da localidade. Por outro lado, impõe-se ao juiz verificar se o contexto da prestação pretendida atentará contra o ideal de universalização e igualdade inerente aos direitos sociais. Ademais, deve o juiz aferir se o jurisdicionado dispõe de recursos próprios para arcar com o tratamento, pois, como o orçamento estabelece um limite, as prestações do sistema público de saúde devem ser priorizadas para os cidadãos economicamente hipossuficientes. Na mesma linha de raciocínio, deve o juiz dar preferência ao tratamento fornecido pelo governo, se for menos custoso aos cofres públicos. Dessa forma, o juiz deve dar preferência ao procedimento ofertado pelo governo, prestigiando-o em sua aptidão técnica, inclusive no que se refere à comprovação de eficácia da prestação pretendida, atestada pelo órgão oficial. Enfim, são diversos os fatores racionais que devem ser enfrentados pelo juiz no momento da decisão, principalmente fundada no imperativo da urgência.

Impõe-se reafirmar que esses parâmetros decisórios devem ser aferidos, inclusive, se for o caso, com o auxílio das novas tecnologias da informação (dados estatísticos, jurimetria etc.), nas hipóteses em que o diálogo interinstitucional esteja inviabilizado, normalmente por se tratar de uma situação de urgência em relação à tutela da saúde do jurisdicionado. Nesses casos, não se pode mais duvidar de que as tutelas sumárias de direito não se revestem mais de posição de excepcionalidade no sistema jurídico. Para as tutelas satisfativas, que podem ser viabilizadas pela técnica antecipatória, inclusive com possibilidade de estabilização, a busca pela coisa julgada material já não é mais uma imposição. Além disso, a possibilidade de obtenção de um provimento fundado na urgência faz parte da noção mínima de justo processo, constituindo uma garantia do cidadão também contra a Fazenda Pública, especialmente quando envolver a proteção da sua saúde.

176

4 DA CORRETA COMPREENSÃO DA MÁXIMA DA “PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA” NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: PERSPECTIVA DA “BIPOLARIDADE OBJETIVA” DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Observe-se também que, como a doutrina tem defendido que “o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana” (BARROSO, 2013, p. 87; BITENCOURT NETO, 2012, p. 160), é importante também agregar uma concepção minimamente objetiva da própria noção de

dignidade humana a essa nova visão do mínimo existencial em matéria de judicialização da saúde pública. Em outras palavras, como se trata de fundamento recorrente dos julgados que tutelam judicialmente prestações de saúde pública, revela-se essencial fixar uma interpretação adequada da cláusula da proteção à dignidade humana. Afinal, uma determinada ordem jurídica, para vencer o teste de legitimidade substancial, deve priorizar a pessoa em detrimento do Estado (MITIDIERO, 2017, p. 25).

Trata-se de “princípio” (SARMENTO, 2016, p. 99) normativamente protegido na esfera internacional (RAMOS, 2017, p. 76-77) e base axiológica da democracia (RABENHORST, 2001, p. 46-49), que reclama, como preleciona Nussbaum (2013, p. 197), consideração e respeito à pessoa humana independentemente de sua capacidade e condição (física, psicológica, econômica etc.). Todavia, esse espectro normativo da dignidade humana tem conteúdo relativamente indefinido.

Ilustrativamente, observa-se que, para José Afonso da Silva (1998, p. 92), a dignidade da pessoa humana é o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, ou seja, trata-se do epicentro axiológico da ordem jurídica. Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 105-147), por sua vez, compreende o conteúdo da dignidade da pessoa humana a partir de quatro princípios: a) igualdade; b) integridade física e psíquica; c) liberdade; d) solidariedade. Luís Roberto Barroso (2013, p. 72) sustenta que a dignidade é um princípio cujo conteúdo mínimo pode ser compreendido em três perspectivas: “valor intrínseco” de todos os seres humanos, assim como a “autonomia” de cada indivíduo, que pode ser limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (“valor comunitário”). Já Daniel Sarmento (2016, p. 98) atribui à dignidade humana os seguintes componentes: a) valor intrínseco da pessoa; b) autonomia; c) mínimo existencial; d) reconhecimento intersubjetivo. Na doutrina estrangeira, Habermas (2012, p. 17) advoga que “a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito”.

Como se percebe, apesar de ser um tema bastante estudado, ocupando lugar de destaque no discurso jurídico contemporâneo, o princípio da dignidade humana nem sempre é devidamente delimitado (SARMENTO, 2016, p. 320-321), o que tem permitido, na prática judiciária, a ocorrência de decisionismos de difícil controle, por conta da ampla vagueza dessa expressão, tornando-a uma “fórmula vazia”, que, se serve para tudo, não serve para nada (ASCENSÃO, 2011, p. 38 e 40). No campo da judicialização da saúde, por exemplo, nem



sempre os juízes utilizam uma fundamentação contextual dotada de racionalidade, pois a usam como mero reforço teórico para uma solução previamente tomada, ou seja, sem analisar o contexto do caso.

As funções da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico também são amplas. Defende-se, por exemplo, que essa cláusula normativa pode ser utilizada para “fundamentar a criação judicial de novos direitos”, “formatar a interpretação adequada das características de um determinado direito”, “criar limites à ação do Estado” (eficácia negativa) e “fundamentar o juízo de ponderação e escolha da prevalência de um direito em prejuízo do outro” (RAMOS, 2017, p. 79-80). Como se percebe, são vários aspectos funcionais que se podem atribuir à dignidade humana, sendo certo que o seu uso abusivo pode acarretar a sua banalização conceitual.

Por isso, no que interessa a este estudo, revela-se absolutamente necessária a delimitação do conceito de “dignidade humana”, para facilitar a sua utilização, pelo menos nas questões relativas à judicialização da saúde pública, como parâmetro objetivo de controle da ação estatal, inclusive na perspectiva de funcionar, simultaneamente, como limite e tarefa (SARLET, 2009, p. 32; SARMENTO, 2008, p. 89). Assim, em um contexto de escassez de recursos, necessidades sociais intermináveis em relação aos bens de saúde pública e de imperativo de observância da universalidade na tutela estatal, impõe-se adotar, como fundamento adequado do paradigma do mínimo existencial, uma interpretação restritiva da proteção à dignidade humana.

Observa Sarlet (2017b) que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF), em 11 de maio de 2017, adotou posição similar no sentido de que o direito subjetivo a prestações originárias na área da saúde, o qual decorre diretamente da invocação do texto constitucional, reveste-se de natureza excepcional. Nesse sentido, entendeu-se que, similarmente à situação de um efetivo estado de necessidade, só é possível a concessão judicial de determinada medida, quando restar comprovada uma situação de grave risco para a vida humana e inexistir alternativa compatível no catálogo de procedimentos e tratamentos do seguro público de saúde.

Essa perspectiva indica que a cláusula da proteção à dignidade da pessoa humana, no contexto da judicialização da saúde pública no Brasil, deve ser interpretada restritivamente. Isso não significa, todavia, que o espaço de ação judicial se limite a garantir o mínimo necessário à “sobrevivência do paciente”. Pelo contrário, o parâmetro decisório afasta qualquer critério que, no caso, imponha a “coisificação do ser humano” (BARRETO, 2013, p. 66 e 74), ou que permita



a degradação da pessoa (SARLET, 2009, p. 36), sem prejuízo de também evitar a naturalização da insensível tese das “escolhas trágicas” (GALDINO, 2005, p. 347; AMARAL, 2010, p. 17-18). De acordo com essa tese, como se sabe, há impedimento à atuação judicial nas questões de saúde pública, pois se deposita na discricionariedade do Legislador, por intermédio do sistema orçamentário, a eleição de prioridades de gastos públicos, a serem concretamente implementadas, em curto e médio prazos, pelo Executivo (NUNES; SCAFF, 2011, p. 105).

No paradigma da “bipolaridade do mínimo existencial”, o respeito à dignidade humana, que deve ser sempre aferido a partir de uma determinada realidade concreta (TEPEDINO, 2016, p. 18), também é visto na perspectiva de provocar um “significativo aumento na qualidade de vida do paciente”, tratando-o com consideração e respeito. Além disso, “se o paciente puder sofrer dano irreparável ou de difícil reparação em sua saúde”, a medida judicial, como já dito, deve ser deferida.

Tudo isso, não custa enfatizar, para que o paciente não seja tratado, no caso concreto, como um “objeto descartável”, afinal, deve-se perceber que há um vínculo radical entre a dignidade do ser humano e sua absoluta irrepetibilidade (RIDOLA, 2014, p. 112). Observa-se, desse modo, que o conceito adequado de “mínimo existencial” deve ser aferido com base no respeito à dignidade da pessoa humana não de forma abstrata ou apriorística, mas no plano concreto, a partir do indivíduo para o Estado (SABINO, 2016, p. 231 e 233).

Impõe-se perceber, nesse contexto, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170 da CF), que assume relevância na identificação e fundamentação dos direitos sociais, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, pois se trata de uma norma jurídico-positiva (SARLET, 2004, p. 70), com plena eficácia nos casos concretos (COMPARATO, 2010, p. 70-80). Em outras palavras, não se pode mais visualizar a dignidade da pessoa humana como manifestação do direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana; pelo contrário, atualmente, a máxima do respeito à dignidade do ser humano fundamenta a própria cidadania e a ação estatal, conferindo unidade material à Constituição, para afastar soluções de casos concretos compromissadas apenas com a abstração e o formalismo (BONAVIDES, 2008, p. 230-234).

O respeito à dignidade da pessoa humana, como se sabe, aparece como o valor central do Estado Democrático de Direito, o seu fim precípua (SARMENTO, 2008, p. 87), que molda os direitos fundamentais (SARLET, 2004, p. 103), e deve, por isso mesmo, constituir a base da argumentação tópica, recomendada para os casos de tutela de urgência relacionados a

prestações de saúde pública, já que propõe, a partir de questionamentos contextuais e de racionalidade decisória, a descoberta mais razoável para a solução de um caso jurídico. Assim, embora seja possível estabelecer parâmetros na atuação judicial, acredita-se que soluções pré-fabricadas ou genéricas, mesmo que com bases teóricas sólidas, devem ser vistas com extrema cautela, pois o princípio da dignidade da pessoa humana sempre deve prevalecer no caso concreto.

Como premissa básica, impõe-se observar, com base na lição de Clémerson Merlin Clève (2006, p. 29), que, em vez de uma “dogmática da razão do Estado”, deve-se preferir uma “dogmática constitucional emancipatória”, que tem por objetivo primordial estudar o texto constitucional à luz da “dignidade da pessoa humana”, ou seja, uma dogmática focada não no Estado, mas, antes, na pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. E não poderia ser diferente, pois, conforme elucida José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 120), “a força emancipatória do discurso dos direitos humanos tem antes um alicerce na construção de uma cultura ou consciência de dignidade, de tolerância e de valor do ser humano, como ser autônomo e como membro de uma sociedade”.

Observe-se que o art. 8º do CPC/2015¹² não ajuda nessa missão, pois a sua redação utiliza apenas conceitos absolutamente indeterminados. De acordo com esse dispositivo, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Disposições normativas dessa natureza, a despeito de orientar o comportamento judicial, podem acarretar decisionismos arbitrários, quando não se tem consciência dos limites éticos e institucionais que são impostos ao exercício da jurisdição. Apenas para ficar no tema em apreço, o que significa “promover a dignidade da pessoa humana”? Como é consensual a proteção à dignidade humana, a possibilidade de haver subjetivismos autoritários é evidente (FRIAS; LOPES, 2015, p. 649-670). Sendo assim, repita-se, revela-se fundamental delimitar o que se entende por “violação à dignidade humana”, para se caminhar em direção às excepcionais situações em que a jurisdição pode interferir em políticas públicas, especialmente, no que tange ao objeto deste estudo, as prestações de saúde.

¹² Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

Em outras palavras, deve-se buscar uma concepção de dignidade humana compatível com um cenário de escassez de recursos e de responsabilidade institucional da jurisdição, que, além de respeitar os espaços da política, não pode privilegiar desarrazoadamente alguns cidadãos em detrimento de outros. Nesse sentido, pode-se dizer que a clássica ideia iluminista de Kant (1980, p. 74-79) permanece atual, no sentido de que a dignidade é a característica do que não tem preço, tornando o cidadão um ser racional dotado de autonomia e um fim em si. Em sentido restritivo, há violação à dignidade, quando uma pessoa é considerada como um objeto ou uma mercadoria, ou seja, não é tratada como um ser humano que, por isso mesmo, merece igual consideração e respeito.

É inegável que existe uma função substancial da dignidade da pessoa humana (*status positivo*), mas, para fins deste trabalho, a sua dimensão normativa somente pode agregar fundamento a uma prestação de saúde pública, quando houver violação à sua função tradicional, ou seja, de proteção ou garantia de defesa. Sendo assim, presentes os outros critérios decisórios — não estudados neste momento —, uma tutela de urgência, invocando o direito à saúde diretamente da Constituição, somente poderia ser deferida, se o jurisdicionado fosse tratado como um mero objeto descartável diante de situações que pudessem comprometer a ideia de igual consideração e respeito à sua expectativa de autonomia. Nessas situações, não pode haver insensibilidade estatal e invocação da tese da reserva do possível.

É inegável que os aspectos relacionados à visão ampliada da cláusula da dignidade humana são compatíveis com a ideia de Estado Democrático de Direito e constituem um norte no processo estatal de transformação da realidade social, mas, como já adiantado, defende-se que é mais adequada, para os casos nas hipóteses de judicialização de prestações de saúde pública, a utilização de um conceito restritivo, pois o conceito ampliativo pode acarretar ativismos judiciais antidemocráticos e até mesmo antirrepublicanos.

Apesar de os direitos sociais serem direitos *prima facie* (PULIDO, 2013, p. 300-305), impõe-se estabelecer determinados *standards* decisórios que garantam uma racionalidade mínima na condução dos processos judiciais. Por isso, defende-se a utilização da ideia básica da dignidade humana, no sentido da impossibilidade de um ser humano ser tratado como um objeto descartável ou uma mera mercadoria comercializável e desprezível, ideia essa que possibilita a construção de um critério decisório dotado de imparcial universalidade (GÜNTHER, 2011, p. 10), possibilitando, na prática, a satisfação do anseio de “igual consideração e respeito”.



É certo que há, na doutrina, quem defenda que o critério adequado para conceituar a dignidade humana está relacionado apenas à ideia de autonomia, no sentido de que ninguém deve ser tratado como tendo mais valor do que outras pessoas e que se devem dar condições, para que as pessoas desenvolvam e exerçam a sua capacidade de escolha (FRIAS; LOPES, 2015, p. 667-668). Para os fins deste estudo, todavia, essa lição não se revela adequada, pois, embora a eliminação desses problemas tenha sido o intento de seus autores, não há “objetividade relativamente controlável”, e, sobretudo, o foco na autonomia dos cidadãos pode proporcionar decisões ativistas, que extrapolam os limites do sistema jurídico. Sendo assim, não custa repetir, é a ideia de respeito à dignidade como vedação de tratamento do ser humano como um “objeto” ou “mercadoria descartável” que permite o controle das decisões judiciais e impede omissões injustificáveis do governo em matéria de prestações de saúde pública. É com base nessa ideia que, nas demandas por prestações de saúde pública, deve-se analisar o paradigma do mínimo existencial.

Derradeiramente, deve-se investigar se a tese apontada acima fere o princípio da vedação do retrocesso social. Em outros termos, a utilização do critério da bipolaridade objetiva do mínimo existencial encontra obstáculo intransponível no princípio da vedação do retrocesso social? Entende-se que não. Genericamente, como a própria expressão sugere, há retrocesso social, se as conquistas sociais retrocedem. Ora, pelo que se pretende à luz do novo critério, não é isso que possivelmente se verificará, pois, diante de parâmetros que darão maior racionalidade ao procedimento decisório de políticas públicas de saúde, estas atingirão o seu objetivo de universalidade igualitária com mais eficácia. Em outros termos, mais cidadãos serão atingidos por essas medidas, inclusive no plano das políticas preventivas, além de assegurar a isonomia quanto à tutela judicial. Esse previsível quadro, se comparado à situação atual, significa um avanço democrático, e não um retrocesso. Deve-se recordar que, quanto aos direitos sociais, o critério da universalidade deve prevalecer sobre raciocínios meramente individuais e isolados.

182

CONCLUSÕES

Conforme foi visto ao longo deste estudo, sugeriu-se, como forma de amenizar as consequências desastrosas da judicialização da saúde para os sistemas jurídico e político, uma interpretação restritiva do conceito de dignidade humana, que fundamenta o paradigma do “mínimo existencial”.

É certo que a concepção de dignidade humana se caracteriza pela multidimensionalidade e se trata de princípio estruturante e fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse sentido, o Direito pode ser um instrumento de emancipação das pessoas, tornando-as cidadãs e, com efeito, sujeitos concretos que merecem consideração e respeito, jamais podendo ser tratadas como objeto da Política.

Todavia, em virtude de sua alta indeterminação e vinculação a uma ordem de valores aberta e plural, é imperioso que, no processo de compreensão e aplicação do princípio da dignidade humana, não busque o juiz projetar em seu conceito visões de mundo particulares, ideologicamente sectárias e condicionadas, no sentido de uma leitura meramente moralista. Por conta disso, impõe-se delimitar o seu conceito, atribuindo-o, para os casos de demandas judiciais por prestações de saúde pública, maior objetividade e, com efeito, margem para controle.

Desse modo, reconhece-se, neste estudo, que o art. 7º do PL nº 8.058/2014¹³ peca pela amplitude, possibilitando a banalização do instituto e a prática de decisões arbitrárias, estimulando o casuísmo.

Como a utilização indiscriminada de um conceito aberto pode gerar, como consequência mais nefasta e patente, a debilidade de sua força argumentativa, impõe-se procurar, no sistema jurídico, um critério adequado para orientar os juízes na superação do argumento da reserva do possível aduzido nas demandas por prestações de saúde pública.

Propõe-se, nessa perspectiva, a partir de uma visão que impede interpretar que qualquer ser humano não pode ser tratado como uma mercadoria descartável, o paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, que, como visto, pode ser analisado sob duas perspectivas: uma “negativa” e outra “positiva”.

Em sua perspectiva negativa, o mínimo existencial reclama do juiz uma avaliação acerca dos efeitos sob a saúde do paciente, na hipótese de negar o pedido. Se restar comprovado que o indeferimento da medida tende a causar “dano irreparável” (irreversível) ou de “difícil reparação”, a solução deve ser o deferimento. Sob o ângulo positivo do mínimo existencial, o juiz deverá analisar se o deferimento da medida acarretará, para o jurisdicionado, “significativa melhoria em sua qualidade de vida”, critério esse que normalmente é considerado nas ações

¹³ Para consulta, Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918

judiciais que versam sobre tratamentos de doenças raras, crônicas ou genéticas, prolongados por natureza e, com efeito, economicamente mais dispendiosos.

É inegável que não há fechamento argumentativo, pois são conceitos indeterminados que se incorporam à noção de “mínimo existencial”, mas também é certo que esses *standards* decisórios, por permitirem um maior controle junto às demais instâncias judiciais, atraem para a expressão maior objetividade e racionalidade.

Sendo assim, fora dos casos vinculados ao paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, deve haver, por parte do juiz, deferência à solução previamente proposta pelo legislador, a menos que haja uma inconstitucionalidade clara ou evidente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. “O ‘fundamento do direito’: entre o direito natural e a dignidade da pessoa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. LII, n. 1 e 2, p. 29-43, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. “Vinculação da administração pública ao mínimo existencial”. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Luísa Cristina Pinto e Netto e Eurico Bitencourt Neto coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. “A dignidade da pessoa humana”. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, v. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação história dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

COURTIS, Christian. “Políticas sociais, programas sociais e direitos sociais”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Vol. 1. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Lorena. *Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito*. Recife: Bagaço, 2009.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. “Considerações sobre o conceito de dignidade humana”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 22, p. 649-670, jul./dez. 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. Tradução de Denilson Luís Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REIS, Sérgio Cabral dos. *Tutela jurisdicional nas demandas por prestações de saúde pública: o juiz como interlocutor social e democrático*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

REIS, Sérgio Cabral dos. “Tutela judicial dos direitos sociais: para além do mínimo existencial na jurisdição constitucional democrática”. *O mundo do trabalho e as novidades normativas na perspectiva da magistratura e do ministério público: estudos em homenagem a Arnaldo Süssekind*. Gérson Marques e Ney Maranhão coordenadores. São Paulo: LTr, 2014.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o ‘princípio liberdade’ na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos sociais como direitos subjetivos: a nova decisão da corte alemã”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema>>. Acesso em: 02 jun. 2017 (b).

SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – algumas aproximações e alguns desafios”. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. Salvador: JusPODIVM, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. “O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa”. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contra o poder público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 284, ano 43, p. 333-369, out. 2018.

WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

Submissão: 12/05/2020

Aceito para Publicação: 10/07/2020



CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA NO BRASIL: UM “HORÁRIO DESPROTEGIDO” NA TV ABERTA E A PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

PARENTAL ADVISORY RATING IN BRAZIL: AN “UNPROTECTED TIME” ON OPEN TV AND THE FULL PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Rômulo Magalhães Fernandes*

RESUMO: Este artigo versa sobre a liberdade de informação dos meios de comunicação e a proteção integral de crianças e adolescentes, duas normas amplamente asseguradas no texto constitucional, que, por vezes, estabelecem uma relação de tensão ao tratarem do tema da regulação da mídia por meio da Classificação Indicativa. Nesse cenário, o objetivo principal deste texto é discutir a aplicação de um “horário protegido” na grade de programação da TV aberta, particularmente, após a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.404 pelo STF e a edição da Portaria 1.189 pelo Ministério da Justiça; assim como a relação entre a liberdade de informação jornalística e o dever de proteção de crianças e adolescentes como normas articuladas de uma mesma ordem constitucional. Metodologicamente, o texto possui uma abordagem qualitativa e de caráter dedutivo, estruturada sob a forma de análise bibliográfica, com ênfase, no Direito Constitucional e no Direito de Crianças e Adolescentes. Em geral, conclui-se que, apesar do esvaziamento do papel do Estado na consolidação de um “horário protegido” e a maior liberalização da grade de programação da televisão aos ditames do mercado e da audiência, a Classificação Indicativa não perdeu seus fundamentos históricos sobre a defesa da qualidade da programação, ou seja, da necessidade de respeito aos direitos humanos pelas empresas concessionárias de serviço público de radiodifusão. Ademais, mesmo quando conteúdos midiáticos não estão abarcados pelas regras da Classificação Indicativa, esses não deveriam ficar imunes à observância de outros parâmetros constitucionais e infraconstitucionais dos quais asseguram uma proteção diferenciada às pessoas em desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Classificação Indicativa. Conflito. Liberdade de Informação. Proteção Integral. TV.

ABSTRACT: This article deals with the freedom of information of the media and the integral protection of children and adolescents, two norms widely ensured in the constitutional text, which sometimes establish a tension relationship when dealing with the subject of media regulation through Parental Advisory Rating. In this scenario, the main objective of this text is to discuss the application of a “protected schedule” in the programming grid of open TV, particularly after the decision of the Right Action of Unconstitutionality 2.404 by the STF and the edition of Ordinance 1.189 by the Ministry of Justice; as well as the relationship between freedom of journalistic information and the duty to protect children and adolescents as articulated norms of the same constitutional order. Methodologically, the text has a qualitative and deductive approach, structured in the form of bibliographic analysis, with an emphasis on Constitutional Law and the Law of Children and Adolescents. In general, it is concluded that, despite the emptying of the role of the State in the consolidation of a “protected schedule” and the greater liberalization of the television programming grid to the dictates of the market and the audience, the Indicative Classification has not lost its historical basis on the defense of the quality of programming, that is, of the need for respect for human rights by public service broadcasting companies. Furthermore, even when media content is not covered by the rules of the Rating Classification, they are not immune to the observance of other constitutional and infra-constitutional parameters from which they ensure different protection for people in development.

KEYWORDS: Parental Advisory Rating. Conflict. Freedom of Information. Full protection. TV.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A política de classificação indicativa no Brasil em três tempos. 2 A liberdade de informação jornalística como escudo ou lança. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre a liberdade de informação dos meios de comunicação social e a proteção integral de crianças e adolescentes, duas normas amplamente asseguradas no texto constitucional, que, por vezes, estabelecem uma relação de tensão ao tratarem do tema da regulação da TV aberta no Brasil por meio da política de Classificação Indicativa. Essa política permite aos pais e responsáveis estabelecerem um maior controle sobre as obras audiovisuais e

* Doutor em Direito Público no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).



jogos eletrônicos que seus filhos consomem, a partir de alertas que consideram seis faixas classificatórias (Livre, classificação não recomendada para menores de 10, 12, 14, 16 e 18 anos).

De competência da União (artigo 21, da Constituição Federal de 1988), a Classificação Indicativa também se faz presente nos artigos 76 e 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia direta com o paradigma da proteção integral do público infanto-juvenil. Apesar dessa proteção constitucional e infraconstitucional, não raramente, esse quadro jurídico-formal contrasta-se com programas de televisão, associados aos temas da violência ou da erotização infantil como espetáculo para gerar audiência e arrecadar mais recursos financeiros que, em determinadas situações, escapam dos efeitos de uma classificação de caráter indicativo na TV aberta e não sofrem qualquer embaraço por eventuais excessos.

Conteúdos de mídia dessa natureza privilegiam-se da existência de sistemas jurídico e administrativo frágeis quanto à responsabilização dos veículos de comunicação. Por vezes, o que ocorre é um desvirtuamento daquilo que é previsto nos textos legais, na medida em que o direito fundamental à informação dá lugar ao espetáculo público da barbárie e o conteúdo do artigo 220, par. 1º, da CF/88, no qual afirma que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade jornalística em qualquer veículo de comunicação social, torna-se uma espécie de escudo para a informação não jornalística e violadora de direitos.

Dentre os casos mais emblemáticos desse cenário, cita-se os programas de gênero policialescos na TV aberta, que, mesmo possuindo características típicas de informação de entretenimento, não jornalística, aproveitam-se da proteção constitucional ao exercício amplo da atividade da imprensa para reproduzir violações sem maiores obstáculos da Lei Maior ou das regras específicas de controle da mídia, a exemplo da portaria 1.189/2018 do Ministério da Justiça. Na prática, esses programas avocam para si o caráter jornalístico apenas naquilo que avaliam oportuno, não se comprometendo com regras mínimas de convivência não violenta e de respeito aos direitos de pessoas menores de dezoito anos de idade. Essas observações não se limitam aos programas policialescos da TV, ao passo que também alcançam programas esportivos, “ao vivo”, noticiosos, entre outros formatos que estão previstos na série de excepcionalidades do artigo 5º da portaria supracitada.

Da realidade exposta até aqui, o que a ordem constitucional brasileira tem a dizer? Quais caminhos ela aponta? Ou, quais limites estabelece? Qual o entendimento integral e articulado do texto constitucional sobre assunto? Dessas perguntas iniciais, outras podem se desdobrar,

inclusive, com maior proximidade do problema central deste artigo, por exemplo, considerando os termos do artigo 227 da CF/88 e o rol de responsabilidades compartilhadas na proteção do público infanto-juvenil, cabe ao Estado, ou aqueles nos quais ele concede a execução de serviços públicos de radiodifusão, esclarecer ou alertar o público sobre conteúdos inadequados para crianças e adolescentes? Ou, ainda, estabelecer faixas etárias e os horários para a veiculação de programas de TV?

Nesse contexto, no qual existe uma tensão a ser dirimida entre a liberdade de informação dos meios de comunicação e a proteção de crianças e adolescentes, o presente artigo tem como objetivo principal discutir a possibilidade de aplicação (ou não) de um “horário protegido” na grade de programação da TV aberta, particularmente, após a reorientação da política de Classificação Indicativa com a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.404/2011 pelo STF e a edição da portaria 1.189/2018 pelo Ministério da Justiça; bem como a relação entre a liberdade de informação jornalística e o dever de proteção de crianças e adolescentes como normas articuladas de uma mesma ordem constitucional.

Metodologicamente, o texto possui uma abordagem qualitativa e de caráter dedutivo, estruturada sob a forma de análise bibliográfica, com ênfase, no Direito Constitucional e no Direito de Crianças e Adolescentes, sendo organizado em duas partes: a primeira, na qual se busca analisar a evolução histórica do mecanismo da Classificação Indicativa e as bases que configuram o seu entendimento na atualidade; e a segunda, na qual se traz à tona um estudo mais detalhado da liberdade de informação dos meios de comunicação social e a proteção de crianças e adolescentes como normas de uma mesma ordem constitucional, passo fundamental para que se possa compreender a Classificação Indicativa de uma forma contextualizada e devidamente articulada à integralidade do texto da Constituição.

1 A POLÍTICA DE CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA NO BRASIL EM TRÊS TEMPOS

Em uma visão panorâmica, nota-se que a trajetória da política de Classificação Indicativa pode ser dividida em três grandes períodos: busca por sentido, experimentação e reorientação da política, que, por sua vez, acompanham as principais alterações das regras que disciplinam a prática de tal mecanismo. O primeiro período é compreendido entre o advento da Constituição Federal de 1988 e a definição do seu desenho classificatório com a publicação do “Manual de Classificação Indicativa”, em 2006. Trata-se de um longo período, cerca de dezoito

anos, no qual a política de Classificação Indicativa foi marcada pela busca de um sentido próprio, uma vez que faltava aos gestores públicos desta política tanto a motivação para realmente implementá-la quanto o conhecimento técnico necessário a sua realização (BAPTISTA, 2014).

Nesse momento inicial, foram consolidados os marcos gerais da política, assumindo uma estreita correlação entre a política de Classificação Indicativa e a proteção à criança e ao adolescente. A título de exemplo, cita-se o artigo 17 da Convenção sobre os Direitos de Crianças, promulgada no Decreto de nº. 99.710/1990, no qual dispõe que os Estados-Partes “promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar” (BRASIL, 1990a). Na mesma linha, a CF/88 e o ECA também se atentaram ao tema da infância e a mídia, e, no caso específico da política de Classificação Indicativa, ganham destaque os artigos 221, incisos I, II, III e IV; 220, parágrafo 3º; 227 e 21, inciso XVI; todos da Constituição de 1988, e os artigos 74 a 76, 253, 254, 255, 256 e 258 da Lei nº. 8069/90.

Apesar desse amplo respaldo legal sobre a Classificação Indicativa, nesse período, as portarias que disciplinavam tal política não conseguiram traduzir na prática tudo aquilo que se esperava delas. Em 19 de outubro de 1990, o então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, editou a portaria do MJ de nº. 773, sendo o primeiro ato normativo desse Ministério a disciplinar o tema da Classificação Indicativa. Essa portaria, dentre outros pontos, tratou de diversões públicas e dos programas de rádio e televisão; estabeleceu quatro classificações etárias; reforçou a necessidade do aviso da classificação nos programas televisivos e a vinculação de suas exibições às faixas etária e horários. Além disso, nesse mesmo ano, foi constituído um departamento de Classificação Indicativa, no âmbito do Ministério da Justiça.

De 1990 a 2006, o Ministério da Justiça produziu um conjunto de regras e critérios na tentativa de disciplinar a política de Classificação Indicativa. Sob os cuidados do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS), órgão da Secretaria Nacional de Justiça do MJ, foi possível traçar as linhas gerais da Classificação Indicativa, construindo uma base unitária capaz de analisar as obras audiovisuais, ao ponto de publicar rotineiramente milhares destas classificações no Diário Oficial da União. Porém, ainda faltava ao sistema de classificação elementos fundamentais que lhe dariam maior resultado concreto, tais como: a publicidade das classificações dadas as obras audiovisuais, que dependia da definição de símbolos relacionados a classificação nos programas televisivos e do monitoramento da

programação televisiva; e a edição de um manual com diretrizes mínimas para a classificação de obras audiovisuais. Na prática, seja pela falta de real intenção por parte do governo à época, seja pela resistência dos veículos de comunicação de massa, a Classificação Indicativa pouco incidiu no cotidiano das pessoas, sendo uma política meramente simbólica aos olhos dos telespectadores (ROMÃO, 2006).

No ano de 2006, na tentativa de dar maior concretude à Classificação Indicativa, publica-se o “Manual da Classificação Indicativa”. Um documento denso e amplamente discutido na sociedade, que contou com a contribuição de grupos técnicos e de voluntários¹, bem como do acúmulo de consultas públicas em seis capitais do país (Rio Branco, Belo Horizonte, São Paulo, Porto Alegre, Recife e Rio de Janeiro) e de um Seminário Nacional para debater a Classificação Indicativa na TV. Dessas discussões, o Manual apreendeu os critérios da Classificação Indicativa, dos quais foram descritos de forma objetiva e de modo que qualquer pessoa interessada sobre o tema pudesse compreendê-los e, dentro da sua realidade, utilizá-los. Nesse passo, seis foram os critérios escolhidos que balizam a classificação como adequada ou inadequada, a saber: conteúdo violento; conteúdo sexual; cenas envolvendo drogas; situações constrangedoras, cenas depreciativas ou humilhantes em relação a determinados grupos; adequação da linguagem e dos elementos de adequação (conteúdos desejáveis).

Com o advento do Manual inaugura-se o segundo período da política de Classificação Indicativa, um momento de experimentação, no qual perdura até o ano de 2018, diante da conclusão da decisão do Supremo Tribunal Federal da ADI 2.404/2011 e a edição de novas portarias em sequência. Como qualquer processo de experimentação, a Classificação Indicativa foi colocada à prova e provocou disputas quanto a melhor maneira de sua aplicação, não poupando, inclusive, o posicionamento das Cortes Superiores da Justiça brasileira sobre o tema.

No ano seguinte à publicação do Manual, o Ministério da Justiça editou a portaria de nº. 1.220/2007, que, praticamente, por onze anos, sedimentou o modelo classificatório no país. Nessa portaria, constou a vinculação do horário, isto é, a determinação de que certos conteúdos somente poderiam ser exibidos a partir de determinado horário, criando, assim, um “horário protegido” na TV; além disso, propôs canais de colaboração entre Estado e emissoras no âmbito da classificação, privilegiando o sistema de autoclassificação, no qual as emissoras indicam em

¹ Em 2005, o Ministério da Justiça constituiu formalmente o “Grupo Permanente de Colaboradores Voluntários para auxiliar na atividade de classificação indicativa”, sendo composto por qualquer interessado em contribuir com a política.



qual faixa etária a programação exibida deve ser inserida. Para uma visão geral, a leitura do artigo 19 da portaria nº. 1.220 torna-se ilustrativa:

Art. 19. A vinculação entre categorias de classificação e faixas horárias de exibição, estabelecida por força da Lei nº 8.069, de 1990, dar-se-á nos termos seguintes:

I – obra audiovisual classificada de acordo com os incisos I e II do artigo 17: exibição em qualquer horário;

II – obra audiovisual classificada como não recomendada para menores de 12 (doze) anos: inadequada para exibição antes das 20 (vinte) horas;

III – obra audiovisual classificada como não recomendada para menores de 14 (catorze) anos: inadequada para exibição antes das 21 (vinte e uma) horas;

IV – obras audiovisual classificada como não recomendada para menores de 16 (dezesesseis) anos: inadequada para exibição antes das 22 (vinte e duas) horas; e

V – obras audiovisual classificada como não recomendada para menores de 18 (dezoito) anos: inadequada para exibição antes das 23 (vinte e três) horas.

Parágrafo único. A vinculação entre categorias de classificação e faixas horárias de exibição implica a observância dos diferentes fusos horários vigentes no país (BRASIL, 2007).

Essa vinculação entre categorias de Classificação Indicativa e de determinadas faixa de horários, ao mesmo tempo em que representou a principal inovação das regras que disciplinavam o assunto até então, também foi um dos pontos de maior impasse das emissoras de televisão com o governo, vez que utilizaram de todo o seu poder, em particular, do *lobby* político e do convencimento da opinião pública, para resistir às orientações da portaria nº. 1.220/2007. No ano de 2012, inclusive, na tentativa de informar e equacionar as demandas dos diferentes atores envolvidos na discussão do modelo classificatório, o Ministério da Justiça publicou o “Guia Prático da Classificação Indicativa”.

Esse guia, além de apresentar uma síntese das diretrizes da política de Classificação Indicativa, também incorporou sugestões das emissoras, dos especialistas e da sociedade civil organizada quanto aos critérios de adequação de conteúdo. Na mesma perspectiva, em 2014, a portaria do MJ de nº. 368/2014 atualizou as regras sobre o “horário protegido”². Apesar disso, a queda de braço sobre a Classificação Indicativa persistiu nos anos seguintes, exigindo que o STF se posicionasse sobre tal assunto.

² Conforme a portaria de nº. 368/2014, “horário protegido” pode ser compreendido da seguinte perspectiva: “I - faixa de proteção à criança: a) das seis às vinte horas: exibição de obras classificadas como livres ou não recomendadas para menores de dez anos; II - faixa de proteção ao adolescente: a) a partir das vinte horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de doze anos ou com classificação inferior; b) a partir das vinte e uma horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de catorze anos ou com classificação inferior; e c) a partir das vinte e duas horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de dezesseis anos ou com classificação inferior; (...)” (BRASIL, 2014). Orientações que, praticamente, não se alterariam até o ano de 2018.

Em 2001, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 2.404, que teve seu julgamento iniciado dez anos depois, logo após o ingresso da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) na qualidade de *amicus curiae*, momento pelo qual sustentou ser inconstitucional o caráter impositivo conferido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange a Classificação Indicativa. Tal ADI questiona o artigo 254 do ECA, no trecho que anota “em horário diverso do autorizado”³, o que levaria ao fim da obrigatoriedade de horários em conformidade com as faixas etárias e, por conseguinte, as sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento dessa norma. Desde novembro de 2011, meses após a apresentação da ADI 2.404, o relator, Ministro Dias Toffoli, já proferia seu voto favorável ao reconhecimento da inconstitucionalidade do trecho supracitado, sendo acompanhado por outros Ministros, como Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Brito.

Do voto do relator, dois argumentos principais foram incisivamente questionados pelas entidades com participação da sociedade civil, a exemplo da ANDI Comunicações e Direitos e do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA). Segundo o Ministro Dias Toffoli, a Classificação Indicativa com vinculação de horário não está presente na maioria dos países de tradição democrática, argumento refutado pelo estudo detalhado da ANDI, realizado no ano de 2013, no qual identificou que “Alemanha, Austrália, Espanha (com destaque para a região da Catalunha), EUA, Holanda, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido e Suécia, entre muitas outras nações, possuem sistemas de regulação de horários ou faixas de idades bastante sedimentados” (ANDI, 2013. p. 100).

Outra observação do voto do Ministro relator, que considera o modelo de Classificação Indicativa eminentemente estatal, também foi objeto de crítica. Em nota pública, o CONANDA lembra que esse ponto de vista do Ministro Dias Toffoli desconsidera a prática recorrente de autoclassificação⁴ do sistema classificatório brasileiro. A partir da portaria de nº. 1.220/2007, as obras são classificadas *a priori* pelos seus próprios realizadores e, com efeito, não se confundem com qualquer acepção de censura prévia, na medida em que não têm como objetivo

³ Redação do artigo 254: “Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação ...” (Expressão declarada inconstitucional pela ADI 2.404/2011) (BRASIL, 1990b).

⁴ A título de ilustração, segundo o Ministério da Justiça, em dados quantitativos, de 2010 a 2015, 6.931 (100%) obras foram autoclassificadas e, por conseguinte, monitoradas pelo Ministério da Justiça, sendo que apenas 1.381 apresentaram divergência entre MJ e empresas de mídia (MJ/SNJ, 2015).

proibir a veiculação de conteúdos, mas tão somente indicar o horário adequado para sua exibição (CONANDA, 2016). Essa prática autoclassificatória, assim, daria ao modelo de Classificação Indicativa um caráter de correção.

Após o pedido de vista dos Ministros restantes, em 2018, decidiu-se pela inconstitucionalidade do dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que estabelecia multa e suspensão da programação às emissoras de rádio e TV que exibissem programas em horário diverso do autorizado pela Classificação Indicativa. Assim, nos termos dessa decisão, não há de se falar em horário autorizado, mas apenas em horário recomendado, na medida em que o caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido a norma questionada, não se harmonizaria com os artigos 5º, IX; 21, XVI; e 220, § 3º, I, todos da CF/88. Contudo, vale frisar que a decisão não retirou das emissoras de rádio e de televisão o dever de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, prevalecendo a regra prevista no parágrafo único do artigo 76 do ECA e que seu descumprimento pode ser tipificado como infração administrativa nos termos do artigo 224 do mesmo Estatuto.

Dos argumentos que fizeram parte da decisão do STF, também foram enfatizados os seguintes pontos: a importância do direito a uma programação sadia, reconhecido expressamente pelo artigo 221 da CF/88; o efeito pedagógico e indicativo na exibição de avisos aos telespectadores como forma de atuação da política de Classificação Indicativa; o protagonismo da sociedade na definição daquilo que deve ser assistido na TV; o dever do Estado em dar maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca desse sistema; e que sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou eventuais danos à integridade das crianças e dos adolescentes, inclusive, levando em conta a recomendação do Ministério da Justiça quanto aos horários em que a referida programação se mostre inadequada (STF, 2016).

Em uma perspectiva mais crítica, o voto-vista do Ministro Teori Zavascki alertou, ainda, para a ineficiência do modelo atual, na medida em que há a indicação da classificação apenas no início da programação, mas não ao longo dela, sendo algo que deveria ser revisto pelos atores envolvidos (NOTÍCIAS STF, 2016). De modo semelhante, também o Ministro relator sugeriu aperfeiçoamentos ao modelo vigente. Ao considerar a possibilidade de auxílio de meios eletrônicos no controle parental dos conteúdos da TV, o Ministro Dias Toffoli criticou a não implementação desses dispositivos pelas emissoras, concessionárias e permissionárias de

serviços de televisão, apesar de serem mecanismos obrigatórios desde a data de 30 de junho de 2004 (STF, 2016).

Da decisão da ADI 2.404, inicia-se um novo período da Classificação Indicativa marcado pela reorientação de tal política, no qual permanece até hoje. Fruto desse momento, o Ministério da Justiça propôs duas mudanças no ano de 2018, a edição da portaria de nº. 1.189 e a atualização do Guia Prático. Além da desobrigação do “horário protegido”, três inovações principais desse cenário podem ser citados: 1) estabelece novos parâmetros de exercício do poder familiar no que diz respeito à autorização do acesso de crianças e adolescentes a diversões e espetáculos públicos não recomendados para sua faixa etária, por exemplo, nos espetáculos classificados como não recomendados para menores de 18 anos, o adolescente com idade igual ou superior a 16 anos terá seu acesso permitido, desde que apresente autorização dos pais ou de um responsável⁵; 2) a exibição das chamadas na televisão passa a ser condicionada ao programa transmitido naquele momento, nesse caso, as chamadas nos intervalos dos programas infantis de classificação livre apenas poderão apresentar obras com classificação igual ou inferior a que está sendo exibida⁶; e 3) a exibição da descrição de conteúdo nas obras classificadas, dentro dos eixos temáticos de sexo, nudez, drogas e violência, independentemente de sua Classificação Indicativa, passam a ser obrigatórias⁷.

Nesse cenário de reorientação da política da Classificação Indicativa, inclusive, de esvaziamento do papel do Estado na consolidação de um “horário protegido” e de uma maior liberalização da grade de programação aos ditames do mercado e da audiência, assim como antes, continuam existindo conteúdos que sempre ficaram alheios a política de Classificação Indicativa, sendo excluídos de todo o processo classificatório os materiais de cunho publicitário, esportivo, jornalístico, noticioso ou aquele transmitido ao vivo. Isso se confirma na leitura do artigo 5º da portaria de nº. 1.189 de 2018:

Art. 5º - O disposto nesta Portaria não se aplica:
I - às competições esportivas;
II - aos programas e propagandas eleitorais;

⁵ Ver artigo 7º da portaria de nº. 1.189/2018, que determina: “A autorização de acesso a obras classificadas como ‘não recomendado para menores de 18 (dezoito) anos’ poderá ser feita apenas para adolescentes com idade igual ou superior a 16 (dezesesseis) anos” (BRASIL, 2018).

⁶ Ver artigo 4º, parágrafo 3º da portaria de nº. 1.189/2018, que diz: “O conteúdo das chamadas de programação de que trata o inciso III do caput deste artigo deverá, obrigatoriamente, ser compatível com a classificação indicativa atribuída ao programa em exibição” (BRASIL, 2018).

⁷ Ver artigo 12, que afirma: “É obrigatória a exibição dos descritores de conteúdo das obras, quando houver, independentemente de sua classificação indicativa” (BRASIL, 2018).

- III - às propagandas e publicidades em geral; e
- IV - aos programas jornalísticos (BRASIL, 2018).

É exatamente por se ancorar na excepcionalidade dos conteúdos do artigo 5º da portaria 1.189, que determinados programas de baixa qualidade na TV sequer se tornam objeto de análise e preocupação do Estado brasileiro por intermédio das ações do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS). Fatos dessa natureza ampliam a tensão entre liberdade de informação dos meios de comunicação e a proteção do público infanto-juvenil no ambiente da mídia, exigindo, cada vez mais, que a sociedade, os gestores públicos e os tribunais adotem um entendimento mais integral e articulado do texto Constitucional sobre tal assunto, o que nem sempre se apresenta como uma tarefa simples.

Se, mesmo na reorientação da política da Classificação Indicativa, o mecanismo de classificação não perdeu seus fundamentos históricos sobre a defesa da qualidade da programação pelas empresas concessionárias de serviço público de radiodifusão, vale questionar: os programas inseridos no artigo 5º da portaria 1.189 estão completamente alheios à política de Classificação Indicativa? Ou, em termos diversos, esses programas estão livres de parâmetros normativos constitucionais e infraconstitucionais de proteção integral de crianças e adolescentes que coíbem abusos e excessos por parte meios dos meios de comunicação social contra tal público? Essas questões serão aprofundadas na sequência a partir da reflexão referencial sobre a liberdade de informação de cunho jornalístico e sua relação com a proteção integral de crianças, adolescentes e jovens.

199

2 A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA COMO ESCUDO OU LANÇA

“A própria lança contra o próprio escudo”, esse provérbio remete ao texto de Han Fei, publicado há mais de dois mil anos na China. A partir da alegoria de um vendedor de lanças e escudos, o filósofo chinês fala da contraposição de termos conflitantes em uma mesma analogia e, assim, inaugura a ideia de contradição na literatura oriental. Mais do que identificar a alternância de um significado pelo outro, os textos clássicos chineses alertavam para aquilo que é transitório nos fenômenos sociais que envolvem uma relação entre opostos. Isso fica evidente na passagem:

Era uma vez um homem que vendia lanças e escudos numa feira. Certo dia, pegou numa das suas lanças e disse para o povo que o rodeava: “Reparem! A minha lança é a mais aguçada, e fura qualquer coisa, por mais resistente que seja!” Passou, logo em seguida, a elogiar um dos seus escudos: “Comprem um dos meus escudos, que são os mais resistentes que pode haver! Não há arma que seja capaz de os perfurar!” Foi então que um dos presentes perguntou: “Então diga-me lá: o que acontece se atacarem com uma das suas lanças alguém que se defenda com um dos seus escudos?” (HAN FEI apud BUENO, 2015).

Desse trecho, torna-se possível traçar um paralelo com o tema proposto neste tópico, pois, assim como a colisão entre a lança e o escudo indestrutíveis, um direito constitucional, como é o caso da liberdade de informação, quando considerado absoluto diante de um conflito com outro direito igualmente constitucional, também pode fracassar naquilo que se propõe alcançar. Em um sistema jurídico, por mais liberal que ele seja, admitir a possibilidade de restrição de uma determinada liberdade constitucionalmente protegida “se justifica por não ser tal liberdade um fim em si mesmo” (CALDAS, 1997, p. 108).

Nesse cenário, chama atenção uma estratégia de argumentação recorrente das empresas de radiodifusão no Brasil, que é arrogarem para si, ou melhor, para seus programas de baixa qualidade e de não observância aos direitos humanos, a exemplo dos inúmeros programas de gênero policial em destaque na grade de programação da TV aberta, a proteção jurídica da liberdade de informação jornalística, o que, além de ser um argumento tecnicamente impreciso, também esconde uma falsa ideia de que as matérias de cunho jornalísticos estão imunes aos limites impostos pela própria ordem constitucional vigente no país.

Mesmo que o texto constitucional assegure ao expediente de conteúdo jornalístico um *status* diferenciado diante do seu papel desempenhado na ordem democrática, essa liberdade, assim como as demais, não é absoluta. Maiores poderes trazem consigo também maiores compromissos e responsabilidades, realidade que não pode ser esquecida quando se busca analisar a relação entre a Comunicação Social e o Direito, caso contrário, o conteúdo jornalístico seria enfraquecido daquilo que lhe é peculiar ou o conteúdo comunicacional de outra natureza, como, por exemplo, o entretenimento, receberia proteções maiores daquelas que deveria possuir.

Considerando a discussão da liberdade de informação jornalística como elemento emblemático na relação entre liberdade de informação e dever de proteção de crianças e adolescentes no contexto midiático, três pontos de reflexão tonam-se necessários: o primeiro, caracterizar e contextualizar a liberdade informação jornalística, evidenciando aquilo que lhe é



específico e se diferencia de outras narrativas midiáticas; o segundo, questionar o discurso harmônico e isento de contradições da imprensa, lembrando que a “grande mídia” não poupa esforços para defender seus interesses particulares, mesmo que para isso tenha que privilegiar na sua grade de programação programas de baixa qualidade, notadamente, conhecidos por violarem direitos humanos; e o terceiro, aprofundar sobre o uso conveniente do discurso das empresas de radiodifusão em atribuir a uma generalidade de programas da TV aberta um conteúdo típico de informação jornalística e, conseqüentemente, desobrigados de atender a política de Classificação Indicativa. São eixos de reflexão que inserem o debate da Comunicação Social diante de contradições reais e, em muito, afastam-se de uma abordagem pela qual toda problematização sobre a mídia representa uma predisposição autoritária e de invocação a censura.

Desde a sua origem, a atividade jornalística foi influenciada pelo cenário de consolidação da burguesia, sendo concebida com o mesmo germe do liberalismo: o absoluto respeito à propriedade privada particular, o individualismo exacerbado e o Estado como mero assegurado desses valores (CARVALHO, 1994). Nos ordenamentos jurídicos desse período inicial, a exemplo das Declarações de Direitos dos séculos XVIII e XIX, esse entendimento se fez presente na valorização dos direitos de liberdade que, de alguma forma, limitavam o poder do Estado e a asseguravam ao indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação a ação estatal (BOBBIO, 1992).

No decorrer dos anos, os diferentes povos acrescentaram novas exigências ao Estado de Direito, as quais não poderiam ser compatibilizadas pela concepção liberal. Surgiu, desse modo, um processo de configuração do Estado Democrático de Direito que, no âmbito de liberdades e garantias, admite a possibilidade de uma perspectiva positiva do poder estatal. Mesmo que ainda secundária, tal postura Estado contribui na organização, regulação e prestação de ações que têm em vista a função social consagrada no texto constitucional (STROPPIA, 2010).

Se, no passado, a principal preocupação do Estado liberal era contrapor o poder dos governos e seus instrumentos de censura à imprensa, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, há uma preocupação crescente com o conflito entre liberdades individuais, ou ainda, com os excessos de uma imprensa empresarial poderosa que pode devassar intimidades e deturpar a opinião pública (CARVALHO, 1994).

A noção de imprensa, por sua vez, extrapola o sentido original de periódico impresso e passa a ser identificada com os processos de difusão jornalística realizados por veículos

impressos ou eletrônicos, hoje melhor compreendidos a partir da expressão “grande mídia” (LIMA, 2012). Na perspectiva do direito, a liberdade de imprensa ultrapassa o direito de pessoas ou grupos externarem suas ideias, incluindo, também, o direito coletivo de ser bem informado. É esta concepção de liberdade de informação jornalística, centrada na liberdade de informação e com características modernas, que a velha noção de liberdade de imprensa modificou seu entendimento.

Na perspectiva do Direito Constitucional brasileiro, em especial, com o advento da Constituição Federal de 1988, percebe-se a preocupação do constituinte sobre a ampliação da garantia de liberdade de informação e, conseqüentemente, o enfretamento de práticas de censura. Afinal de contas, o Brasil passou por um longo período ditatorial, em que foi comum o uso da força e dos institutos jurídicos para “silenciar” manifestações contrárias ao regime e censurar os meios de comunicação. Esse contexto refletiu-se diretamente na Carta Magna, que dispõe sobre o tema da seguinte forma: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; bem como “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1998).

202

Apesar da ampla proteção constitucional dada à atividade jornalística, vale enfatizar que os direitos constitucionais relacionados à liberdade de expressão, de informação ou de imprensa não são absolutos, encontrando limites no próprio texto da Constituição. O artigo 220, *caput*, por exemplo, prescreve que: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”; em igual sentido, o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe: “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV” (BRASIL, 1988). Verifica-se, desse modo, a menção sobre as possibilidades de restrição definidas pelo próprio texto constitucional.

Não se propõe, assim, um “salvo-conduto” para que o proprietário do veículo de informação ou o jornalista agrida impunemente direitos atribuídos à pessoa, ou ainda, deixe de considerar, na atividade jornalística, princípios que lhe são próprios. Nessa linha, a doutrina⁸

⁸ Pedro Frederico Caldas (1997, pp. 105-112); Tatiana Stroppa (2010, pp. 160-197); Rômulo Magalhães Fernandes (2018, pp. 27-36); Felipe Peixoto Braga Netto (2016, pp. 397-438); entre outros, adotam, direta ou indiretamente,

tem classificado esses limites em duas perspectivas: limites externos e internos à liberdade de informação jornalística. Os limites externos são aqueles que “encontram muros justamente nos limites de outros direitos de igual hierarquia constitucional” (CALDAS, 1997, p. 108), sendo, muitas das vezes, objeto de análise dos tribunais quando a liberdade de informação jornalística relaciona-se com direitos à imagem ou de outros direitos de igual proteção na CF/88. A título de exemplo, citam-se a proteção à identidade de pessoas investigadas por fato criminoso; o tratamento diferenciado entre fatos ocorridos em locais públicos e em âmbito privado; a proteção de crianças e adolescentes diante da exposição indevida pelos meios de comunicação social; entre outros.

Já os limites internos à liberdade da informação jornalística estão relacionados às responsabilidades sociais e aos compromissos com a verdade no exercício dessa atividade, isto é, os meios de comunicação e os jornalistas devem aceitar e cumprir certas obrigações para com a sociedade, estabelecendo um alto nível profissional e de informação, com base na veracidade, na exatidão, na objetividade e no equilíbrio (CALDAS, 1997). Ao jornalista ou ao dono da empresa de mídia, não basta possuir a informação, sendo preciso, também, buscar informar de maneira correta⁹.

Como lembra Silva (1998, p. 250), incide sobre esses atores o dever de informar a coletividade sobre “acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar lhes a verdade ou esvaziar lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação”. Além disso, a atividade da liberdade jornalística também pressupõe a observância do interesse público, contendo assuntos relacionados “às escolhas que a pessoa deve fazer, como membro de uma comunidade, que interessem às demais e nelas interfiram, bem como que influenciam no que pertine à sua organização política e social” (CARVALHO, 1999, p. 149).

No ofício do jornalista e da imprensa, o texto da CF/88 também assegura o sigilo das fontes. Com isso, o jornalista pode denunciar situações de injustiça ou ilegalidades sem temer represálias por parte dos grupos de poder afetados pela publicidade dessas informações. Assim

a classificação de limites internos e externos sobre os limites da liberdade de imprensa ou liberdade de informação jornalística.

⁹ Quanto ao fazer comunicativo do “século XXI, já não faz sentido devotar à imprensa o olhar crédulo de que ela tanto se beneficiou no século XX, quando propalava as lendas da objetividade e da imparcialidade” (MODERNELL, 2012, p. 156). Isso não significa, contudo, que a produção de informação baseada em fatos sabidamente falsos passou a compor o universo conceitual do jornalismo atual, mas tão somente que a notícia tem dialogado com diferentes versões da realidade, exigindo maior criticidade do receptor diante de temas cada vez mais transitórios e permeáveis.

como outros direitos conexos, trata-se aqui de uma enunciação constitucional de elevada proteção, mas não inexcedível, absoluta. Nesse ponto, Sampaio (2016, p. 310) afirma que: “não parece razoável a defesa da proteção absoluta da confidencialidade da fonte. Tampouco a franquia à discricionariedade administrativa judicial. Nem absoluto nem débil, trata-se, antes, de um sigilo profissional qualificado”. Mais uma vez retoma-se a relação mencionada acima, em que a garantia de uma determinada liberdade, concomitantemente, gera ao seu titular uma expectativa de exercício responsável e socialmente comprometido.

Quando um comunicador usa da confidencialidade da fonte para deliberadamente encobrir a verdade e praticar ações criminosas, com efeito, passa a esvaziar de significado jornalístico a própria atividade em si. Por esse ângulo, torna-se emblemático o caso do programa de gênero policial “Canal Livre”, da TV Rio Negro, transmitido diariamente por mais de dez anos na cidade de Manaus. Ao estilo policialesco, isto é, explorando imagens de crimes bárbaros na TV, o apresentador Wallace Souza ganhou notoriedade e foi eleito deputado em várias vezes pelo estado do Amazonas. Desde 2009, pessoas vinculadas ao programa respondem por um conjunto de crimes, nos quais Wallace Souza foi qualificado como líder de uma organização criminosa que ordenava assassinatos na região de Manaus, com objetivo de ampliar os índices de audiência de seu programa, o que possivelmente explicaria os inúmeros “furos” de notícia do “Canal Livre” e as informações privilegiadas recebidas pelo seu apresentador, sempre por fontes exclusivas e anônimas¹⁰.

De fato, a mensagem publicada ou transmitida por grupos de comunicação de massa, seja na forma de notícia, artigo, comentário, entrevista ou reportagem, passa a adquirir proteção jurídica e, como dito acima, está suscetível a receber restrições quando diante de uma situação limite. Contudo, de forma recorrente, os interesses comerciais da mídia não se dão por satisfeitos com tal cenário, recorrendo a um discurso de desregulação do sistema de comunicação que afasta qualquer tentativa da sociedade e do Estado nessa seara. Mesmo em uma situação de evidente abuso, a estratégia da “grande mídia” é sempre igual: manter paralisado o debate, no qual regulação dos meios de comunicação social e censura se confundam em uma aparente certeza.

¹⁰ O caso de Wallace Souza é tema da série “Bandidos na TV”, lançada em 2019 pela NETFLIX. O trailer da série está disponível no site: <https://www.netflix.com/title/80217946>.

Por consequência, a liberdade dos meios de comunicação social torna-se um mero apêndice do direito à propriedade, em que o mercado assume o papel de árbitro e mediador de limites dos pluralismos (PIERATINI, 2008, p. 141). Quando se confere tal poder ao mercado midiático, a adoção de critérios econômicos, decididamente, passa a ser priorizada em detrimento da objetividade da notícia, da transmissão dos fatos com veracidade, da crítica jornalística consequente, da publicidade de opiniões diversas e do respeito à dignidade das pessoas. Em contrapartida, cabe, principalmente, ao Estado e à sociedade equilibrar essa relação, o que leva, na maioria das vezes, a questionar o próprio *status* hegemônico atribuído ao discurso democrático autorreferente da mídia como defensora da liberdade e dos direitos humanos em geral.

Por último, questiona-se: a quem interessa afastar dos programas da TV aberta qualquer tipo de controle? As mesmas empresas de mídia que são favorecidas pela audiência do público infanto-juvenil e pelos benefícios da adequação da grade de programação sem preocupações com o horário ou a qualidade do conteúdo exibido. Em nome da liberdade de expressão (das emissoras), a sobreposição da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens assegura um “passe-livre” às emissoras de veicular conteúdos inadequados de sexo, drogas e, principalmente, violência a bel prazer dos radiodifusores e de seus interesses privados. Desde já, esse cenário precisa ser problematizado, não se tratando simplesmente de alterar a legislação ou o desenho da política de regulação de conteúdo da mídia em âmbito nacional por meio da Classificação Indicativa, mas sim de aplicar o cerne das normas constitucionais e infraconstitucionais de direitos humanos e direitos da crianças e adolescentes já existentes no país.

Essa discussão sobre a aplicação da Classificação Indicativa, no fundo, traz à tona o debate histórico sobre a qualidade da programação, isto é, a observância dos direitos humanos, sobretudo, de crianças e adolescentes, pelas empresas concessionárias de serviço público de radiodifusão (ROMÃO, 2008). Assunto que, por todas as reflexões apresentadas neste artigo até aqui, não se concretizará quando compreendido de forma isolada, separado de outras questões importantes ao próprio processo democrático brasileiro e à integralidade da ordem constitucional sobre a proteção integral de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. O esvaziamento dos efeitos da Classificação Indicativa, seja pelo fim do “horário protegido”, seja pela imprecisão de suas excepcionalidades, encobrem o predomínio de interesses particulares de grupos poderosos da “grande mídia”, por vezes, pouco preocupados com a



dimensão pública das concessões de radiodifusão ou com a concretização dos direitos de pessoas menores de dezoito anos previstos na Constituição.

CONCLUSÕES

Ao longo do texto, este artigo buscou analisar os parâmetros teóricos e normativos da relação entre os direitos de proteção dos direitos de crianças e adolescentes e a liberdade de informação dos meios de comunicação social, por vezes, em conflito no contexto dos meios de comunicação de massa, particularmente, na TV aberta no Brasil. A partir de um estudo bibliográfico e de uma abordagem dedutiva, com ênfase em textos do Direito Constitucional e do Direito de Crianças e Adolescentes, discutiu-se como a política de Classificação Indicativa pode evitar situações de abusos na seara da infância e da adolescência. Para tanto, considerou-se a política pública da Classificação Indicativa no país e o uso do discurso de conveniência da “grande mídia” ao utilizar a proteção jurídica da informação jornalística como escudo diante dos excessos da sua narrativa midiática.

206

Nessa perspectiva, o texto foi estruturado em duas partes. Na primeira, buscou-se analisar a evolução histórica do mecanismo da Classificação Indicativa a as bases que configuram o seu entendimento na atualidade. Desse modo, a trajetória da política de Classificação Indicativa foi apresentada em três períodos-chave, a saber: busca por sentido, experimentação e reorientação da política. Esse último período em especial, que se inicia em 2018 e persiste até os dias atuais, mostra a reorientação da Classificação Indicativa, principalmente, em dois aspectos: o esvaziamento do papel do Estado na consolidação de um “horário protegido” e a maior liberalização da grade de programação da televisão aos ditames do mercado e da audiência.

Essa reorientação, ilustrada pela portaria de nº. 1.189/2018 do Ministério da Justiça, reforçou uma tendência anterior, a qual exclui de todo o processo classificatório os materiais de cunho publicitário, esportivo, jornalístico, noticioso ou aquele transmitido “ao vivo”. Isso ganhou destaque no artigo, pois, é exatamente por se ancorarem na excepcionalidade dos conteúdos previstos nessa portaria que regulamenta a Classificação Indicativa, que os programas de baixa qualidade e de não observância de direitos humanos sequer tornam-se objeto de análise e controle do Estado brasileiro por intermédio das ações do Departamento de



Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS). E isso, por tudo que foi apresentado até aqui, precisa ser problematizado.

Na segunda parte do artigo, buscou-se retomar o cenário da Classificação Indicativa, mas, nesse momento, a partir de um estudo detalhado da relação entre a liberdade de informação dos meios de comunicação social e a proteção e crianças e adolescentes como normas de uma mesma ordem constitucional, apontando, com isso, pela necessidade de se compreender a política pública de Classificação Indicativa de forma contextualizada e devidamente articulada com a integralidade do texto da Constituição Federal de 1988.

Assim, demonstrou-se que, apesar da reorientação do ano de 2018, a Classificação Indicativa não perdeu seus fundamentos históricos sobre a defesa da qualidade da programação pelas empresas concessionárias de serviço público de radiodifusão. Além disso, foi demonstrado que os programas de baixa qualidade, em grande medida, diferenciam-se do jornalismo, pois ultrapassam os limites internos do próprio fazer jornalístico e assumem elementos típicos de campos comunicacionais de outra natureza, notadamente, do entretenimento.

207

Em termos conclusivos, o artigo compartilhou a esperança do convívio entre o direito à liberdade e o dever-poder de proteção dos direitos humanos de crianças, adolescentes e jovens em uma sociedade democrática e atenta à integralidade da ordem constitucional vigente. Nesse sentido, torna-se necessário apontar os desdobramentos negativos da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do “horário protegido” na TV aberta, bem como as imprecisões presentes na portaria que disciplina a política de Classificação Indicativa, notadamente, aquelas previstas no artigo 5º da Portaria 1.189, editada pelo Ministério da Justiça no ano de 2018.

REFERÊNCIAS

ANDI. *Direitos da infância e direito à comunicação*: fortalecendo convergências nos marcos legais e nas políticas públicas. Brasília: ANDI, 2013.

BAPTISTA, Gustavo Camilo. A família e a política pública de Classificação Indicativa: contribuições da psicologia. In: MACEDO, A. X. N. M.; PIRES, D. U. B. S.; ANJOS, F. A. dos (Org.). *Desafios e perspectivas da classificação indicativa*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Imagem e imprensa na sociedade em rede: conexões temáticas na busca de critérios de ponderação. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº. 99.710, de 21 de Novembro de 1990a. *Promulga a Convenção dos Direitos das Crianças*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069, de 13 jul 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Portaria nº. 1.189, de 3 de Agosto de 2018*. Regulamenta o processo de classificação indicativa de que tratam o art. 74 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o art. 3º da Lei nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001, e o art. 11 da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/classificacao>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Portaria de nº. 1.220, de 11 de Julho de 2007*. Regulamenta as disposições da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), da Lei nº. 10.359, de 27 de dezembro de 2001, e do Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007, relativas ao processo de classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/classificacao>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Portaria nº. 368, d 3 11 de Fevereiro de 2014*. Regulamenta as disposições da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, da Lei no 10.359, de 27 de dezembro de 2001, e da Lei no 12.485 de 12 de setembro de 2011, relativas ao processo de classificação indicativa. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/classificacao>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BUENO, André. *Abolir o passado, reinventar a história: a escrita histórica de Hanfeizi na China do século III a.C.* 2015. Disponível em: <<https://www.historiadahistoriografia.com.br/revista/article/view/899/564>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FERNANDES, Rômulo Magalhães. *Os limites da liberdade de informação jornalística e a proteção de crianças, adolescentes e jovens ameaçados de morte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

Inconstitucional sanção a emissora por programa fora do horário indicativo, decide STF. 2016. *STF NOTÍCIAS*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324287&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

LIMA, Venício A. de. *Mídia: Teoria e Política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2012.

MJ/SNJ. *Classificação Indicativa 25 anos*. 2015. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/classificacao>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MODERNELL, Renato. *A notícia como fábula*. Realidade e ficção se confundem na mídia. São Paulo: Summus, 2012.

Nota Pública: Conanda lança nota sobre decisão do STF referente à classificação indicativa. *CONANDA*. 2016. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/2018/02/20050,37/NOTA-PUBLICA-CONANDA-lanca-nota-sobre-decisao-do-STF-referente-a-classificacao-indicativa.html>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

PIERATINI, Octavio Penna. Censura versus Regulação de Conteúdo: Em Busca de uma Definição Conceitual. In: SARAIVA, E.; MARTINS, P. E. M.; PIERATINI, O. P. *Democracia e Regulação dos Meios de Comunicação de Massa*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

ROMÃO, José Eduardo Elias. A nova Classificação Indicativa: construção democrática de um modelo. In: CHAGAS, C. M. F.; ROMÃO, J. E. E.; LEAL, S. *Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

ROMÃO, José Eduardo Elias. Todos ganham com a Classificação Indicativa (até mesmo os que afirmam perder dinheiro). In: SARAIVA, E.; MARTINS, P. E. M.; PIERATINI, O. P. *Democracia e Regulação dos Meios de Comunicação de Massa*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Quebra do sigilo das fontes jornalísticas. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STF. *ADI 2404 DF*, Relator (a): Ministra Dias Toffoli, Tribunal do Pleno, julgado em: 31/08/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

STROPPA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Submissão: 17/04/2020

Aceito para Publicação: 28/05/2020



PATRIMONIALISMO E SISTEMA DE JUSTIÇA: O CASO DO AUXÍLIO-MORADIA A PARTIR DA PERSPECTIVA DE MAX WEBER

PATRIMONIALISM AND THE JUSTICE SYSTEM: THE CASE OF HOUSING AID FROM MAX WEBER'S PERSPECTIVE

Guilherme Stefan*

José Alcebíades de Oliveira Junior**

RESUMO: O conceito de patrimonialismo remonta à teoria sociológica de Max Weber e, em breve síntese, representa o diagnóstico da relação viciosa entre os sujeitos e a coisa pública, sustentada por uma dominação de caráter tradicional. Atualmente o conceito está vinculado aos benefícios que determinados indivíduos obtêm por meio do Estado em função da sua condição ou status privilegiado. Ocorre que, em regra, as polêmicas envolvendo o assunto são originadas de maneira mais enfática nas práticas dos ocupantes de cargos políticos. Partindo-se da premissa de que o patrimonialismo não está restrito apenas à arena política tradicional pergunta-se: como o conceito de patrimonialismo pode ser observado no sistema de justiça brasileiro? No intuito de responder essa questão será realizada uma revisão dessa temática na obra de Max Weber e de autores brasileiros de referência. Após a revisão será analisada a decisão da Ação Originária 1.173 – Distrito Federal, referente ao Auxílio-Moradia a Magistrados e membros do Ministério Público, buscando-se interfaces entre as discussões conceituais levantadas e a prática dos agentes do sistema de justiça brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimonialismo. Sistema de Justiça. Auxílio-Moradia. Max Weber.

ABSTRACT: The concept of patrimonialism goes back to Max Weber's sociological theory and, in brief synthesis, represents the diagnosis of the vicious relationship between subjects and the public goods, supported by a domination of a traditional character. Currently the concept is linked to the benefits that certain individuals obtain through the State due to their privileged condition or status. It happens that, as a rule, the controversies involving the subject originate in a more emphatic way in the practices of the occupiers of political positions. Starting from the premise that patrimonialism is not restricted to the traditional political arena, the question is: how can the concept of patrimonialism be observed in the Brazilian justice system? In order to answer this question, a review of this theme will be carried out in the work of Max Weber and by leading Brazilian authors. Thereafter the decision on the Ação Originária 1.773 – Distrito Federal, regarding Housing Aid for Magistrates and members of the Public Ministry, will be analyzed, looking for interfaces between the conceptual discussions raised and the practice of the agents of the Brazilian justice system.

KEYWORDS: Patrimonialism. Justice system. Housing Aid. Max Weber.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Patrimonialismo e burocracia: entre a dominação tradicional e a racional-legal. 2 A Ação Originária 1.173: auxílio-moradia e patrimonialismo no Sistema de Justiça brasileiro. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A destinação dos recursos públicos do Estado brasileiro é uma constante causa de polêmicas na história do país. Desde os gastos da família real, passando pela República Velha e chegando nos tempos de democracia pós-1988, com alguma frequência e em roupagens um

* Mestrando em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bolsista de mestrado CAPES.

** Realizou ciclo de estudos em nível de pós-doutorado na Justus-Liebig-Universität Giessen, Alemanha, em 2015. Doutor em Direito, Filosofia do Direito e da Política, pela Universidade Federal de Santa Catarina (1991). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (1984). Professor convidado permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS e Professor permanente do Programa de pós-graduação em Direito da URI de Santo Angelo. Pesquisador nível 1D do CNPq.



tanto distintas, surgiram notícias envolvendo gastos discutíveis de dinheiro público. A utilização da máquina pública em benefício próprio, no entanto, pode se dar de maneira escancarada, em casos de corrupção, por exemplo, ou de maneiras mais refinadas, quando, sob o abrigo da lei pessoas são beneficiadas.

O conceito de patrimonialismo é amplamente empregado para referir a indiscriminação entre público e privado, de forma que pode ter adquirido uma dimensão a nível de senso comum que o iguale a crimes. Esse conceito, porém, tem origem histórica bastante definida, associada às teorizações de Max Weber, de maneira especial em seu seminal “Economia e Sociedade” (1999). Trata-se de uma categoria de análise que Weber associa a diversas civilizações através do tempo, enquadrando-a dentro da dominação tradicional, ou seja, aquela decorrente do poder do soberano, atrelada aos costumes de um povo.

Observando-se a história brasileira e a reiteração de práticas tidas como patrimonialistas é possível, em um primeiro momento, perceber-se que o uso excessivo do termo pode impor dificuldades teóricas dado o contexto nacional. Assim, diversos são os autores que buscaram adequar a teoria weberiana a nossa história. Destacam-se, dentre outros, os trabalhos de Raymundo Faoro, com “Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro” (2001), e Simon Schwartzman, com “Bases do Autoritarismo Brasileiro” (2007), devendo ainda ser mencionado o trabalho de Lilia Moritz Schwarcz, com a recente obra “Sobre o autoritarismo brasileiro” (2019) e o clássico “Brasil: uma biografia” (2015), esse último em coautoria com Heloisa Murgel Starling.

A relevância dos estudos operacionalizados pelos autores brasileiros está diretamente associada ao contexto de desenvolvimento da teoria de Weber. O autor alemão escreve sua teoria sociológica observado a realidade alemã, desde um paralelo com civilizações mais antigas da Europa e da Ásia. É evidente que a realidade histórica brasileira, que não teve experiências feudais, por exemplo, não pode ser analisada sem ressalvas. Outro aspecto essencial nesse debate é que matriz a compreensiva, em especial os tipos ideais weberianos, permitem uma abordagem sociológica não necessariamente binária, ou seja, é razoável que se pense na coexistência de formas de dominação, ou combinação de elementos. Como lembra Oliveira Junior (2009, p. 2018) a elaboração de modelos racionais de ação permite a análise das ações divergentes, permitindo enxergar a própria Sociologia como um tipo ideal. Ainda sobre esse aspecto, afirma Weber (1999, p. 233):

Neste procedimento (de avanço da organização burocrática), naturalmente não podemos perder de vista, desde o princípio, o caráter fluido e a interação de todos estes princípios de organização, pois seus tipos "puros" somente devem ser considerados casos-limite particularmente valiosos e indispensáveis para a análise, entre os quais se move e continua se movendo a realidade histórica, que quase sempre apresenta formas mistas.

A dificuldade em precisar o conceito de patrimonialismo e as suas características no Brasil gera uma certa zona de incerteza dentro de um panorama já bastante confuso, uma vez que torna nebulosa a capacidade da compreensão dos agentes públicos. Se se entende patrimonialismo apenas como uso do bem público em benefício pessoal, então, estariam cobertos tanto casos de ilicitudes quanto de licitudes. Um exemplo possível é o do indivíduo que libera verbas para a construção de asfalto em uma determinada rua, o que beneficia uma determinada coletividade, inclusive ele, que mora naquela rua. Não se trata de uma ilicitude, mas, dada a escassez de recursos e a quantidade de ruas que necessitam de obras, é uma escolha que lhe traz benefícios óbvios.

O grande enfoque das discussões sobre patrimonialismo, como se viu até aqui, está direcionado a atuação do Poder Executivo. Isso ocorre, possivelmente, porque a resposta comum aos abusos do uso da coisa pública é a punição exercida pelo judiciário após a fiscalização do Ministério Público. Como, no entanto, no presente trabalho se pretende testar alguns limites do conceito em estudo, a proposta é redirecionar a atenção para esses órgãos, a fim de responder a seguinte pergunta: como o conceito de patrimonialismo pode ser observado no sistema de justiça brasileiro?

A relevância da pergunta proposta está diretamente relacionada a proposta de transparência a que se tem colocado o sistema de justiça brasileiro. De acordo com o Art. 99 da Constituição Federal de 1988, o Judiciário tem autonomia financeira e administrativa, sendo que, para além disso, acaba decidindo em última instância sobre suas próprias contas. Nos termos da teoria weberiana, esse sistema pode ser considerado como um braço forte da burocracia estatal e a sua administração interessa não apenas aos servidores que ali atuam, mas a sociedade em geral, dada a amplitude de seus efeitos. Assim, na primeira parte deste artigo será revisado o conceito de patrimonialismo em Weber, levando-se em conta os tipos de dominação (tradicional, racional-legal e carismática) e outros aspectos relevantes, como a burocracia e a administração burocrática.

O auxílio-moradia, pago de maneira uniforme a juízes e promotores do Brasil inteiro durante os anos de 2014 e 2018 através de uma decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, chama a atenção para algo que virtualmente poderia ser considerada uma prática patrimonialista no âmbito do sistema de justiça. Assim, na segunda parte deste artigo a Ação Originária 1.173 – Distrito Federal, que trata do benefício recém mencionado, será objeto de análise, buscando-se, na mesma, elementos que possam ser relacionados com as teorizações weberianas, em especial, aqueles estudados na primeira parte do texto.

1 PATRIMONIALISMO E BUROCRACIA: ENTRE A DOMINAÇÃO TRADICIONAL E A RACIONAL-LEGAL

Em algum grau e sentido, quase todo acordo jurídico entre duas pessoas influi sobre as relações com um número indeterminado de terceiros, por modificar a forma de distribuição dos poderes de disposição juridicamente garantidos. Mas isso ocorre de forma muito diversa.
(WEBER, 1999, p. 28)

214

A ponderação de Max Weber sobre os efeitos jurídicos de contratos com relação aos indivíduos direta ou indiretamente envolvidos com a questão em acordo parece uma boa provocação na compreensão dos argumentos desse sociólogo. Esse renomado autor é considerado um dos clássicos da sociologia, lugar que ocupa junto com Emile Durkheim e Karl Marx. O título que ostenta é particularmente importante para compreender a sua matriz de pensamento no contexto da época, ao mesmo tempo que permite entender como um contrato entre dois sujeitos pode ser analisado pela ótica econômica, mas também da vontade individual e, ao mesmo tempo, produzir efeitos em escala que atingem agentes fora da cadeia direta, algo que é ainda mais relevante quando os contratantes tem ascendência sobre o Estado.

A matriz compreensiva da sociologia que é associada aos trabalhos de Max Weber, de maneira um tanto diversa da matriz conflitualista de Karl Marx, que prioriza a análise da sociedade com base nas relações econômicas, ou da matriz funcionalista relacionada ao trabalho de Emile Durkheim, mais relacionada a coesão social e a uma perspectiva de compreensão organicista do funcionamento da sociedade, está focada em uma compreensão da sociedade, da atuação dos agentes (pessoas), tendo em vista que, dada a sua natureza compreensiva, não está tão direcionada a entender a função ou promover alguma mudança significativa, mas sim

compreender os processos sociais e seus efeitos a partir da agência dos sujeitos e suas diferentes motivações.

Na teoria de Max Weber, notadamente em *Economia e Sociedade* (1999), um dos elementos fundamentais para a compreensão do poder é o estudo das dominações. Diferente de Marx, que estabelece a distribuição de poder de maneira bastante associada à disponibilidade de recursos e ao acúmulo de capitais, portanto, ao viés econômico, Weber entende que o poder está relacionado com as motivações que determinam que um sujeito exerça dominações sobre outros. Essas dominações, no entanto, não estão relacionadas apenas ao aspecto econômico, podendo ser motivadas também por interesses particulares, como é o caso daqueles que se submetem ao mando de um político em razão de algum tipo de identificação ou então porque ele faz parte de uma linhagem de líderes que se seguem no tempo. Sobre a vinculação entre dominação e a obediência, afirma Weber (1999, p. 192-193):

Para o exame sociológico, o decisivo não é, decerto, a existência "ideal" de tal poder, deduzível de uma norma mediante conclusões dogmático-jurídicas, mas sim a sua existência efetiva, isto é, que uma autoridade que pretende para si o direito de emitir determinados mandados encontra, num grau socialmente relevante, *efetivamente obediência*. Mesmo assim, o exame sociológico, como é natural, não ignora o fato de que os poderes de mando "efetivos" costumam pretender o atributo adicional de uma "ordem" normativa, "legalmente" existente, e por isso é compelido a operar com o aparato conceitual jurídico.

215

A obediência é um elemento fundamental para a legitimidade para dominação. Esse aspecto, a propósito, é importante no entendimento weberiano das dominações. Não há um conflito necessário entre aqueles que dominam e os que são dominados, tão pouco essas relações são estáticas. As dominações, não apenas relações de controle ou submissão, constituem aspectos normais do desenvolvimento da própria sociedade e traduzem a administração e organização da mesma.

As dominações e a sua autoridade são classificadas, de acordo com Weber (1999, 1982) de três formas: tradicional, carismática e racional-legal (ou legal-burocrática). Esses três tipos de dominações, uma vez que tipos ideias, ou seja, produto de teorizações, não necessariamente são identificados de forma pura na realidade e em qualquer sociedade. Esse ponto, aliás, é bastante importante no que se discute nesse artigo, uma vez que o contexto brasileiro parece impor, ao menos, dois desses tipos de dominação na atualidade. É importante destacar, no entanto, que Weber, para explicar esses conceitos costuma associar a determinadas civilizações e ao seu desenvolvimento histórico, considerando a modernização desses grupos.

A dominação carismática é caracterizada por ser fortemente vinculada à figura do líder que é capaz de captar a atenção das pessoas e, com base nas suas qualidades, convencê-las a respeito da mensagem que carrega. “O carisma só conhece a determinação interna e a contenção interna. O seu portador toma a tarefa que lhe é adequada e exige obediência e um séquito em virtude de sua missão” (WEBER, 1982, p. 285), ou seja, a legitimidade da autoridade do líder carismático está diretamente relacionada com a sua capacidade de convencer aqueles que o seguem. Essa forma de dominação não está associada a um modelo ou processos de organização mais complexos, como será observado em outras formas de dominação mais a frente.

A segunda forma de dominação aqui apresentada é aquela chamada de tradicional. Se a dominação carismática está muito vinculada à figura do líder e seu discurso à dominação tradicional, por outro lado, é muito vinculada ao costume. Esse tipo de dominação pode ser visto desde várias centenas de anos atrás quando grupos de indivíduos se associam no intuito de solucionar questões comuns, como a defesa, por exemplo (WEBER, 1999). Com o desenvolvimento e expansão dos grupos humanos e o fortalecimento da figura patriarcal, esse tipo de dominação vai se tornando mais sofisticado. A figura do príncipe ou do rei como representantes e governantes de uma determinada coletividade se espalha e pode ser observada em diferentes civilizações, ao mesmo tempo que diferentes status começam a gerar diferenciação entre os indivíduos (WEBER, 1999, p. 41)

Enquanto não estava plenamente desenvolvida a distinção entre normas objetivas e pretensões subjetivas, e enquanto o direito era considerado uma qualidade pessoal determinada pela pertinência a uma associação, podia-se somente distinguir entre as regras vigentes numa associação ou num círculo de pessoas composto de acordo com determinadas qualidades de status dos participantes e as regras vigentes em virtude de um contrato funcional e, portanto, restritas às ações dos participantes diretos, pois todo direito especial era originalmente direito de um círculo de pessoas delimitado por qualidades de status.

O conceito de status é importante na compreensão da formação de estamentos. Se para Marx o conceito de classe é fundamental para a compreensão analítica da sociedade, para Weber o estamento representa algo semelhante, aglomerados de indivíduos que se aproximam em função de determinados interesses ou prerrogativas comuns que podem envolver aspectos econômicos ou não. Os indivíduos que integram os estamentos realizam funções diversas no Estado e, portanto, ocupam também locais distintos. Essas distintas funções auxiliam no entendimento de como determinados grupos, mais próximos ou mais distantes do poder de



mando, vão se apropriando eventualmente de partes do próprio Estado. Importante a delimitação que Rubens Goyatá Campante (2003, p. 162) apresenta:

Uma sociedade estamental é uma “ordem de status” baseada em “prestígio social” para qualificar positiva ou negativamente os grupos sociais. Os grupos positivamente qualificados costumam manter um estilo de vida que desvaloriza o trabalho físico, o esforço premeditado e contínuo, o interesse lucrativo, e buscam, através de monopólios sociais e econômicos, a manutenção de um *modus vivendi* exclusivo, diferenciado, traduzido em privilégios de consumo. A razão de ser dos estamentos, portanto, é a desigualdade calcada na diferenciação da honra pessoal, no exclusivismo social e na ostentação do consumo.

Ainda no contexto da dominação tradicional, estabelecida a ideia de estamento, que atravessa esse tipo de dominação e, eventualmente, é identificado em sociedades contemporâneas, deve-se tratar do conceito weberiano de patrimonialismo. Esse conceito é considerado uma derivação, um subtipo de dominação dentro do tipo tradicional. É considerado que, em um primeiro momento, existe um tipo de patrimonialismo patriarcal, ou seja, um tipo de uso do poder conferido pelo senhor, geralmente administração de uma parte da estrutura do reino, em benefício próprio. Mais adiante “A estereotipagem e apropriação monopolizadora dos poderes oficiais pelos detentores, como companheiros jurídicos, cria o tipo "estamental" do patrimonialismo.” (WEBER, 1999, p. 253). Nesse contexto “O feudalismo representa o caso limite da direção do patrimonialismo "estamental", em oposição ao "patriarcal”” (WEBER, 1999, p. 302). Ainda no que se refere a características e diferenças relativas ao patrimonialismo (WEBER, 1999, p. 302):

O poder ordenador que determina a forma desta ação social, além dos poderes característicos do patrimonialismo em geral- tradição, privilégio, direito consuetudinário e precedente judicial -, consiste em pactuar caso a caso entre os diferentes detentores de poderes, tal como era típico do "Estado estamental" do Ocidente, chegando até a constituir sua essência. Do mesmo modo que os possuidores individuais de feudos e prebendas e os demais detentores de poderes, apropriados em virtude de concessões principescas, exercem estes em virtude de seu "privilégio" garantido, o poder concedido ao príncipe é considerado seu "privilégio" pessoal, a ser reconhecido e garantido pelos detentores de feudos e de outros poderes, ou seja, sua "prerrogativa".

O patrimonialismo, embora bastante relacionado a forma de dominação tradicional, está presente em nossa história e atualidade. Para Lilia Schwarcz, “O certo é que persistirá no Brasil um sério déficit republicano enquanto práticas patrimoniais e clientelistas continuarem a imperar no interior do nosso sistema político e no coração de nossas instituições públicas”



(SCHWARCZ, p. 64, 2019). É fato que, para chegar a modernidade esse tipo de uso indevido precisou acompanhar as mudanças sociais e pode ser identificado no contexto do que Weber chama de dominação racional-legal ou legal-burocrática, fundamento de distribuição e organização de poder nos países ocidentais.

A dominação racional-legal, o terceiro tipo weberiano, é identificada com a autoridade decorrente do advento da modernidade, da razão mais cientificamente adequada. É um contraponto, ou um aperfeiçoamento, da maneira tradicional de dominação, uma vez que funciona como instrumento de combate ao mando calcado excessivamente na subjetividade, a não-estrutura organizacional. Também pode ser entendida no contexto da demanda por democracia, uma vez que a racionalização dos processos, especialmente pela burocracia estatal, são formas de garantir algum equilíbrio nas disputas no Estado moderno. Assim, para Weber (1999, p. 193)

A "dominação" nos interessa aqui, em primeiro lugar, sob o aspecto de sua vinculação à "administração". Toda dominação manifesta-se e funciona como administração. Toda administração precisa, de alguma forma, da dominação, pois, para dirigi-la, é mister que certos poderes de mando se encontrem nas mãos de alguém. O poder de mando pode ter aparência muito modesta, sendo o dominador considerado o "servidor" dos dominados e sentindo-se também como tal. Isso ocorre, em mais alto grau, na chamada administração diretamente democrática.

218

A burocracia, em termos da teoria weberiana, funciona como uma regra, um norte, uma maneira de racionalizar os processos. Isso não quer dizer, no entanto, que ela imunize a organização estatal de dominações diferentes, especialmente do patrimonialismo. A burocracia é, no entanto, fundamental à administração do Estado e, por certo, do sistema de justiça. O direito, de maneira geral, tem relação estreita com a dominação racional-burocrática, uma vez que, em uma perspectiva da dogmática tradicional positivista, opera como conjunto de comandos para frear a indistinção entre o público e o privado, bem como estabelecer os parâmetros de atuação do funcionalismo. Para Weber (1999, p. 233):

Quanto mais retrocedemos no processo de desenvolvimento, tanto mais típico é para as formas de dominação a ausência da burocracia e do funcionalismo, em geral. A burocracia é de caráter "racional": regra, finalidade, meios, impessoalidade "objetiva" dominam suas atitudes. Por isso, seu surgimento e sua divulgação tiveram por toda parte efeito "revolucionário" naquele mesmo sentido especial, ainda a ser exposto, que caracteriza o avanço do racionalismo, em geral, em todas as áreas. Neste processo, a estrutura burocrática aniquilou formas estruturais da dominação que não tinham caráter racional, neste sentido especial. Perguntamos, portanto: quais eram essas formas?



A obra de Max Weber permite entender que o patrimonialismo e a burocracia, embora instrumentos distintos de formas distintas de dominação, podem funcionar ao mesmo tempo. O Brasil do discurso anticorrupção, contra práticas patrimonialistas, é também o Brasil que reclama ferrenhamente da burocracia estatal. E não há que se falar de que se deve optar por um caminho ou outro, escolher o melhor tipo de dominação, ou algo do gênero, mas sim compreender de maneira mais apurada como essas modalidades coexistem, uma vez que a própria teoria weberiana é objetiva ao tratar das mesclas entre diferentes tipos de dominações. Essa teoria, no entanto, foi desenvolvida no contexto do século XIX-XX, com uma observação de diversas civilizações ao redor do mundo, sendo a brasileira uma das que não foi objeto do estudo.

A ausência de um enfoque de Weber sobre a realidade brasileira, especialmente com relação aos conceitos já mencionados, levou a uma série de pesquisadores locais a buscar interlocuções entre o caso do Brasil e as teorizações do autor alemão. Nesse sentido, o trabalho de Raymundo Faoro é considerado uma referência na temática. Em “Os donos do poder” (2001), no que se refere ao patrimonialismo, Faoro estabelece uma retomada histórica em que observa a forma como, seja no contexto Imperial ou na República esse tipo de dominação tradicional se mantém. O Brasil, por exemplo, não teve um período feudal propriamente dito, mas práticas clientelistas são bons exemplos de como o patrimonialismo se estabeleceu por aqui. As trocas entre o Rei e a Corte na administração do Estado e a concessão de medalhas e honrarias favoreceu a constituição de grupos influentes, apontando para a formação daquele que é o principal detentor de poder na óptica de Faoro, o estamento. Esse não encontra dificuldade em se adaptar ao desenvolvimento do Estado, seja nos períodos ainda de forte atuação da dominação tradicional, do Rei, ou na própria República. Para Faoro (2001, p. 870):

219

O caminho burocrático do estamento, em passos entremeados de compromissos e transações, não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças. O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como a técnica de operação da economia. Daí se arma o capitalismo político, ou capitalismo politicamente orientado, não calculável nas suas operações, em terminologia adotada no curso deste trabalho.

A forma como Faoro lida com o patrimonialismo no Brasil é alvo de críticas de diversos autores. Rubens Campante (2003) lista uma série de incongruências entre a abordagem faoriana e a teoria weberiana. Um ponto nesse sentido é a importância dada a centralidade do

poder, uma vez que para Faoro uma descentralização do poder central poderia significar uma desconstituição do patrimonialismo, questão que não se sustenta, uma vez que o poder central pode perder força e as práticas patrimoniais se manterem vigentes (CAMPANTE, 2003). Para Campante “Isso é importante na análise das idéias de Faoro, que concebe nosso patrimonialismo como “sufocante”, “tutelador”, “sobranceiro”, “autônomo” e outros adjetivos que apontam para um só aspecto: o poder emanando do centro. Para corroborar sua tese, Faoro, então, “torce” às vezes a história brasileira (CAMPANTE, 2003, p. 159).

O desenvolvimento do capitalismo, de maneira especial das ideias advindas do liberalismo, poderia funcionar como uma linha de defesa contra a atuação autoritária de um estamento que se adequou parcialmente à dominação racional-legal ao tomar conta da burocracia estatal. Essa breve síntese do entendimento de Faoro sobre um Brasil pré-capitalista e distante da modernidade, serviu para as argumentações de diminuição do Estado e do privatismo da década de 1990, como bem salientou Campante (2003). Esses discursos, no entanto, foram, de certa forma, enviesados, como conclui Campante (2003, p. 185)

220

Embora a explicação do liberalismo como máscara para o oligarquismo retire suporte ideológico do livro de Faoro, nosso autor nunca deixou de ser um crítico ferrenho do Estado brasileiro dos anos 90 e de apontar insistentemente seu caráter farsesco, recorrente na história brasileira, de patrimonialismo disfarçado de modernidade, utilizando a “modernidade” no que lhe interessa e desprezando sua característica fundamental, ainda não implantada neste recanto da América do Sul: o estabelecimento efetivo do Estado de direito, com seus elementos de previsibilidade e calculabilidade e sua racionalidade formal.

As oligarquias e seu papel no patrimonialismo brasileiro são parte da obra de Simon Schwartzman “Bases do Autoritarismo Brasileiro” (2007), em que ele busca estabelecer relações entre a questão econômica e a representação e disputa política no Estado brasileiro. Para Schwartzman (2007, p. 261) “O Estado patrimonialista, clientelista, acomodador é visto como uma reminiscência do passado, do tradicional, do conservador, e a necessidade de sua substituição por um novo tipo de ordenamento jurídico-político se impõe”. Um aspecto desse atraso institucional é o coronelismo, ou seja, controle de determinadas regiões por senhores com legitimidade oriunda do Estado. Esse tipo de domínio é abordado na obra “Sobre o autoritarismo brasileiro” de Lilia Schwarcz (2019), não se confundindo com o patrimonialismo, mas sendo considerado uma das mais tradicionais práticas autoritárias brasileiras, responsável pela manutenção, com outra roupagem, de oligarquias políticas até a atualidade. Um outro



estudo interessante, embora com outro enfoque, é o que estabelece as relações entre o patrimonialismo e a larga presença de cargos em comissão na Administração Pública brasileira (GRISON, 2011), ou seja, que foge a simples dominação racional-legal. Em situações como essas, em que se mistura interesses políticos e econômicos, pode-se ver a atualidade da proposta conceitual de estamento por Max Weber.

O autoritarismo e o arbítrio são marcas da história brasileira, sendo que a dominação racional-legal, no contexto de um Estado com fortes marcas patrimonialistas, poderia significar um avanço em direção a modernidade. A experiência com regimes autoritários altamente calcados na formalização de suas práticas, com vista a legalidade das mesmas, questiona esse tipo de mudança. O sistema de justiça brasileiro, bastante aperfeiçoado após a Constituição Federal de 1988, carrega ainda dificuldades no que se refere a aspectos de sua autorregulação e fiscalização. Na próxima parte deste texto será dedicada ao estudo de uma decisão judicial de grande impacto no cenário jurídico nacional, possuindo efeitos puramente legais e outros na própria administração da justiça. Sobre a forma como as normas que gestam a um sistema burocrático em uma dinâmica democrática é central a explicação weberiana (WEBER, 1999, p. 234):

221

Estas normas, no caso da dominação burocrática, são racionalmente criadas, apelam ao senso da legalidade abstrata e baseiam-se em instrução técnica; na dominação patriarcal, ao contrário, fundamentam-se na "tradição"; na crença na inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre. E a significação das normas é nas duas fundamentalmente diferente. Na dominação burocrática é a norma estatuída que cria a legitimação do detentor concreto do poder para dar ordens concretas. Na dominação patriarcal é a submissão pessoal ao senhor que garante a legitimidade das regras por este estatuídas, e somente o fato e os limites de seu poder de mando têm, por sua vez, sua origem em "normas", mas em normas não-estatuídas, sagradas pela tradição.

2 A AÇÃO ORIGINÁRIA 1.173: AUXÍLIO-MORADIA E PATRIMONIALISMO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

O patrimonialismo associado à burocracia estatal é uma realidade. Essa afirmação parece manter uma contradição em si, afinal, são elementos decorrentes de forma de dominação distintas. Enquanto o primeiro decorre daquilo que Weber entende como uma dominação tradicional, sem grande organização, o segundo decorre de uma dominação de tipo racional-legal, logo deveria funcionar como antídoto para a confusão entre as esferas pública e privada.

A Administração Pública brasileira pode ser, então, entendida sob a influência das dominações, com destaque para o patrimonialismo, como sugerem Renato Ferreira Oliveira, Virgílio César da Silva e Oliveira e Antônio Carlos dos Santos (2011).

No contexto da reflexão sobre a Administração Pública é comum que existam associações ou estudos mais direcionados a prática dos agentes públicos, especialmente aqueles relacionados ao Poder Executivo ou Legislativo. Esse tipo de constatação é facilitada pela atuação da mídia e de legislações que punem abusos desse tipo. O Poder Judiciário, por outro lado, ocupa lugar de muito menos destaque com relação a práticas duvidosas sobre a extrapolação dos limites entre o público e o privado. Isso é particularmente difícil pois é esse o poder, em conjunto com o Ministério Público, de limitar os abusos impetrados contra a coisa pública. Essa dificuldade é particularmente importante na decisão pelo desenvolvimento do presente estudo. Aquele que julga é também aquele que decide sobre temáticas que lhe afetam e compreender essa dinâmica através das categorias weberianas pode significar um avanço interessante na percepção que tem a sociedade das funções e usos do Direito (OLIVEIRA JUNIOR; SOUZA, 2016, p. 52)

222

O sistema de justiça, para os fins deste trabalho, deve ser considerado “mais amplo do que o poder judiciário” (SADEK, 2010, p. 9), podendo comportar, conforme a autora, também o Ministério Público, a Polícia e a Advocacia pública e privada, bem como suas diferentes instâncias e estruturas organizacionais. Assim, o sistema de justiça é responsável não apenas pela atividade jurisdicional, mas também pela sua própria administração. Existe toda uma área da sociologia direcionada ao estudo da administração da justiça, conforme lembra Boaventura de Souza Santos (1986), que comporta discussões que vão desde as demandas de acesso à justiça até o recrutamento de magistrados, tendo se desenvolvido de maneira exponencial no Brasil nas últimas décadas, graças ao aumento do tamanho do sistema e de prerrogativas juridicamente demandadas. Junto com o sistema também cresceu a burocracia, elemento central na compreensão da crise do judiciário (PEREIRA JUNIOR, 2010).

Estabelecidos parâmetros mais gerais do funcionamento do sistema de justiça é importante destacar a atuação de um desses órgãos: o Supremo Tribunal Federal. É nesse órgão que decisões de amplo impacto na estrutura da Administração Pública em geral e do sistema em si, são decididas em última instância. Quem preside esse tribunal também chefia o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo desse sistema e que não teve atuação decisiva nesse caso. Assim, um tipo especial de decisão judicial tem alto potencial de impacto e ao mesmo



tempo reduzida possibilidade de discussão: as decisões liminares. Foi em um expediente desse tipo que o STF, no ano de 2014, concedeu o auxílio-moradia de maneira quase indiscriminada para juízes, promotores e procuradores do país inteiro. É essa a decisão alvo de análise aqui.

Um aspecto importante do estudo aqui proposto é que se trata de uma análise de uma decisão judicial que suscita discussões processuais e constitucionais singulares, ao mesmo tempo que gerou um enorme peso orçamentário para a administração da justiça. Na análise aqui empreendida o último tipo de efeito é mais relevante. O enfoque nos detalhes mais inseridos no cotidiano do sistema de justiça e daquilo que é colocado em jogo está mais relacionado ao que Santos (1986) chama de “A administração da justiça enquanto instituição política e profissional”, ou seja, na análise que permita identificar o funcionamento da burocracia e dos seus eventuais vícios, dentre eles o patrimonialismo, na realidade do sistema. De maneira distinta ao realizado na primeira etapa desse artigo, onde se priorizou a revisão bibliográfica, aqui o enfoque metodológico está direcionado aos argumentos e ao discurso (BAUER; GASKELL, 2003) observável na decisão. Essa abordagem é interessante pois permite estabelecer uma análise que leva em conta as características do sujeito e do local que ocupa, bem como encontrar incongruências – ou congruências, entre o discurso dito e as suas implicações fáticas no contexto jurídico ou não.

A decisão da Ação Originária 1.773 – Distrito Federal corresponde ao “relatório conjunto de seis ações originárias (AO 1.389, AO 1.773, AO 1.776, AO 1.946, AO 1.975 e ACO 2.511)” (p. 3) que foram “ajuizadas em face da União, em que se pretende o reconhecimento do direito à ajuda de custo para fins de moradia prevista no art. 65, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN (Lei Complementar nº 35/1979)” (p. 3), sendo simetricamente estendido ao Ministério Público. No dispositivo da LOMAN que foi mencionado, lê-se “Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens: II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado”. Embora constem alguns indivíduos no polo ativo, também aparecem como autores ou interessados no benefício a Associação dos Juízes Federais – AJUFE, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e da Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, e da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES. No polo passivo figurava União.

A grande quantidade de entidades de classe já demonstra um aspecto interessante no que se refere ao comportamento da burocracia no sistema de justiça. É absolutamente razoável que entidades representem seus sócios ou afiliados, mas a massiva atuação delas, ingressando com ações ou buscando participar das que já estavam em curso, aponta para uma forte capacidade de movimentação dentro do sistema, podendo exercer poder no topo. Esse tipo de postura é comumente associada às entidades do funcionalismo público e sua capacidade de penetrar ambientes políticos, como o Legislativo. Como se verá mais adiante esse grupo de entidades não apenas consegue êxito na demanda judicial, como também estabelece diálogos com força de produção legal. Os principais argumentos apresentados pelos autores são:

Requeriam a antecipação dos efeitos da tutela para que se determinasse o imediato pagamento da referida verba indenizatória. Argumentavam que a parcela indenizatória sub judice é de natureza alimentar, de extrema relevância, ainda mais se considerada a impossibilidade de o Juiz Federal exercer qualquer outro tipo de atividade remunerada, salvo no magistério. (p. 4, grifo nosso)

[...] a Associação autora sustenta haver descaso do Estado brasileiro na criação de uma solução política duradoura para a remuneração da magistratura da União, salientando que o equacionamento dos problemas tem se concretizado em caráter emergencial e dependente do maior ou menor interesse dos presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais superiores. Destaca que a Lei no 8.448/92 teria reestabelecido, até o advento do regime previsto na Lei no 10.474/2002, a dignidade remuneratória no âmbito da Magistratura da União ao assegurar a equivalência da remuneração entre os três Poderes do Estado. Atento ao que disposto no referido diploma legal, o STF decidiu, em sessão administrativa de 12 de agosto de 1992, assegurar a equivalência prevista na Lei no 8.444/92, sem que, na ocasião tivesse estendido aos magistrados todas as vantagens percebidas por parlamentares brasileiros. (p. 9, grifo nosso)

Sustenta, ainda, que, além do auxílio-moradia já reconhecido pelo STF, outra parcela remuneratória deveria ser incluída na PAE, qual seja, a ajuda de custo instituída pelo artigo 3o do Decreto Legislativo no 07 de 1995, verbis:

Art. 3o - É devido ao parlamentar, no início e no final previsto para sessão legislativa, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração. (p. 10, grifo nosso)

Em resposta aos argumentos dos autores a União afirmou que “o pagamento do benefício apenas seria devido nas hipóteses de residência estabelecida em caráter excepcional e transitório, não alcançando as situações em que configurada a definitividade de permanência em nova lotação” (p. 4) e “que quando optam pela mudança, simplesmente continuam a arcar com as despesas normais e ordinárias de moradia que oneram qualquer cidadão que realiza o seu trabalho normal, onde quer que venham a desempenhar suas funções” (p. 4-5). Além disso “nos termos do artigo 93, caput, da Lei Maior, a concessão de vantagens funcionais aos magistrados somente pode derivar da edição de lei complementar” (p. 5). Essa questão é especialmente significativa dada a importância de se observar as normas de planejamento

orçamentário para uma burocracia que tenha uma aplicação sociológica mais adequada (OLIVEIRA JUNIOR, SOUZA, 2016, p. 137).

Levantados os argumentos dos interessados e da União, em 15.9.2014, o relator concedeu liminar para todos os juízes e membros do Ministério Público lhes garantindo o Auxílio-Moradia, desde que não houvesse residência oficial na localidade. A base da decisão é o próprio artigo da LOMAM mencionado anteriormente, além do fato de que alguns magistrados já recebiam esse auxílio. Assim uma regra de exceção se tornou padrão, com apenas uma simples decisão liminar cujo mérito nunca foi a plenário. A situação foi definitivamente solucionada apenas em 2018, pouco mais de quatro anos depois com um custo anual estimado em um bilhão de reais¹ para os cofres públicos. Isso significou que juízes e promotores que, mesmo tendo imóvel próprio na localidade, podiam receber acréscimos mensais na casa de quatro mil reais.

O relator, ao iniciar a fundamentação de sua decisão final (revogar a liminar) toca em uma questão importante para a discussão colocada. Afirma que:

Com efeito, não se pode descuidar que a organização do Poder Judiciário brasileiro é objeto de direto delimitação constitucional. Por se tratar de Poder autônomo e independente da República, a ele se deve assegurar – com as garantias típicas das normas constitucionais – preceitos normativos mínimos que proporcionem à instituição e a seus membros condições fáticas, concretas e efetivas para o exercício independente e imparcial de seu mister constitucional. (p. 16, grifo nosso)

No arcabouço constitucional, há regras – muitas delas existentes não apenas para o Poder Judiciário – relativas à própria autonomia institucional (v.g.: formulação de suas propostas de orçamento, iniciativa legislativa atribuída ao Supremo Tribunal Federal, modelo de provimento de seus cargos), bem como as que se vinculam ao regime jurídico-administrativo de seus membros. (p. 16, grifo nosso)

Autonomia, delimitação constitucional, normas e regras. Soltas essas palavras podem demonstrar bons valores para um sistema de justiça em uma democracia. Em conjunto, na forma como estão organizadas, para garantir preceitos mínimos para o exercício do cargo, parece que servem muito mais para gerar algum tipo de diferenciação positiva, o que pode ser facilmente relacionado ao conceito weberiano de status. Os membros do sistema de justiça devem ter acesso a um tipo específico de padrão de vida, algo que lhes permita determinadas condições de exercício. A menção ao fato do judiciário ter autonomia e fazer sua própria proposta de orçamento acaba por levantar uma questão que, embora aparentemente trivial, é de

¹ Ver mais em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/auxilio-moradia-ja-custa-r-1-bi-com-indefinicao.70002394372>> Acesso em: 26 jan. 2020.

grande importância. Como uma concessão de benefício salarial tão significativo foi inserido no orçamento? A decisão da liminar remonta a setembro de 2014, como em tal período do ano, com o país adentrando em um período fiscal difícil, encontra-se espaço orçamentário? A resposta mais óbvia é que se trata de uma decisão judicial, portanto deve ser cumprida, o que desvela o alcance desse grupo tão influente.

(o Auxílio-moradia) Não se trata de benefício odioso ou inconstitucional, tampouco de privilégio irrazoável; mas que tem aplicação a partir do que expressamente especificado em lei, à luz das determinações constitucionais, especialmente quanto ao dever de residência na comarca de atuação e da garantida inamovibilidade aos membros da Magistratura e do Ministério Público. (p. 22, grifo nosso)
Juízes são agentes de um poder estatal e protagonistas da prestação jurisdicional. Naturalmente, o status institucional e o regime funcional dos membros da Magistratura deve ser compatível com o papel constitucional do Poder Judiciário. Como consequência, contraria a lógica do sistema que os magistrados tenham posição de inferioridade em relação às carreiras jurídicas públicas, inclusive e notadamente no que diz respeito à retribuição financeira por parte do Poder Público. (p. 17-18, grifo nosso)

O primeiro trecho transcrito acima é de autoria do próprio relator, enquanto que o segundo é uma manifestação do Ministro Roberto Barroso enquanto ele ainda era advogado e, nesse caso, atuava em uma questão que tramitava no Conselho Nacional de Justiça. Nos trechos acima é intensificada a necessidade da manutenção do status, ao mesmo tempo que se advoga pela simetria, algo que é aplicado pelo Ministro na liminar. Essa simetria, no entanto, parece assumir um papel que vai para além da equalização de recursos, mas também funciona como um elemento de identidade entre os grupos. A inamovibilidade é outro elemento que aponta para uma percepção de propriedade com relação ao cargo, ao mesmo tempo que aproxima os sujeitos pela semelhança. A demanda por simetria parece fortalecer um grupo com funções e ganhos tão iguais, que não podem ser inferiorizados dentro do sistema, e que tem autonomia quase absoluta a ponto de lembrarem um estamento burocrático (OLIVEIRA; OLIVEIRA; SANTOS, 2011, p. 953).

Foi com o alicerce dessas premissas que reconheci, em caráter cautelar, a partir dos critérios de isonomia, juridicidade e, sobretudo, de coerência, que também os juízes da União e de todos os Estados brasileiros tivessem o direito de receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, II, da LC nº 35/79, desde que verificada a única condição legalmente estipulada: a inexistência, na localidade de atuação funcional, de residência oficial à sua disposição. (p. 22-23, grifo nosso)
 Destarte, a abordagem delineada limitou-se à análise dos aspectos estritamente jurídicos. Assim é que toda a narrativa e argumentação se desenvolveram por intermédio de uma lógica técnica que impõe a necessária conclusão de que o auxílio-moradia é devido a magistrados e membros do MP. Entretanto, o Direito é, por

essência, multidisciplinar e não se pode desprezar o contexto em que as decisões judiciais são tomadas, especialmente as que acarretam impacto orçamentário. (p. 22-23, grifo nosso)

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, há de se ter em foco a justa equalização das situações sub judice, não podendo o Judiciário se afastar completamente do cenário econômico e da realidade orçamentária. (p. 22-23, grifo nosso)

O uso dos princípios é, no mínimo, intrigante nessa decisão. Não é fácil enxergar alguma coerência pela forma como a própria juridicidade é tratada. Talvez seja por isso que conceitos vagos e discutíveis, como a “natureza” do Direito, foram chamados à baila, de maneira a fortalecer os elementos fáticos apresentados. Assim o julgador observou que o Judiciário não pode se afastar completamente do cenário econômico. Entre 2014 e 2018, além da grave crise econômica, sendo que em 2018, de acordo com o Ministro, “um fato novo de amazônica repercussão” (p. 23) surgiu. As “Leis n.o 13.752/2018 e n.o 13.753/2018 aprovaram uma recomposição das perdas inflacionárias em um total de 16,38%, purgando, ainda que parcialmente, os efeitos deletérios do prolongado congelamento dos subsídios pagos aos membros do Supremo Tribunal Federal e ao Procurador-Geral da República” (p. 23).

227

O novo cenário demandava que uma mudança que encerrasse o pagamento dos auxílios de maneira uniforme. Para tanto, o Ministro passa a argumentar que “em uma abordagem pragmática e multidisciplinar, a atuação do juiz, como agente político dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo” (p. 24). Esses axiomas, dado a sua amplitude, podem alimentar hermenêuticas problemáticas, induzindo resultados eventualmente inapropriados. No caso em tela o Ministro foca seus argumentos finais na necessidade de adequar a decisão a realidade social, pautando-se por uma postura pragmática. “Cada vez mais, Cortes constitucionais têm adotado explicitamente o discurso consequencial para resolver conflitos, especialmente em contextos de crise política e econômica. Antes um ideário distante, o pragmatismo tornou-se *common place* na prática adjudicativa” (p. 25). O juiz, que é agente político, deve ter o pragmatismo como sua ideologia.

Portanto, numa análise pragmática, não há como escapar da impossibilidade, no momento, das carreiras jurídicas afetadas pelo recente reajuste serem tuteladas pelo pagamento do auxílio-moradia nos moldes assegurados pela liminar deferida e em acúmulo com a recomposição salarial. No atual estado das coisas, impõe-se ao Poder Judiciário o estabelecimento de parâmetros que assegurem o ajuste fiscal das contas públicas. (p. 26)

Observados os dados da realidade e a boa ponderação e coerência o Ministro decidiu, em 26.11.2008, “*Determinar que a cessação do pagamento do auxílio-moradia só ocorra quando do implemento financeiro no contracheque do subsídio majorado pelas Leis n.º 13.752/2018 e n.º 13.753/2018*” (p. 28). O negrito consta na própria decisão. Esse condicionamento da cessação do auxílio apenas com o implemento do aumento salarial obtido na lei complementar é um último aspecto relevante nesse ato. Isso ilumina os contornos de um Estado que vê em seu sistema de justiça uma tendência patrimonialista, que usou sua força dentro do aparelho burocrático de maneira documentada e aberta, para obter um benefício que é econômico, mas também é de status e de aparência. O sistema de justiça, desse modo, parece atuar como uma chave que ora gira para um lado tradicional, ora racional-legal, a depender da atuação pragmática necessária ou da simples técnica jurídica.

CONCLUSÕES

A teoria sociológica de Max Weber, especialmente no que trata sobre o conceito de patrimonialismo, estamento e dominações continua de singular atualidade para o tratamento de questões cotidianas relativas ao estudo da sociedade. Os horizontes abertos por essa linha teórica possibilitam uma análise comprometida com o contexto social de maneira mais ampla, sendo que, ao ser confrontada com dados da realidade, como é o caso de uma decisão judicial, permite aprofundar a discussão para além das fronteiras hermenêuticas ou puramente dogmáticas. Assim, do desenvolvimento do presente artigo foram extraídas algumas percepções iniciais que parecem de grande valia, partindo desde aspectos conceituais até verificações que remontam ao funcionamento do sistema de justiça.

Na primeira parte do artigo, onde foram enfatizados aspectos teóricos, com enfoque na tensão entre a dominação tradicional, a qual é associado o patrimonialismo, e a dominação racional-legal, a qual é associada a burocracia. Com base na retomada dos conceitos weberianos e de autores brasileiros que buscaram receber essa teoria no contexto local, foi possível perceber uma coexistência de dominações com alguma continuidade histórica. Com isso se quer dizer que, dadas as peculiaridades do desenvolvimento local, boa parte desses conceitos permanecem atuais e, até mesmo combinados. O patrimonialismo é uma constante, seja como subtipo de dominação tradicional ou como manifestação desajustada do poder decorrente da legitimidade conferida pela dominação racional-legal em um Estado amplamente burocratizado.

A segunda parte do texto é dedicada a operacionalização dos conceitos aprofundados anteriormente, no contexto do sistema de justiça, em especial na sua administração. Esse processo foi realizado com base na análise de uma decisão judicial relativa ao Auxílio-Moradia para juízes e promotores. Nesse sentido se observou a perspectiva do patrimonialismo como possibilidade do emprego da lei em função de interesses específicos, como é o caso do argumento pragmatista e seus resultados práticos. O cargo é apresentado quase como dimensão de direito de propriedade (inamovibilidade e vitaliciedade), sem que se possa confundir comandos constitucionais corretos com a análise das percepções sobre os mesmos. Na decisão em estudo há uma diferença da percepção tradicional de patrimonialismo porque essa se dá, geralmente, dentro de uma lógica de dominação tradicional, enquanto que a atuação do juiz deveria estar equalizada com uma dominação de cunho legal com a organização burocrática, o que implica uma aparente utilização de um modelo de dominação distinto para fins pessoais.

Enfim, a julgar pela repercussão de notícias sobre reclamações de membros do sistema de justiça a respeito de seus vencimentos e necessidades para o exercício digno de suas profissões, esse trabalho é apenas uma provocação inicial. A composição do Supremo Tribunal Federal, definida diferentemente da maioria do sistema jurídico, por agentes indicados e não necessariamente submetidos ao filtro da seleção técnico-racional, talvez encontre aí um primeiro vínculo com o poder político. A formação de um grupo coeso, influente e altamente protegido pela burocracia, com legitimidade racional-legal e a ocorrência de prática como a ora em estudo, parece evidenciar o paradoxo permanente entre tradição e razão no Estado brasileiro, talvez menos como paradoxo e mais como complementariedade.

229

REFERÊNCIAS

BAUER, Martin W; GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária 1.773* – Distrito Federal. Ministro Relator: Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 27 jan. 2020.



BRASIL. Lei Complementar no. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República [1979]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 27 jan. 2020.

CAMPANTE, Rubens Goyatá Campante. O Patrimonialismo em Faoro e Weber e a Sociologia Brasileira. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

GRISON, Leonardo. *O patrimonialismo na administração pública: os cargos em comissão*. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2011.

OLIVEIRA; Renato F. de; OLIVEIRA, Virgílio César da S. e; SANTOS, Antônio Carlos dos. Beneficiários ou refêns? O patrimonialismo na perspectiva dos cidadãos de Poço Fundo, Minas Gerais. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 950-966, dez. 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Poder judiciário e questões de poder, Direito e democracia – contribuições de Max Weber e Jurgen Habermas para uma sociologia judiciária. In: CONPEDI. (Org.). *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2009, p. 2011-2024.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades; SOUZA, Leonardo da Rocha. *Sociologia do Direito: Desafios Contemporâneos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PEREIRA JUNIOR, Ricardo. *O desafio moderno e o judiciário: Ordem jurídica, tempo, espaço e atuação da justiça*. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *O sistema de justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, p. 11-44, 1986.

SCHWARCZ, Lilia M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do Autoritarismo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva*. Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1982.

Submissão: 20/05/2020
Aceito para Publicação: 28/07/2020



O ESTADO BRASILEIRO E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

THE BRAZILIAN STATE AND THE SOCIAL INCLUSION OF PERSONS WITH DISABILITIES

Rafael José Nadim de Lazari*

Adolfo Mamoru Nishiyama**

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o papel do Estado na inclusão social das pessoas com deficiência. Para tanto, analisa-se o desenvolvimento histórico da posição estatal em relação àquele grupo vulnerável. O Estado brasileiro, por sua vez, avançou bastante no tocante à legislação protetiva das pessoas com deficiência, incorporando ao seu ordenamento jurídico a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Posteriormente, foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que promoveu desenvolvimento ainda maior na legislação brasileira. No entanto, há ainda muitas barreiras a serem vencidas para que efetivamente ocorra a inclusão social das pessoas com deficiência na sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Pessoas com deficiência. Inclusão social. Direito do acesso.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the function of the State in the social inclusion of people with disabilities. For this, the historical development of the State position in relation to that vulnerable group is analyzed. The Brazilian State, on the other hand, has made significant progress in the protection of people with disabilities by incorporating into its legal system the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol signed in New York on March 30, 2007. After, the Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities was promulgated, which prompted even greater development in Brazilian legislation. However, there are still many barriers to be overcome in order for the social inclusion of people with disabilities to take place in Brazilian society.

KEYWORDS: Constitution. People with disabilities. Social inclusion. Right of access.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O papel do Estado na inclusão das pessoas com deficiência. 1.1 Antiguidade e Idade Média. 1.2 O Estado Liberal e a Revolução Francesa. 1.3 O declínio do Estado Liberal. 1.4 O fortalecimento das Constituições. 2 O Estado brasileiro e a inclusão social das pessoas com deficiência. 2.1 A Constituição Federal de 1988 e a inclusão social das pessoas com deficiência. 2.2 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2.3 A Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Conclusões. Referências.

* Advogado e consultor jurídico. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Constitucional da Rede LFG de Ensino. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Membro da ABDPro - Associação Brasileira de Direito Processual. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Titular da Universidade Paulista (Unip). Advogado em São Paulo.

INTRODUÇÃO

O objetivo do Estado, como é sabido, é a busca do bem comum. Isso fica mais evidente com o desenvolvimento da teoria do Estado social, no qual se busca a proteção dos grupos vulneráveis e das minorias. Nesse sentido, ganha destaque o constitucionalismo que se desenvolveu a partir da Revolução Francesa, e, mais recentemente, destaca-se o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo¹. Essa nova teoria desenvolveu-se após o término da Segunda Guerra Mundial, na qual houve a violação atroz dos direitos humanos. Os direitos humanos, pós Guerra, passaram a ser preocupação constante do direito internacional e houve o renascimento do constitucionalismo nos diversos Estados.

Nesse cenário histórico desenvolveu-se, na era moderna, a necessidade de proteção das pessoas com deficiência pelos Estados, em especial a sua inclusão social. As liberdades públicas positivas passaram a fazer parte dos textos constitucionais. Aos poucos, os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a ser incorporados nas Constituições dos diversos Estados, entre os quais o brasileiro. É assim que a Constituição da República Federativa do Brasil passou a prever, em diversos artigos, a necessidade de inclusão das pessoas com deficiência.

O presente artigo pretende demonstrar como o Estado brasileiro aborda a questão da inclusão social das pessoas com deficiência. Inicialmente, analisar-se-á o tratamento conferido pelo Estado às pessoas com deficiência na Antiguidade e na Idade Média. Na era moderna, passar-se-á pela Revolução Francesa, o declínio do Estado liberal e o ressurgimento do constitucionalismo. Verificar-se-á como o Estado brasileiro faz a proteção das pessoas com deficiência, em especial em relação à sua inclusão social, analisando o texto constitucional, a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O trabalho está limitado à pesquisa qualitativa, com levantamento bibliográfico, observando-se o desenvolvimento evolutivo da proteção das pessoas com deficiência ao longo

¹ Nesse sentido: “Com o fracasso do positivismo e o resgate do elemento axiológico do direito pelo humanismo, diversos documentos internacionais e nacionais sobrevieram, num processo de internacionalização, regionalização e incorporação dos direitos fundamentalmente humanos declarados expressamente. Embora tenha se pretendido um retorno ao conceito de lei natural, o que surgiu foi um novo movimento, chamado *pós-positivismo*” (LAZARI, Rafael de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 62).

da história, culminando com a análise do tratamento jurídico conferido pelo Estado brasileiro a esse grupo vulnerável.

1 O PAPEL DO ESTADO NA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1.1 ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA

O Estado é dotado de certas características que o compõem. Seus quatro elementos básicos são: a *soberania*, o *território*, o *povo* e a *finalidade*². Não há um consenso sobre o seu surgimento. Os pensadores apontam, pelo menos, três teorias a esse respeito: (a) para alguns doutrinadores, o Estado sempre existiu junto com a própria sociedade, pois o homem está integrado em uma organização social dotada de poder e possui uma autoridade que determina o comportamento de todo o grupo; (b) outros autores entendem que a sociedade humana existiu sem o Estado por certo período de tempo. Posteriormente, por motivos diversos, o Estado foi constituído para atender às necessidades dos grupos sociais, não havendo concomitância no surgimento do Estado em diferentes lugares, uma vez que ele foi surgindo conforme as condições concretas de cada lugar; (c) uma terceira corrente entende que o Estado nasceu a partir do século XVII, pois é dotado de certas características muito bem definidas que só foram esboçadas nesse período³.

235

Apesar de o conceito de Estado ter surgido a partir do século XVII, não se pode ignorar que ele já existia desde a Antiguidade, influenciando na vida das pessoas. Durante muito tempo, o Estado não se preocupou com a proteção das pessoas com deficiência. Pelo contrário, elas não possuíam direitos. A lei não permitia a convivência social das pessoas “disformes ou monstruosas” e, conseqüentemente, ordenava-se ao pai que matasse o filho que nascesse com alguma espécie de deficiência⁴. A cultura de vários Estados rejeitava as pessoas que nasciam com alguma deficiência, sendo que a prática do infanticídio vigorou por séculos. É o que se nota, por exemplo, na antiga Índia, onde os filhos com malformação eram jogados no rio Ganges. Por outro lado, quando não eram mortos, não possuíam direitos. Por exemplo, pelo

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 60-61.

⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 183.

código de Manu as pessoas com deficiência como “os cegos e surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados”, não eram admitidos a herdar⁵.

A situação das pessoas com deficiência não melhora na Idade Média. Este período foi influenciado profundamente pelos dogmas da Igreja Católica, uma vez que as representações de saúde e doença passaram a ter fundamento religioso. A Idade Média foi marcada por catástrofes e pestes, como a hanseníase⁶, e a sociedade procurava explicações sobrenaturais, o que era preenchido pelo Cristianismo. Jesus Cristo representava o guardador das almas, e os santos eram reverenciados para prevenir as doenças. Os sacerdotes cristãos eram os enviados de Deus para conferir a cura e os milagres tanto do corpo quanto da alma. Essas crenças sobrenaturais levaram ao surgimento da Santa Inquisição nos séculos XIII e XIV, liderada pela Igreja Católica, com a perseguição, tortura e morte das pessoas com deficiência, principalmente em relação àqueles que tinham alguma deficiência intelectual⁷.

A Igreja Católica possuía milhares de propriedades, o que a tornava forte e poderosa. Além disso, a personificação de Cristo e de um Ser Supremo fazia com que as pessoas submetessem sua vontade à da Igreja por causa da fé⁸. Havia uma profunda crença arraigada na sociedade medieval de que a Igreja deveria ser obedecida e seus dogmas aceitos⁹. A Santa Inquisição era um meio de impor a autoridade religiosa, com a queima dos dissidentes e das pessoas consideradas insanas, mas, por outro lado, havia também a promessa de que algo melhor e mais duradouro deveria seguir-se após a morte¹⁰.

Ao final da Idade Média, a hanseníase começa a desaparecer na Europa, mas entre os séculos XIV e XVII surgiu “uma nova encarnação do mal, um outro esgar do medo, mágicas

⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 28.

⁶ A hanseníase, também conhecida como lepra, se espalhou durante a Idade Média. Segundo Michel Foucault: “A partir da alta Idade Média, e até o final das Cruzadas, os leprosários tinham multiplicado por toda a superfície da Europa suas cidades malditas. Segundo Mathieu Paris, chegou a haver 19.000 delas em toda a cristandade” (FOUCAULT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 7).

⁷ MACIEL, Silvana Carneiro. *Exclusão/inclusão social do doente mental/louco: representações e práticas no contexto da reforma psiquiátrica*. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Universidade Federal de Paraíba. João Pessoa, 2007, p. 22-23. Disponível em: <http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1099>. Acesso em: 18 dez. 2018.

⁸ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. Tradução de Hilário Torloni. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 96.

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem, p. 98.

renovadas de purificação e exclusão”¹¹. Os hospitais de dermatologia¹² tinham se espalhado por toda a Europa no período das pestes, mas agora essa estrutura passará a ser usada para a exclusão de outros grupos como “os pobres, vagabundos, presidiários e ‘cabeças alienadas’”¹³.

A hanseníase foi substituída, inicialmente, pelas doenças venéreas, mas não são elas que assegurariam, no Renascimento, o papel que cabia à hanseníase no interior da cultura medieval. Esse novo protagonismo passou a ser das pessoas com transtornos mentais. Elas passaram a ser internadas nos antigos hospitais de dermatologia, que haviam sido criadas no período das pestes. Houve verdadeira exclusão das pessoas com deficiência na sociedade europeia nesse período.

1.2 O ESTADO LIBERAL E A REVOLUÇÃO FRANCESA

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa (26.08.1789) foi um marco para o surgimento do constitucionalismo moderno. A limitação do poder estatal e a consagração de direitos aos cidadãos foram marcos fundamentais da Revolução Francesa.

237

O tema central daquela revolução foi a liberdade, o que fortaleceu o Estado liberal. Exigia-se abstenção do Estado nas relações jurídicas entre as pessoas privadas. Consagrou-se o Estado mínimo, característico da chamada primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Segundo Michel Foucault, “no decorrer do século XVIII, alguma coisa mudou na loucura”¹⁴, uma vez que ela estava emergindo novamente. O número de pessoas com transtornos mentais aumentou consideravelmente nesse período, o que levou a abertura de uma série de casas destinadas a receber essas pessoas. Só em Paris, por exemplo, foram abertas cerca de vinte casas particulares. Houve uma inovação em comparação ao século anterior, pois, se antes as pessoas com transtornos mentais ficavam segregadas nas grandes casas de internação, encontravam agora uma terra de asilo que seria só delas, em razão da grande quantidade de casas abertas nesse período. Talvez isso possa explicar a multiplicação de pessoas com transtornos mentais na Europa.

¹¹ FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 7.

¹² No livro de Foucault é utilizada a palavra “leprosário”, mas, atualmente, o termo correto é hospital de dermatologia.

¹³ FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 10.

¹⁴ FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 417.

O século XVIII é caracterizado pelo medo da “loucura”, impondo-se às pessoas com deficiência intelectual o seu isolamento social. Os novos hospitais que foram criados não tinham estrutura diferente daqueles que os tinham precedido no século anterior. Na realidade, as condições de internamento não mudaram, e embora fossem destinados especialmente às pessoas com deficiência intelectual, os novos hospitais não melhoraram em nada no tange ao tratamento médico.

No período da Revolução Francesa havia algumas pessoas com transtornos mentais. Em 1834 eram apenas dez mil, bem poucas em comparação aos dez milhões de indigentes, trezentos mil mendigos, mais ou menos cem mil vagabundos, cento e trinta mil menores abandonados etc.¹⁵. A maioria desses problemas sociais agudos permaneceu sem solução até as primeiras “leis sociais” da Terceira República. A primeira grande medida legislativa que prevê um direito à assistência e à atenção para uma categoria de indigentes ou de doentes é a lei sobre os alienados, de 30 de junho de 1838. Essa lei instaura “um dispositivo completo de ajuda com a invenção de um novo espaço, o asilo, a criação de um primeiro corpo de médicos-funcionários, a constituição de um ‘saber especial’, etc.”¹⁶.

238

1.3 O DECLÍNIO DO ESTADO LIBERAL

O período entre as duas guerras mundiais marcou o colapso dos valores e instituições liberais¹⁷. Entre os valores liberais havia a desconfiança da ditadura e de governos absolutos, além disso, havia o compromisso com governo constitucional e assembleias livremente eleitas para a garantia do domínio da lei e um conjunto de direitos garantidos que consistiam na liberdade individual.

Antes do início da Primeira Guerra Mundial (1914), esses valores liberais só haviam sido contestados pelas forças tradicionais da Igreja Católica Romana, que defendiam os seus dogmas enraizados há muitos séculos, e pelas forças da democracia, que era incipiente, mas perturbadora. No entanto, o mais perigoso de todos esses movimentos de massa foi o *trabalhista*

¹⁵ CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 16.

¹⁶ CASTEL, Robert, op. cit., p. 16.

¹⁷ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 113-143.

socialista, que estava totalmente comprometido com valores “da razão, ciência, progresso, educação e liberdade individual quanto qualquer outro”¹⁸.

Nesse período iniciou-se a crise do liberalismo mundial, o que se acentuou quando Adolf Hitler se tornou chanceler da Alemanha em 1933. Havia no mundo inteiro poucos governos eleitos e constitucionais, sendo que aproximadamente um terço dos territórios eram colônias e, por definição, não eram liberais.

A ameaça às instituições liberais vinha apenas da direita política, já que o comunismo estava isolado e não se expandiu após a ascensão de Stalin. O comunismo tornou-se uma força apenas mantenedora do Estado, e não uma força subversiva, além disso, não se questionava seu compromisso com a democracia. Já a direita política ameaçava a ideologia da civilização liberal no tocante ao governo constitucional e representativo; tais movimentos foram denominados *totalitarismo* ou *fascismo*¹⁹.

Antes mesmo do início da Primeira Guerra Mundial já existiam movimentos extremistas da ultradireita, como nacionalistas e xenófobos, incentivadores dos ideais da guerra e da violência, intolerantes e praticantes de atos totalmente antiliberais, antidemocráticos, antiproletários, antissocialistas e defensores do sangue e dos valores antigos que a era moderna estava destruindo²⁰.

Após a Primeira Guerra Mundial, o colapso dos velhos regimes como as velhas classes dominantes e seu maquinário de poder, deu oportunidade ao fascismo de ascender ao poder na Europa, principalmente naqueles países em que o funcionamento dos antigos regimes estava em crise. Assim, surgiram as condições ideais para a ascensão e triunfo da ultradireita com uma massa de pessoas desencantadas, desorientadas e descontentes²¹, principalmente a massa de desempregados e excluídos da sociedade. Havia também a ameaça de uma revolução social²² e o ressentimento nacionalista contra os tratados de paz pós-guerra (1918-1920). Nessas condições, os liberais italianos conferiram poder aos fascistas de Mussolini em 1920-1933, mas tudo conforme o velho regime liberal, ou seja, “constitucionalmente”²³. Giorgio Agambem

¹⁸ Idem, p. 114.

¹⁹ HOBSBAWM, Eric, op. cit., p. 115-116.

²⁰ Idem, p. 129.

²¹ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 444.

²² RIBEIRO, Darcy. *Processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Companhia das Letras: Publifolha, 2000, p. 144.

²³ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 49-50.



explica que Hitler provavelmente não teria ascendido ao poder se a Alemanha não estivesse no estado de exceção há quase três anos, autorizado pelo art. 48 da Constituição de Weimar²⁴.

No entanto, o fascismo e o nazismo, uma vez no poder, recusavam-se a jogar segundo as regras do antigo regime liberal, passando a tomar a posse de todas as instituições e eliminando seus rivais²⁵. Isso ficou claro quando os nazistas ascenderam ao poder e passaram a ignorar a Constituição.

Houve um declínio do liberalismo entre as duas guerras mundiais tanto na Europa quanto na América Latina. O capitalismo e a democracia liberal só retornaram ao mundo fortalecidos após 1945, quando a burguesia passou a apelar para a força e a coerção, assim como faziam os fascistas²⁶.

A estabilidade dos regimes democráticos após a Segunda Guerra Mundial fundamentou-se nos milagres econômicos das décadas seguintes, o que também atingiu a nova República Federal da Alemanha, aumentando o padrão de vida da maioria dos cidadãos. Nessas condições favoráveis prevalecia o acordo e o consenso, com as negociações periódicas de salários e vantagens com os sindicatos. Dessa forma, os direitos sociais começaram a se consolidar após a Segunda Guerra Mundial.

240

1.4 O FORTALECIMENTO DAS CONSTITUIÇÕES

O que se viu na Segunda Guerra Mundial foi o genocídio de milhares de seres humanos. O regime nazista exterminou, nas câmaras de gás, todas as pessoas que, na sua visão, não mereciam viver, pois não agregavam nada à sociedade. Eram homossexuais, doentes e deficientes intelectuais. Eles queriam uma sociedade perfeita separando os “aptos” dos “inaptos”. Em uma sociedade com essa visão não havia lugar para as pessoas com deficiência, que foram exterminadas, como era o caso de pessoas com deficiência intelectual.

O término do conflito mundial em 1945 reacendeu a discussão sobre as soluções de preservação da dignidade humana, em especial por causa das atrocidades cometidas pelos nazistas contra o povo judeu, os opositores e os “inaptos”. Os Estados que saíam dos regimes

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 28-29.

²⁵ HOBBSAWM, Eric. Op. cit., p. 130.

²⁶ HOBBSAWM, Eric, op. cit., p. 139.

totalitários passaram a proteger as declarações liberais nas suas Constituições de forma mais eficaz e criaram mecanismos jurídicos de prevenção e repressão contra os atos que as desrespeitassem²⁷.

Além disso, houve o fortalecimento dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁸. Esse foi um fenômeno do pós-guerra em face das inúmeras violações aos direitos humanos perpetrados na era Hitler, o que ultimou a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945. A partir de então, surgiram vários instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional com a finalidade de preservação da dignidade humana. Esses instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos foram incorporados por muitas Constituições mundo afora como proteção dos direitos fundamentais.

O fortalecimento das Constituições após o término da Segunda Guerra Mundial será determinante para o desenvolvimento do Estado social; este se aplicará nas chamadas Constituições analíticas, como a brasileira, e não nas sintéticas, como a dos Estados Unidos²⁹. O constitucionalismo contemporâneo passou a se preocupar com vários aspectos, tais como a valorização da democracia enquanto origem do Poder, a prevalência da dignidade humana, a valorização do controle de constitucionalidade com a difusão das Cortes Constitucionais e do processo constitucional, a consagração de princípios constitucionais e dos novos processos de interpretação constitucional etc.³⁰. Essa expansão dos Estados sociais será determinante com a questão da inclusão dos grupos vulneráveis, entre os quais as pessoas com deficiência.

241

2 O ESTADO BRASILEIRO E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As Constituições brasileiras anteriores não fizeram menção expressa à proteção das pessoas com deficiência. Havia, sim, referências vagas como invalidez, desvalidos, sanidade física etc., mas não no sentido de proteção ou inclusão das pessoas com deficiência. A Emenda Constitucional nº 12 à Constituição de 1967, promulgada em 17 de outubro de 1978, observou algum avanço nesta questão ao prescrever:

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 180.

²⁸ GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

²⁹ DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 244.

³⁰ Idem.

Artigo único. É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos³¹.

Essa emenda observou a tendência mundial de inserção da proteção das pessoas com deficiência em textos constitucionais. Por exemplo, dois anos antes, a Constituição Portuguesa de 1976 passou a prever essa proteção em seu artigo 71º (Cidadãos portadores de deficiência). A doutrina aponta, porém, que a proteção específica das pessoas com deficiência “só surgiu após a efetivação dos direitos sociais nos diplomas constitucionais modernos”³². Os direitos sociais foram previstos pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917 e, posteriormente, na Constituição de Weimar de 1919. A inclusão das pessoas com deficiência no Estado brasileiro observou uma longa jornada, que passou pela Segunda Guerra Mundial e pela especificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, principalmente após a década de 1950, até chegar no país em 1978. A EC nº 12/1978 foi o primeiro texto expresso que se referiu às pessoas com deficiência.

Destaca-se no texto a preocupação com a melhoria da condição social e econômica das pessoas com deficiência, em especial a proibição da discriminação. O legislador começou a se preocupar com a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência, principalmente nas relações trabalhistas. Apesar desta previsão constitucional, a vida das pessoas com deficiência não observou uma melhoria. O direito do acesso aos edifícios e logradouros públicos foi outro avanço destacado na norma, o que será reforçado com a Constituição Federal de 1988. Aliás, a atual Constituição brasileira foi mais progressista em relação à inclusão das pessoas com deficiência. No entanto, não há um capítulo específico sobre o assunto, mas essa proteção está de forma dispersa, por meio de vários dispositivos, a saber: art. 7º, XXXI; art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, §1º, II e §2º; e art. 244. Acrescenta-se que o art. 40, §1º, I, da Constituição prevê que os servidores públicos serão aposentados por *invalidez* permanente, e o art. 201, I, prescreve também a cobertura dos planos de previdência social, mediante contribuição, a cobertura, entre outros, dos eventos de *invalidez*. A partir do

³¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011, p. 69.

³² ARAUJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 69.

advento da Constituição de 1988 houve uma proliferação da legislação ordinária específica às pessoas com deficiência³³. Portanto, o Estado brasileiro avançou bastante em relação à proteção das pessoas com deficiência e sua inclusão social, seja no âmbito constitucional, seja na legislação *infraconstitucional*.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Constituição atual prevê “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (art. 203, IV). Duas observações devem ser feitas. Uma delas refere-se à “pessoa *portadora* de deficiência”. Hoje, não se fala mais em “portadora” de deficiência. O correto é pessoa com deficiência. *Portar* dá a entender que alguém pode levar consigo ou não, como, por exemplo, um documento. Ela pode portar ou não o documento. Isso não acontece com a deficiência. Atualmente, a ênfase que é dada é para *a pessoa* e não para a deficiência. A partir da década de 1990, a expressão “pessoas com deficiência” passou a ser utilizada pela doutrina.

A segunda observação está relacionada com a palavra “integração” das pessoas com deficiência. O texto constitucional prevê sobre a “integração” daquelas pessoas. Os significados de integração e inclusão são diferentes, apesar de estarem interligados “à ideia de inserção daquele que está incluído”³⁴. A diferença entre ambas é destacada pela doutrina:

Na integração, a sociedade permite a incorporação de pessoas que consigam adaptar-se por meios próprios, as quais fazem parte de grupos distintos entrelaçados ou não, enquanto na inclusão todos fazem parte de uma mesma comunidade, sem divisões em grupos. Isso exige da esfera pública e da sociedade condições necessárias para “todos” e não só para aqueles que conseguem adaptar-se³⁵.

Portanto, na integração as pessoas com deficiência são incorporadas na sociedade desde que elas consigam se adaptar por meios próprios e na inclusão elas fazem parte da sociedade, sem que haja divisão em grupos. Na inclusão, as barreiras atitudinais são suplantadas, pois há uma conscientização de que todos fazem parte de um grupo único, pessoas

³³ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, op. cit., p. 62-63.

³⁴ MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104.

³⁵ Idem.



com deficiência ou não, e com igualdade nos direitos e responsabilidades. Já na integração, a sociedade acolhe as pessoas com deficiência sem que haja uma mudança para recebê-las.

Um dos instrumentos para que haja a inclusão social das pessoas com deficiência é o *direito do acesso* previsto na Constituição Federal em seus artigos 227, §2º, e 244. O primeiro dispositivo preleciona que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência. O segundo determina que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes para garantir acesso adequado às pessoas com deficiência, conforme prevê o art. 227, §2º. A inclusão social inicia-se com o direito do acesso, superando as barreiras físicas (barreiras urbanísticas, arquitetônicas e nos transportes)³⁶. Note-se que o constituinte originário destacou a necessidade de adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo *atualmente* existentes para que não se invoque direito adquirido, ou seja, essa adaptação é obrigatória tanto para os novos, quanto para os antigos logradouros, edifícios e veículos de transporte coletivo.

244

A inclusão social das pessoas com deficiência também tem o seu fundamento no art. 1º, III, da Constituição Federal, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. As pessoas com deficiência fazem parte da mesma sociedade. Em pleno século XXI não há mais espaço para discriminações e exclusão social. Por outro lado, outro princípio constitucional lastreia a inclusão social, que é o da isonomia (art. 5º, *caput*). Essa isonomia não é a meramente formal, mas sim a material. Significa dizer que as pessoas com deficiência têm o direito à inclusão em igualdade de condições com as pessoas sem deficiência, seja no trabalho, na escola, no lazer etc. É isso que determina o comando constitucional.

³⁶ Barreiras urbanísticas são as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados aberto ao público ou de uso coletivo; barreiras arquitetônicas são as existentes nos edifícios públicos e privados; barreiras nos transportes são as existentes nos sistemas e meios de transportes (Art. 2º, II, “a” a “c”, da Lei nº 10.098, de 19-12-2000, com nova redação dada pela Lei nº 13.146/2015).

2.2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO

O Estado brasileiro avançou ainda mais em relação à legislação protetiva ao promulgar, por meio do Decreto nº 6.949, de 25-08-2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. O Congresso Nacional aprovou, por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09-07-2008, a referida Convenção utilizando-se do procedimento do §3º do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, passou a equivaler a uma emenda constitucional. O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008.

O propósito da Convenção da ONU é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (art. 1º). Pode-se notar que o objetivo da Convenção é assegurar a dignidade humana indistintamente para todas as pessoas com deficiência, o que se coaduna com a Constituição brasileira.

O art. 1º da Convenção define pessoas com deficiência como sendo “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Essa definição também se harmoniza com a Constituição brasileira, pois reforça a ideia de isonomia material entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência.

O art. 3º destaca os princípios gerais que norteiam a Convenção, a saber: (a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; (b) a não-discriminação; (c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (e) a igualdade de oportunidade; (f) a acessibilidade; (g) a igualdade entre o homem e a mulher; (h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Essa Convenção da ONU procurou conferir ampla proteção às pessoas com deficiência sobre igualdade e não discriminação (art. 5º); mulheres com deficiência (art. 6º); crianças com

deficiência (art. 7º); conscientização (art. 8º); acessibilidade (art. 9º); direito à vida (art. 10); reconhecimento igual perante a lei (art. 12); educação (art. 24); saúde (art. 25); trabalho e emprego (art. 27) etc.

2.3 A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Com a finalidade de regulamentar a Convenção da ONU, foi editada a Lei nº 13.146, de 06-07-2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa lei é destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Percebe-se que a legislação para a inclusão social das pessoas com deficiência avançou bastante nos últimos anos. No entanto, é preciso ainda vencer as barreiras atitudinais, assim consideradas as atitudes ou comportamentos que impedem ou prejudicam a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas (art. 3º, IV, e, do Estatuto). Essas barreiras podem ser causadas tanto pelo Estado, quanto pelo particular. A Convenção da ONU e o Estatuto da Pessoa com Deficiência tornaram-se importantes instrumentos normativos para que efetivamente haja inclusão social.

As pessoas com deficiência desejam ter autonomia no seu dia a dia para se tornarem cidadãos, como qualquer outra pessoa. Para tanto, é importante a acessibilidade, ou seja, a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, seja na zona urbana seja na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 3º, I, do Estatuto). Nota-se que o legislador procurou proteger as *pessoas com deficiência por equiparação*, assim consideradas as pessoas com mobilidade reduzida que são aquelas que tenham, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idosos, gestantes, lactantes, pessoa com criança de colo e obeso (art. 3º, IX, do Estatuto).

A lei prevê também que haja adaptações razoáveis que são aquelas adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e

indevido, quando requeridos em cada caso, para assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais (art. 3º, VI, do Estatuto).

É importante destacar que o Estatuto prevê um título específico para a acessibilidade (Título III), dividido em quatro capítulos: Capítulo I - Disposições gerais; Capítulo II - Do acesso à informação e à comunicação; Capítulo III - Da tecnologia assistiva; Capítulo IV - Do direito à participação na vida pública e política. O direito do acesso é um dos importantes instrumentos para a inclusão social. É um direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida possa viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social (art. 53 do Estatuto).

CONCLUSÕES

O Estado brasileiro avançou em relação à legislação protetiva dos direitos das pessoas com deficiência. O comando constitucional estabelece uma série de normas protetivas àquelas pessoas. Posteriormente à Constituição de 1988, o legislador ordinário editou uma série de normas com a finalidade de regulamentar o texto constitucional e permitir a inclusão social.

Entretanto, a incorporação da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência no direito brasileiro, equivalente à emenda constitucional, sedimentou a proteção desse grupo vulnerável. Em adição, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) veio a regulamentar os diversos pontos da Convenção da ONU.

É certo, porém, que ainda há várias barreiras a serem suplantadas para que efetivamente ocorra a inclusão social das pessoas com deficiência. Há barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações, atitudinais e tecnológicas a serem derrubadas pelo meio do caminho, mas a sociedade brasileira, aos poucos, está se conscientizando da necessidade de inclusão social das pessoas com deficiência.

Essa inclusão decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Há a necessidade de que as pessoas com deficiência possam viver com autonomia. Para tanto, o instrumento necessário é o direito do acesso, pois só há deficiência se a sociedade for deficiente. É a sociedade que deve se adaptar às pessoas com deficiência e não o contrário. Só assim haverá inclusão social.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. Tradução de Hilário Torloni. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LAZARI, Rafael de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MACIEL, Silvana Carneiro. *Exclusão/inclusão social do doente mental/louco: representações e práticas no contexto da reforma psiquiátrica*. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Universidade Federal de Paraíba. João Pessoa, 2007, p. 22-23. Disponível em: <http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1099>. Acesso em: 18 dez. 2018.



MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2016.

RIBEIRO, Darcy. *Processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Companhia das Letras: Publifolha, 2000.

Submissão: 01/07/2019

Aceito para Publicação: 21/05/2020



TRABALHO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

WORK AND VIOLENCE AGAINST WOMEN

Valdete Souto Severo*

RESUMO: Este artigo se propõe a analisar algumas das violências praticadas contra a mulher e suas imbricações diretas com o mundo do trabalho e, conseqüentemente, com as possibilidades de sobrevivência digna, bem como discutir brevemente a função que o Direito ainda pode desempenhar diante disso. A pesquisa foi realizada a partir da revisão bibliográfica sobre o tema, da análise de situações concretas e de decisões judiciais que envolvam violência de gênero e condições de trabalho. Conclui-se que a aposta na contaminação do direito brasileiro pelas diretrizes da OIT, especialmente quando fixa patamares de convívio social que são limites à ânsia predatória do capital, é fundamental para o enfrentamento desse momento de retorno à barbárie. O primeiro passo é superar uma jurisprudência refratária à aplicação imediata e plena das normas internacionais sobre direitos humanos, fazendo valer em âmbito interno as diretrizes de proteção à mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trabalho. Violência contra a mulher. Violência de gênero. Condições de trabalho. Diretrizes da OIT.

ABSTRACT: This article aims to analyze some of the violences practiced against women and their direct implications with the world of work and, consequently, with the possibilities of dignified survival, as well as briefly discussing the role that Law can still play in this regard. The research was accomplished with bibliographic review on the theme, from the analysis of concrete situations and judicial decisions involving gender violence and working conditions. We conclude that the bet on the contamination of Brazilian law by the ILO guidelines, especially when it establishes levels of social coexistence that are limits to the predatory anxiety of capital, is fundamental to face this moment of return to barbarism. The first step is to overcome a jurisprudence that is refractory to the immediate and full application of international human rights standards, enforcing the guidelines for the protection of women internally.

KEYWORDS: Labor Law. Violence against women. Gender violence. Work conditions. ILO guidelines.

251

SUMÁRIO: Introdução. 1 A violência física que retira a mulher do trabalho. 2 A violência simbólica como discurso oficial. 3 A violência contra a mulher na regulação social do trabalho remunerado. 4 A violência contida na precarização da "reforma". 5 Tem o direito alguma função nessa história? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é tema que perpassa toda a história de formação da sociedade brasileira, atravessada que é por uma cultura patriarcal, eurocentrista e machista¹.

* Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP. Pós-doutoranda no Programa de Ciências Políticas da UFRGS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (UFRGS/FEMARGS) e RENAPEDTS - Rede Nacional de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho e Previdência Social. Professora e Pesquisadora da FEMARGS - Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS. Juíza do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Especialista em Processo Civil pela UNISINOS, Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNISC, Master em Direito do Trabalho, Direito Sindical e Previdência Social, pela Universidade Europeia de Roma - UER (Itália), Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade da República do Uruguai (UDELAR), Mestre em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica - PUC do RS.

¹ Em suas obras, a autora italiana Silvia Federici aborda a violência histórica contra as mulheres, trazendo o exemplo da caça às bruxas e sua intersecção com o momento de consolidação do sistema do capital e, mais recentemente, de aguçamento de suas características. Demonstra, assim, a imbricação entre a violência de gênero e o mundo do trabalho. FEDERICI, Silvia. *O Calibã e a Bruxa*. São Paulo: Coletivo Sycorax, 2004 e FEDERICI, Silvia. *Mulheres e Caça às Bruxas*. São Paulo, Boitempo, 2019.

Essas características são bem identificadas quando examinamos, por exemplo, que algumas atividades seguem sendo predominantemente femininas, porque identificadas com o espaço doméstico, como é o caso da limpeza e conservação e do cuidado com o corpo.

Se ainda hoje temos que enfrentar preconceitos na discussão de temas como o estupro, o aborto, a liberdade sexual, a igualdade no ambiente de trabalho ou a necessidade de respeito mútuo, é por conta dessa cultura misógina reproduzida nos diferentes espaços de convívio social, desde antes do nascimento (com a escolha da cor do quarto e das roupas, por exemplo), passando pela escola, pela família, pela universidade e pelo ambiente de trabalho.

Nesse contexto, o feminismo apresenta-se como expressão da luta histórica das mulheres pelo reconhecimento de que somos diferentes uns dos outros, mas todos destinatários do mesmo respeito, e de que *ser mulher* tem implicações que precisam ser reconhecidas, discutidas, ressignificadas e claramente enfrentadas, para que nossas filhas, filhos, netas e netos finalmente avancem para uma cultura mais horizontal nas relações sociais².

Este artigo se propõe a analisar algumas das violências praticadas contra a mulher e suas imbricações diretas com o mundo do trabalho e, conseqüentemente, com as possibilidades de sobrevivência digna, bem como discutir brevemente a função que o Direito ainda pode desempenhar diante disso. A pesquisa foi realizada a partir da revisão bibliográfica sobre o tema, da análise de situações concretas e de decisões judiciais que envolvam violência de gênero e condições de trabalho.

252

1 A VIOLÊNCIA FÍSICA QUE RETIRA A MULHER DO MUNDO DO TRABALHO

A violência física contra a mulher interfere diretamente nas possibilidades de acesso e de manutenção do trabalho remunerado. Questões como estupro e aborto, portanto, podem parecer desconectadas do mundo do trabalho, mas não estão. De acordo com o IPEA/2014, mais de 70% das mulheres estupradas o foram quando tinham menos de 18 anos; a maioria absoluta delas é preta ou parda; 96,69% dos agressores são homens. Em caso de estupros cometidos contra crianças, por pessoas que a vítima já conhecia, 79% ocorreram dentro de casa.

² Nesse sentido, “A luta das mulheres vem sendo não só uma luta por identidade mas de reconstrução e transformação das identidades históricas que herdaram”. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OMOTO, João Akira; VIEGAS E SILVA, Marisa; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org). *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ESMPTU, 2019, p. 204.

Além disso, “entre as mulheres que têm filhos pequenos (de 0 a 6 anos), 48,3% deles não frequentam escola ou creche. Ou seja, quase metade das mulheres com filhos pequenos não contam com o auxílio de creches ou escola para desafogar o tempo de atenção e cuidado de crianças”³.

Além disso, em 2013, segundo o PNAD, 38,3% das brancas e 42,2% das negras que trabalham por conta própria o fazem dentro de casa⁴, o que certamente dificulta a adequada vigilância e cuidado em relação às filhas e às expõe à violência de gênero. O trabalho, portanto, tem direta relação com a realidade da violência contra a mulher. A necessidade de colocar os filhos sob os cuidados de terceiros, de ausentar-se e mesmo de permanecer trabalhando enquanto está em casa, é fator relevante para o aumento da violência em âmbito doméstico.

Em 2018, 66 mil mulheres foram vítimas de estupro no Brasil⁵. Além disso, de acordo com estudo realizado em 2017, pelo menos 71% das mulheres ouvidas conhece uma mulher vítima de violência doméstica e 94% referiu já ter sido alvo dessa violência. Quanto ao agressor, apenas 10% das mulheres indicaram alguém fora do convívio familiar. A maioria delas referiu que o agressor foi o companheiro/marido/namorado ou o ex-companheiro/marido/namorado (70%)⁶.

O que se pretende evidenciar aqui é que a mulher e a criança que permanecem confinadas ao ambiente doméstico são mais suscetíveis à violência, seja porque seus corpos estão longe do espaço público, seja porque a ausência de condições adequadas para o trabalho acaba dificultando as possibilidades de se livrar, por exemplo, de um casamento abusivo. Como consequência dessa violência física, muitas mulheres engravidam e acabam optando por abortar⁷. A ausência de políticas públicas que coíbam a violência de gênero, previnam e/ou assistam em caso de opção pela interrupção da gravidez também interfere diretamente nas

³ Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁴ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_f_esfera_produtiva_e_reprodutiva_dimensoes_e_desafios_para_as_mulheres.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁵ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/estupro-bate-recorde-e-maioria-das-vitimas-sao-meninas-de-ate-13-anos>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁶ Disponível em: <2.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 08/12/2019.

⁷ O aborto é apontado como o quinto maior causador de mortes maternas no Brasil, pelo IPEA/2014. A Pesquisa Nacional de Aborto 2016 revela que das 2.002 mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos entrevistadas pela PNA 2016, 13% (251) já fez ao menos um aborto. Na faixa etária de 35 a 39 anos, aproximadamente 18% das mulheres já abortou. Em 2016, aos 40 anos de idade, “quase uma em cada cinco mulheres já fez aborto (1 em cada 5,4). Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/uma-em-cada-cinco-mulheres-fara-um-aborto-ate-os-40-anos-indica-pesquisa>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

possibilidades de inserção da mulher no mercado de trabalho e na manutenção dos vínculos de emprego.

A relação entre violência doméstica e mercado de trabalho foi demonstrada na Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada em 2016, segundo a qual “ser vítima de violência doméstica impacta negativamente em várias dimensões relacionadas à capacidade laboral e produtividade como autonomia, capacidade decisória, nível de stress”. O estudo aponta, ainda, que ser vítima de violência doméstica acentua a instabilidade no emprego⁸. A pesquisa revela o que é mesmo evidente: uma mulher que sofre violência física ou emocional tem mais dificuldades em manter a concentração, ser assídua ou ter um rendimento adequado no ambiente de trabalho⁹.

Revela, ainda, o que já há muito vem sendo denunciado em estudos feministas: a existência de estratégias de reprodução da violência de gênero, diretamente relacionadas à forma de exploração do trabalho pelo capital, cujo objetivo é “disciplinar e apropriar-se do corpo feminino”, de tal modo que “os corpos das mulheres constituíram os principais objetivos – lugares privilegiados – para a implementação das técnicas de poder e das relações de poder”¹⁰.

É nesse contexto que a PEC 181/2015, buscando alteração da Constituição para “proteger a vida” desde a concepção, qualifica-se como política de incentivo à violência contra a mulher, seja a violência simbólica que busca impedi-la de exercer suas escolhas, seja a violência física que resulta das sequelas e da morte que decorre de procedimentos realizados em clínicas clandestinas¹¹. A criminalização do aborto é um fato emblemático da violência

254

⁸ Disponível em: <<http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Relatorio-Violencia-Domestica-e-seu-impacto-no-Mercado-de-Trabalho-e-na-Produtividade-das-Mulheres.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁹ Há também estudo do IPEA, feito a partir dos dados do PNAD 2009, que apontam que a cada ano, “cerca de 1,3 milhão de mulheres são agredidas no Brasil”, analisando o efeito da participação da mulher no mercado de trabalho sobre a violência doméstica. Conforme a pesquisa, “o índice de violência contra mulheres que integram a população economicamente ativa (52,2%) é praticamente o dobro do registrado pelas que não compõem o mercado de trabalho (24,9%)”. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34977&catid=8&Itemid=6>. Acesso em: 08 dez. 2019.

¹⁰ FEDERICI, Silvia. *O Calibã e a Bruxa*. São Paulo: Coletivo Sycorax, 2004, p. 28.

¹¹ Isso em uma realidade na qual o Código Penal ainda criminaliza o aborto (Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos). Esse discurso absolutamente conservador é um inegável retrocesso. Trata-se de resposta às recentes decisões do STF, como no Habeas Corpus n. 124.306, em que consta: “é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os *direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a

contra o corpo feminino, que condena à morte ou à vida em condições desumanas e precárias, um número significativo de mulheres e crianças brasileiras. O ataque à educação e às creches e escolas públicas é a outra face dessa mesma moeda. Também está intimamente relacionado a uma política de discriminação e violência contra a mulher, inclusive em relação às possibilidades de inserção no mundo do trabalho¹².

Em regra, são as trabalhadoras que precisam das creches para poder trabalhar e só o trabalho permite que muitas delas se livrem de um ambiente de violência doméstica¹³. É no espaço de aprendizagem, também, que se torna viável a construção de uma cultura de promoção da igualdade de gênero¹⁴.

A intersecção entre trabalho e violência de gênero é reconhecida pelo Estado, quando estabelece o direito à “manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses”, em casos de violência doméstica, no art. 9º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Ainda assim, por não disciplinar quem se responsabiliza pelo pagamento dos salários no período de afastamento e por não garantir contra a despedida, após o retorno ao trabalho, a regra acaba tornando-se inócua. A maioria das trabalhadoras acaba silenciando ou simplesmente abandonando o trabalho em situações de violência.

Soma-se a esse cenário de violência física, a violência simbólica contra a mulher, que assume em nosso país status de discurso oficial, a partir das eleições de 2018, e que será examinada no tópico que segue.

integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o *impacto da criminalização sobre as mulheres pobres*”.

¹² Como refere Maria Amélia Teles, “sob o avanço do capitalismo, as mulheres se inseriam no mercado de trabalho assalariado, denunciavam as condições precárias de exploração da mão de obra feminina em empresas nas quais eram obrigadas a exercer a dupla jornada de trabalho (em casa e fora)” e passaram a depender de creches e escolas para poder realizar seu trabalho. A autora faz uma crítica, inclusive, à perspectiva legal de “guardar as crianças”, como se fossem “objetos que pudessem ser guardados enquanto as mulheres trabalhavam”, mas ressalta a importância de um ambiente seguro onde os filhos das trabalhadoras possam permanecer. FINCO, Daniela; GOBBI, Marcia Aparecida; GOULART DE FARIA, Ana Lúcia. (Org). *Creche e feminismo: desafios atuais para uma educação descolonizadora*. Campinas, SP: Edições Leitura Crítica; Associação de Leitura do Brasil – ALB; São Paulo: Fundação Carlos Chagas - FCC, 2015.

¹³ É por isso que a CLT estabelece como obrigação, desde a época da ditadura civil-militar, que os estabelecimentos em que trabalharem “pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação” (Art. 389, § 1º, da CLT).

¹⁴ TELES, Maria Amélia de Almeida; SANTIAGO, Flávio; GOULART DE FARIA, Ana Lúcia (Orgs.) *Por que a creche é uma luta das mulheres? Inquietações femininas já demonstram que as crianças pequenas são de responsabilidade de toda a sociedade*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018. 295p.

2 A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA CONTRA A MULHER COMO DISCURSO OFICIAL

É possível pensar a violência simbólica a partir das circunstâncias objetivas da sociedade do capital, baseada que é no desemprego estrutural, na noção de propriedade privada e na concentração da renda nas mãos de poucos¹⁵. O metabolismo do capital alimenta-se de uma série de práticas de violência simbólica¹⁶, capazes de determinar a manutenção de diferenças sociais que, por vezes, implicam o adoecimento e morte das pessoas¹⁷. É também possível examinar a violência simbólica da perspectiva da relação entre capital e trabalho¹⁸. Este artigo pretende um recorte ainda mais específico. A análise da violência simbólica contra a mulher, no discurso oficial do atual governo, e suas interferências no ambiente de trabalho.

Essa violência pode ser emblematicamente simbolizada, no Brasil, pelo fato de que a única mulher eleita Presidenta da República sofreu um processo de ataque sistemático e misógino desde a sua primeira eleição, com episódios inesquecíveis como a campanha contra

256

¹⁵ Marx sintetiza assim a produção de violência simbólica pelo capital: “A grande beleza da produção capitalista consiste em que ela não apenas reproduz constantemente o assalariado como assalariado, mas, em relação à acumulação do capital, produz sempre uma superprodução relativa de assalariados. Desse modo, a lei da oferta e demanda de trabalho é mantida em seus devidos trilhos, a oscilação dos salários é confirmada em limites adequados à exploração capitalista e, por fim, é assegurada a dependência social, tão indispensável, do trabalhador em relação ao capitalista, uma relação de dependência absoluta que o economista político, em sua casa na metrópole, pode disfarçar, com um mentiroso tartamudeio, numa relação contratual livre entre comprador e vendedor, entre dois possuidores de mercadorias igualmente independentes: o possuidor da mercadoria capital e o da mercadoria trabalho”. MARX, Karl. *O Capital. Livro I*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 839.

¹⁶ “O caráter violento da lei e do aparelho estatal, que boa parte do debate acadêmico recupera de maneira esquemática e abstrata, é percebido diretamente pelos mais pobres, pelos moradores das periferias e pelos negros. O Estado, diante desses grupos, manifesta-se, sobretudo, por meio de seu aparelho coercitivo - que pode faltar quando se trata de protegê-los, mas está sempre presente quando é para reprimi-los. (...) A violência estrutural é tão discricionária, tão física, tão material e tão prenhe de consequências quanto a violência aberta - ou ainda mais. Fazem parte dela, de maneira central, os mecanismos, ideológicos que a invisibiliza”. MIGUEL, Luis Felipe. *Dominação e resistência. Desafios para uma política emancipatória*. São Paulo: Boitempo, 2018, pp. 108-10.

¹⁷ A expressão é utilizada por Mészáros: MÉSZÁROS, István. *Para Além do Capital*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006, p. 238.

¹⁸ “Nós sabemos bem, na prática, que a empresa é o lugar da produção capitalista; sabemos igualmente bem que o capital exerce na empresa uma violência cotidiana sobre a classe operária (...) Do ponto de vista jurídico, a empresa é um lugar ideológico em que se encontram e se defrontam direitos: direito de propriedade, direito contratual, direito do trabalho. (...) De um lado, o empregador é sujeito do direito de propriedade; de outro, os operários são sujeitos do direito do trabalho. Consequentemente, a relação capital/trabalho transformou-se numa relação jurídica entre direito de propriedade e direito do trabalho. EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 72.

o preço da gasolina identificada por adesivos obscenos, retratando-a, com as pernas abertas, e propositadamente afixados na parte de abastecimento do combustível dos veículos¹⁹.

Dilma foi atacada por boa parte da imprensa, não por seus predicados ou falhas políticas, mas por ser mulher. Acusada de histérica e destemperada, teve sua conduta desqualificada por uma campanha misógina que desde a posse em seu segundo mandato, já mirava o impeachment²⁰. Na sessão que definiu por seu impedimento, sem crime de responsabilidade e, por isso mesmo, sem a cassação de seus direitos políticos, um Deputado Federal dedicou seu voto à memória do “Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Roussef”²¹. Em 2003, esse mesmo Deputado já havia afirmado à Deputada Maria do Rosário que não a estupraria porque ela “não merece”. Logo em seguida a empurrou e a chamou de vagabunda, tudo isso dentro do salão verde da Câmara dos Deputados²². A reação ao assassinato de Marielle Franco em 2018, que já completou, em 14 de março, um ano sem que os assassinos e mandantes tenham sido identificados, também é indicativa da violência simbólica, que se instaurou no país como um projeto do governo²³. Assim como o é manifestações preconceituosas, como a que agitaram as redes sociais na semana do carnaval este ano²⁴. A violência contra a mulher como discurso oficial se revela, ainda, nas falas da Ministra Damares Regina Alves, que no último dia 08 de março, dia de luta e discussão acerca do longo caminho a ser trilhado até conseguirmos viver em uma realidade menos desigual, afirmou que “enquanto nossos meninos acharem que

257

¹⁹ Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/noticias/alta-da-gasolina-por-muito-menos-dilma-foi-alvo-de-machismo-e-misoginia/>>. Acesso em: 13 set. 2019.

²⁰ MELO, Elinay; BENDA, Laura. E se fossem um juiz, um presidente e um professor? In: SALVADOR BEZERRA, Andre Augusto (Org). 2016: o histórico ano dos 25 anos da AJD. São Paulo: Grapa Marketing Editorial, 2017, pp. 134-8.

²¹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=SroqvAT71o0>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

²² Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=yRV98Im5zRs>>. Acesso em: 14 mar. 2019. Dilma e Maria do Rosário não foram as primeiras mulheres vítimas de violência de gênero nem provavelmente as que mais sofreram por isso, mas sua situação merece destaque, porque seu ofensor, em lugar de ser repreendido e responsabilizado pela misoginia, foi eleito presidente da República em 2018. Jair Bolsonaro fez questão de invocar em Dilma a memória da dor que sofreu, quando presa e torturada. Não mirou atingir, portanto, a PresidentA ou a adversária política, mas sim a mulher presa e torturada pelos agentes da Operação Bandeirantes, comandada por Ustra. À Comissão da Verdade, Dilma contou que teve um dente arrancado a socos e foi submetida a tortura psicológica. Diziam-lhe: “Eu vou esquecer a mão em você. Você vai ficar deformada e ninguém vai te querer. Ninguém sabe que você está aqui. Você vai virar um ‘presunto’ e ninguém vai saber”. Dilma tinha 22 anos de idade quando foi “colocada no pau de arara, apanhou de palmatória, levou choques e socos que causaram problemas graves na sua arcada dentária”. Essa foi a dor e a imagem que Bolsonaro propositadamente invocou em Dilma, naquela fatídica sessão de horrores do parlamento brasileiro em 2016.

²³ Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-postura-do-cla-bolsonaro-no-caso-marielle/>>. Acesso em: 13 set. 2019.

²⁴ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/carnaval-de-bolsonaro-teve-defesa-do-filho-bate-boca-e-video-obsceno-entenda-a-polemica.shtml>>. Acesso em: 14 mar. 2019.



menino é igual a menina, como se pregou-se (sic) no passado, algumas ideologias, já que a menina é igual, ela aguenta apanhar”²⁵. Mais recentemente a mesma Ministra disse que o alto índice de estupro contra meninas na Ilha do Marajó se deve à falta de calcinhas e se propôs a corrigir o problema levando uma fábrica de calcinhas para a região²⁶. A Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos atribui a responsabilidade pela violência contra a mulher à própria mulher, negando toda a história de luta contra a opressão machista. Aliás, a própria criação de um Ministério da “Mulher, Família e Direitos Humanos” é já extremamente reveladora dessa violência simbólica.

Esse discurso se reflete nos ambientes de trabalho. Não apenas em salários mais baixos e jornadas mais altas, mas também nos tantos casos de assédio sexual²⁷, no impedimento de exercício de cargos de chefia²⁸ ou na condição de invisibilidade que algumas atividades predominantemente femininas possuem, como é o caso do call center²⁹.

Em decisão recente, o Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região manteve sentença que condenou uma rede de supermercados ao pagamento de R\$ 80.000,00 de indenização, pela prática de assédio sexual no ambiente de trabalho, caracterizada na decisão como “conduta repugnante, de coisificação da mulher, que configura grave violência de gênero, subjuguando a autora (o que se estende, no mínimo, também a testemunha Clarisse) em razão da hierarquia funcional do assediador (supervisor do WMS, tomador dos serviços), com inafastáveis consequências nocivas de cunho psicológico”³⁰. São inúmeras as situações trazidas

258

²⁵ Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/03/08/dameres-lanca-campanha-de-protecao-a-mulher-com-ajuda-de-profissionais-de-beleza.ghtml>>. Acesso em: 14/3/2019.

²⁶ <https://www.cartacapital.com.br/politica/dameres-justifica-abuso-de-meninas-por-falta-de-calcinhas/>, acesso em 13/9/2019.

²⁷ Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/1-a-cada-5-profissionais-sofreu-assedio-sexual-no-trabalho-veja-relatos/>, <https://oglobo.globo.com/economia/assedio-sexual-no-trabalho-um-caso-por-hora-levado-justica-no-brasil-22519800>>. Acesso em: 13 set. 2019.

²⁸ De acordo com o Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, na Justiça do Trabalho 50,5% das juízas são mulheres. Na Justiça Estadual são 37,4%. Nos Tribunais Superiores, cujos cargos não são ocupados como mera decorrência da carreira, mas através de nomeações, as mulheres ocupam apenas 19,6% das vagas. Em relação à ocupação feminina em cargos e funções, o CNJ aponta, ainda, que a Justiça Estadual apresenta os maiores índices com cerca de 60,2% de funções de confiança e cargos comissionados e 58,7% cargos de chefia; por outro lado, os Tribunais Superiores apresentam os menores percentuais, 47% e 43,8% respectivamente. As magistradas ocuparam, em média, de 21% a 30% dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos, enquanto que a ocupação feminina nos cargos de Juiz Substituto aproximou-se de 41,9%. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/42b18a2c6bc108168fb1b978e284b280.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

²⁹ Sobre o tema, ler: <https://app.uff.br/slab/uploads/2011_d_Bruna.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

³⁰ TRT da 4ª Região, 3ª Turma, 0020373-91.2016.5.04.0022 ROT, em 25/09/2019, Desembargador Clovis Fernando Schuch Santos. Disponível em www.trt4.jus.br.



ao conhecimento do Poder Judiciário Trabalhista, nas quais a violência simbólica, representada por brincadeiras misóginas, comentários de cunho sexual e mesmo prática de assédio são perpetradas, invariavelmente, contra mulheres.

Em outro caso concreto, o superior imediato obrigada a trabalhadora a abraçá-lo e chegou a dizer-lhe que, se não saísse com ele, não passaria no contrato de experiência. Na decisão, constata-se: “violação da autonomia da vontade na vítima de abuso sexual é capaz de introjetar diversos danos emocionais ao usurpar sua liberdade. O machismo e o sexismo existentes na sociedade dão amparo legitimador a condutas tais como a perpetrada pelo réu. Vigem uma lógica social de negativa de autonomia das mulheres sobre seus próprios corpos, existindo todo tipo de argumento legitimador para tanto. O véu jocoso ou pretensamente inocente de que a violação de intimidade alheia não passa de brincadeira revela o desrespeito pela autonomia dos sujeitos femininos, desconsiderando a necessidade de consentimento para toques e interações físicas. A postura minimizadora dos atos do réu sob o discurso de que eram apenas brincadeiras denota a infantilização e o desrespeito pela vítima. Não se pode tolerar como normal a ideia de que os corpos das mulheres podem ser tratados como objetos, suscetíveis de atos de cunho sexual, independente de consentimento, porquanto importa violação ao direito à autonomia, bem como à dignidade das mulheres, garantidas constitucionalmente”³¹.

259

O número de denúncias de casos de assédio moral e sexual no ambiente de trabalho tem aumentado³², embora não reflitam mais o crescimento do número de demandas trabalhistas, em razão da “reforma”, que será examinada no posteriormente. O fato é que a instauração de um discurso violento contra as mulheres acaba servindo de estímulo para as reprodução de práticas violentas no ambiente de trabalho.

³¹ TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020384-61.2019.5.04.0331 RORSUM, em 21/11/2019, Desembargadora Brigida Joaquina Charao Barcelos). Disponível em www.trt4.jus.br

³² Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/05/06/interna-brasil,753261/casos-de-assedio-moral-crescem-no-brasil.shtml>; <https://www.conjur.com.br/2019-jan-25/acoes-pedindo-assedio-moral-despencam-justica-trabalho-sp>; http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802019000300641&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 10/12/2019.

3 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA REGULAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO REMUNERADO

No campo das relações de trabalho, conseguimos perceber com nitidez que há uma matriz cultural misógina amplamente estimulada pelo atual governo, mas cujas raízes e causas são muito antigas. O trabalho em âmbito doméstico, por exemplo, sempre foi território das mulheres, especialmente das mulheres negras³³. À época da escravidão institucionalizada, as escravas de casa, em sua maioria mulheres que faziam os serviços da casa, criavam os filhos de seus patrões e os acompanhavam em passeios e viagens. Ao serem alforriadas, sem políticas públicas de inclusão social, seguiram realizando as mesmas tarefas, sob a mesma lógica de senhora-escrava que divide a luta feminina, assujeita e impede a emancipação social.

Passado mais de século, essa mesma lógica segue presente no ambiente doméstico. Segundo dados do IPEA/2009, 7,2 milhões de brasileiros trabalham em serviços de limpeza, cozinha e manutenção de casas e escritórios, dos quais 93% são mulheres e 61,6% do total (4 milhões) são negros e negras. Isso sem falar no trabalho doméstico não remunerado. As mulheres que estão no mercado de trabalho “dedicam 22,3 horas semanais ao trabalho doméstico – em oposição a 10,2 horas semanais dedicadas pelos homens –, mas exercem tais atividades na invisibilidade de seus lares, carregando o fardo das jornadas duplicadas”³⁴.

A Lei Complementar 150, aprovada em razão da ratificação, pelo Brasil, dos termos da Convenção n. 189 da OIT³⁵, confirma a violência de gênero como política institucional. Criticada por conferir direitos demais às trabalhadoras e com isso tornar inviável o trabalho doméstico remunerado, a lei em realidade prevê que há vínculo apenas se o trabalho for realizado por mais de 2 dias na semana, admite que alguém contratado com salário relativo a 8h diárias faça acordo individual para entregar mais 4h de graça, por dia, para o empregador,

³³ Para o aprofundamento do tema: FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução. Trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2019.

³⁴ VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Terceirização e o trabalho doméstico não remunerado: imbricações além do que pode parecer. In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. *Resistência III: o direito do trabalho diz não à terceirização*. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

³⁵ Essa convenção dispõe que “o trabalho doméstico continua sendo desvalorizado e invisível, feito principalmente por mulheres e meninas, muitas das quais são migrantes ou pertencem a comunidades desfavorecidas e são particularmente vulneráveis à discriminação relativa ao emprego e trabalho, bem como de outras violações dos direitos humanos”.

refere que acompanhar em viagens não implica tempo à disposição e não reconhece a essas trabalhadoras o direito ao pagamento de adicional de insalubridade³⁶.

A discriminação na regulação social do trabalho doméstico remunerado expõe outra chaga social: o preconceito e o machismo que divide mulheres brancas de classe média e alta, das mulheres pobres e negras, maioria absoluta entre as trabalhadoras domésticas. A jurisprudência trabalhista majoritária nega o direito ao adicional de insalubridade às trabalhadoras em âmbito doméstico³⁷. Os empregadores domésticos ainda insistem na tese de que dar roupas usadas ou alimentação é um privilégio e que discutir em juízo direitos que decorrem desse vínculo é ingratidão³⁸.

Algumas atividades terceirizadas também são predominantemente femininas e revelam esse recorte de raça. Os serviços de limpeza e manutenção mantêm a maioria absoluta de mulheres negras como empregadas. Segundo o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Rio de Janeiro/2012, 92% dos trabalhadores nos serviços de limpeza terceirizados são mulheres, 62% são negras³⁹. As mulheres negras recebem os piores salários, cerca de R\$ 8,35 em média por hora, sendo que um homem negro recebe R\$10,92 e entre não negros as mulheres recebem R\$13,71 e os homens R\$17,43 em média por hora⁴⁰.

Alguns dos espaços de trabalho predominantemente femininos, são simplesmente esquecidos pelo direito do trabalho. É o caso dos ambientes de embelezamento⁴¹, em que a

³⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm>. Acesso em: 09 dez. 2019.

³⁷ Nesse sentido, a Súmula 448 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe: “A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, *por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios*, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano”. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

³⁸ Compreensão por vezes reproduzida em decisões judiciais, como a que foi objeto dessa notícia: “‘A ingratidão é um direito do qual não se deve fazer uso.’ Foi citando essa frase, atribuída a Machado de Assis, que o juiz do Trabalho substituto Victor Luiz Berto da Silva, da 1ª vara de Passos/MG, julgou improcedente pedido de horas extras feito por uma mulher contra a ex-patroa. O magistrado considerou, na decisão, que a trabalhadora havia recebido um imóvel por meio de doação de sua empregadora, o que demonstra que havia relação de confiança “extraordinária” entre as partes”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI305152,51045-Direito+de+ingratidao+Trabalhadora+que+recebeu+imovel+da+expatroa+não>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

³⁹ Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/primeiro-plano/brasil/pesquisa-confirma-que-setor-de-asseio-e-conserva%C3%A7%C3%A3o-concentra-profissionais-com-baixa-qualifica%C3%A7%C3%A3o-1.173058>>. Acesso em: 01 dez. 2019.

⁴⁰ BARROS, Thiagão. A situação da população negra no mercado de trabalho da Região do Grande ABC paulista. Disponível em: <<http://www.esquerdadiario.com.br/A-situacao-da-populacao-negra-no-mercado-de-trabalho-da-Regiao-do-Grande-ABC-paulista>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁴¹ Até 2016, sem regulação alguma, a atividade de cabeleireira e manicure foi regulada pela Lei 13.352/2016, segundo a qual (artigo 1º-A) “os salões de beleza poderão celebrar contratos de parceria”, com os profissionais que desempenham tais atividades. Segundo essa lei, “cota-parte retida pelo salão-parceiro” o é “a título de atividade de aluguel de bens móveis e de utensílios para o desempenho das atividades de serviços de beleza e/ou

presença feminina é dominante, de tal sorte que a língua portuguesa já possui os vocábulos “manicuro” e “manicura”. Trata-se de trabalho desenvolvido, em regra, por mulheres “com baixíssimo grau de instrução, dependente economicamente do marido, com relações de subordinação na vida doméstica, às vezes com violência”⁴². A invisibilidade e a precarização das condições de trabalho dessas mulheres reforçam tal condição social. A atividade da manicure é repetitiva e realizada via de regra em postura inadequada, comprometendo os membros superiores e a coluna⁴³. Essas mulheres estão expostas todos os dias a vírus que podem causar doenças, razão da importância da higienização constante dos instrumentos de trabalho e da utilização de equipamentos de proteção.

A jurisprudência trabalhista majoritária não lhes reconhece direito ao vínculo de emprego⁴⁴. Por consequência, o ônus que decorre dessa necessidade de higienização e proteção

a título de serviços de gestão, de apoio administrativo, de escritório, de cobrança e de recebimentos de valores transitórios recebidos de clientes das atividades de serviços de beleza”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13352.htm>. Acesso em: 09 dez. 2019.

⁴² OLIVEIRA, Juliana Andrade. Fazendo a vida fazendo unhas: uma análise sociológica do trabalho de manicure. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014. Disponível em: <file:///Users/valdetesevero/Downloads/2014_JulianaAndradeOliveira_VCorr.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁴³ Por isso mesmo, no site do Sindibeza - Sindicato dos Empregados em institutos de beleza e cabeleireiros de senhoras de São Paulo e Região, consta a informação de que ali se “tem recebido um número muito expressivo de profissionais acometidos de doenças ocupacionais, como por exemplo tendinite, LER/DORT e outras, causadas pelos movimentos repetitivos realizados durante a jornada de trabalho”. Disponível em: <<http://sindebeza.g3wsites.com/>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

⁴⁴ "RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. VÍNCULO DE EMPREGO. SALÃO DE BELEZA. CABELEIREIRA. 1. Depreende-se do acórdão regional que as partes celebraram um contrato de parceria, mediante o qual a reclamante desempenharia a função de cabeleireira, utilizando-se, na maioria, de materiais próprios, bem como da estrutura física oferecida pela reclamada, recebendo, para tanto, um percentual de 50% a 60% sobre os serviços realizados, sendo o restante destinado à cobertura das despesas do estabelecimento comercial. 2. Ademais, ficou evidenciado que a reclamante possuía clientes exclusivos da sua carteira e tinha certa liberdade na organização da agenda, pois, embora os atendimentos fossem marcados pela reclamada, não era punida em caso de atraso e podia bloquear sua agenda por determinados períodos, tirar férias de uma semana e trocar o dia com outro profissional prestador de serviço ao salão, ocasião em que cada trabalhador permanecia com a remuneração dos serviços prestados, bastando comunicar o fato à recepção para fins de organização das atividades. 3. Outrossim, também se infere do acórdão regional que a reclamante não recebia ordens da proprietária do salão e que o crachá era utilizado apenas para identificação dos trabalhadores para uso dos sanitários e outras dependências do shopping onde se situava o estabelecimento. 4. O recebimento de comissões no percentual de 50% a 60% dos serviços prestados é totalmente incompatível com a relação de emprego, pois inviabiliza o alcance de lucro pelo suposto empregador, com o labor dispensado pelo prestador de serviços, apontado como hipotético empregado. 5. Por outro lado, o simples fato de o agendamento dos serviços ser realizado pela recepcionista do salão não implica em existência de subordinação jurídica, valendo ressaltar que a reclamante tinha certa flexibilidade na organização de sua agenda, consoante supramencionado, sendo certo, ainda, que, embora não tivesse total autonomia em relação ao seu horário de trabalho, não se pode olvidar de que alguns clientes eram do salão, de modo que a sua jornada de trabalho estava atrelada ao horário de funcionamento do estabelecimento. 6. Nos termos do entendimento adotado por esta Oitava Turma ao analisar situação semelhante no julgamento do processo nº TST-RR-1315-96.2014.5.03.0185, " A celebração de contrato de atividade tipo parceria é prática rotineira nesse ramo de prestação de serviços (salão de beleza), em que o proprietário do mesmo coloca à disposição dos profissionais (manicure, massagista, depiladora, cabeleireiro, entre outros), além do espaço físico, sua carteira de clientes e suas instalações com os móveis para serem por eles utilizados no desempenho de tais

acaba ficando a cargo exclusivo da trabalhadora. Soma-se a isso a dificuldade gerada pela própria natureza da atividade, pois ao exigir motricidade fina, o trabalho dificulta ou mesmo impede a utilização de luvas que elidiriam o contato e evitariam, portanto, a contaminação. Às despesas com saúde somam-se outras tantas, que são indevidamente repassadas pelo empregador, como a aquisição e limpeza de uniformes e toalhas, a manutenção/higienização de seus instrumentos de trabalho ou mesmo os gastos com transporte e alimentação⁴⁵.

Esses são apenas alguns exemplos de um espectro bem maior da realidade de que assujeita e violenta as mulheres no mundo do trabalho e que se agravam, em razão de uma política de precarização e retirada de direitos trabalhistas.

4 A VIOLÊNCIA CONTIDA NA PRECARIZAÇÃO DA “REFORMA”

A realidade acima exposta antecede a “reforma” e revela a misoginia e o racismo estrutural⁴⁶. O quadro agrava-se muito com a lógica de precarização introduzida pelas Leis 13.429 e 13.467, cujas regras atingem especialmente as mulheres. Um dos efeitos dessa legislação foi incentivar a terceirização, um trabalho realizado em condições de invisibilidade, com menores salários e jornadas mais extensas, com maior incidência de acidentes e de adoecimento⁴⁷. Um trabalho realizado, sobretudo, por mulheres negras⁴⁸.

A Lei 13.467 também prevê a possibilidade de ajuste individual para regime de 12 x 36 horas de trabalho, inclusive com supressão do intervalo para repouso e alimentação⁴⁹. Há

atividades”, o que também ficou demonstrado nestes autos. Recurso de revista conhecido e provido” (ARR-10319-57.2015.5.03.0110, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 26/04/2019). Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 09 dez. 2019.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos_campanhas/2010/44081/cartilha_manicure_11x21_001_dd2.pdf>. Acesso em 30 ago. 2015.

⁴⁶ Sobre a noção de racismo estrutural na sociedade brasileira: ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

⁴⁷ Grijalbo Coutinho Fernandes faz um estudo aprofundado dos efeitos da terceirização na vida de quem vive do trabalho, em suas duas obras: COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015, e COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização Bancária no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011. Também sobre o tema da terceirização: SEVERO, Valdete Souto. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. (org) *Resistência III: O Direito do Trabalho diz não à Terceirização*. São Paulo: Expressão Popular, 2019; SEVERO, Valdete Souto. *Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 278 e seguintes. E ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. São Paulo: Boitempo, 2018, pp.169-178.

⁴⁸ WILLY, Nicolas Benkler. Terceirização dos serviços de limpeza e de conservação: a vida proibida de ser vida. In: SEVERO, Valdete Souto. SOUTO MAIOR, Jorge Luis. *Resistência III: o direito do trabalho diz não à terceirização*. São Paulo: Boitempo, 2019.

⁴⁹ Art. 59-A da CLT. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas



estudos que mostram que a mulher ainda é responsável pela realização do trabalho reprodutivo não remunerado, pelo cuidado da casa⁵⁰. Uma jornada de 12h implica, na vida concreta das trabalhadoras, o uso de pelo menos 16h ou mais horas do dia para o trabalho, especialmente se considerarmos o período de deslocamento, o que significa menos ou nenhum tempo para os filhos, para o estudo, para o lazer. A extensão da jornada traz prejuízo à saúde das trabalhadoras, aumentando os casos de afastamento por doença⁵¹, além de prejudicar o convívio familiar.

Ao mesmo tempo em que permite extensão da jornada, a Lei 13.467/2017 revoga os artigos 372 parágrafo único; 384; 385 e 386 da CLT, do Capítulo III: Da Proteção do Trabalho da Mulher, evidenciando a clara opção por eliminar discriminações positivas e tornar a condição de trabalho da mulher ainda mais penosa e nociva à saúde. Ainda, a Lei 13.467 introduz um artigo 394-A para dispor que a gestante ou lactante deverá ser afastada do trabalho insalubre apenas quando levar atestado médico para a empresa. A exigência foi declarada inconstitucional pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938⁵², mantendo-se apenas a exigência de afastamento das condições nocivas de saúde, como norma de proteção à mulher e ao bebê. Mantém-se, entretanto, a regra do § 3º do artigo 394, introduzido pela Lei 13.467, segundo o qual “quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento”. Ora, não se trata, evidentemente, de gravidez de risco, mas de ambiente de risco. Em razão da decisão do STF, em lugar de promover a proteção às mulheres, alguns empregadores apenas determinaram o afastamento do trabalho, sem remuneração. Em Porto Alegre, hospitais que haviam determinado o afastamento das gestantes e lactantes, decidiram, sem qualquer alteração de fato que o justificasse, exigir o retorno das trabalhadoras para a mesma condição nociva de

seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

⁵⁰ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/mulheres-trabalham-75-horas-mais-que-homens-devido-dupla-jornada>>; <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/04/26/dupla-jornada-faz-mulheres-trabalharem-31-horas-a-mais-que-homens.ghtml>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

⁵¹ Disponível em: <<http://www.rbmt.org.br/details/301/pt-BR/os-possiveis-impactos-da-reforma-da-legislacao-trabalhista-na-saude-do-trabalhador>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

⁵² Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341223346&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

trabalho⁵³, revelando que a norma não atinge a sua finalidade, exatamente em razão da falta de medidas que efetivamente protejam contra a perda do emprego no Brasil⁵⁴.

Aliás, a “reforma” facilita ainda mais a dispensa, seja regulando modalidades de trabalho mais precárias (intermitente, tempo parcial, temporário e teletrabalho), que igualmente atingem mais mulheres do que homens⁵⁵, seja possibilitando despedida “por comum acordo”, com perda da metade dos direitos que decorrem da extinção do vínculo⁵⁶ ou a possibilidade de “acordo extrajudicial”⁵⁷, equiparando despedidas individuais e coletivas⁵⁸; seja, ainda, fixando a possibilidade de acordo para despedida com cláusula de impedimento de acesso à justiça⁵⁹.

As formas precarizadas de trabalho constituem modalidades de contrato "apropriadas" a quem, como a maioria absoluta das mulheres, é obrigada a acumular tempo de trabalho com lidas domésticas e cuidados com filhos. A trabalhadora em regime de teletrabalho perde o direito à aplicação de todas as normas de duração do trabalho, e, de acordo com a redação do artigo 75-D⁶⁰ poderá até mesmo ter que ajustar, por meio de negociação coletiva, quem suportará os custos de seu trabalho.

⁵³ Disponível em: <<https://www.correiopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/afastadas-por-decis%C3%A3o-do-stf-profissionais-lactantes-de-hospitais-reclamam-de-retorno-1.373139>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁵⁴ A questão da ausência de norma de proteção contra a despedida no Brasil está analisada com mais profundidade em: SEVERO, Valdete Souto. *Garantia de Manutenção no Emprego: Condição de Possibilidade da Verdadeira Negociação Coletiva*. *Cadernos da Amatra* 4, 9ª edição, out/dez 2008; SEVERO, Valdete Souto. *O DEVER DE MOTIVAR A DESPEDIDA: Argumentos para uma lógica comprometida com a ordem constitucional vigente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A convenção nº 158 da OIT e a perda do emprego*. *Jornal Trabalhista Consulex*: Brasília, DF, n.1248, 17 nov. 2008 e WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O Direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

⁵⁵ Sobre o tema, ver: <<http://www.justificando.com/2018/07/12/a-contrarreforma-na-perspectiva-da-mulher-trabalhadora-quando-reformar-significa-precarizar/>>. Acesso em: 14 set. 2019.

⁵⁶ Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I - por metade: a) o aviso prévio, se indenizado; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990; II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. § 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos. § 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego

⁵⁷ Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

⁵⁸ Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

⁵⁹ Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

⁶⁰ Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Por fim, é importante referir que ao dificultar e mesmo impedir o acesso à justiça, a “reforma” trabalhista acaba invisibilizando os casos de assédio sexual, dos quais as vítimas são invariavelmente mulheres. A CLT reformada estabelece a possibilidade de que, em caso de improcedência, as autoras da demanda sejam condenadas ao pagamento de custas, honorários para o advogado da empresa e honorários de perito, mesmo que beneficiárias da gratuidade da justiça⁶¹.

Sabidamente, os casos de assédio sexual via de regra não ocorrem na presença de testemunhas, o que dificulta a produção da prova. Torna-se possível, portanto, que a trabalhadora, em razão da dificuldade de comprovar sua versão dos fatos, não apenas deixe de ser indenizada pela violência sofrida, mas também seja condenada a pagar valores ao seu agressor. Esse fato tem determinado a redução significativa do número de demandas que discutem situações de assédio⁶², sem evidentemente coibir a sua prática.

Recentemente, mais desmanche nas relações de trabalho foi promovida pela Lei 13.874/2019 (MP 881) e pela Medida Provisória 905. Essa última promove, entre tantas coisas, alteração no artigo 67 da CLT, fazendo constar que o descanso semanal, “salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte”. A ideia é justamente eliminar o domingo como dia preferencial do descanso remunerado. Também altera o artigo 68 da CLT, cujo texto dispõe que o trabalho em domingos e feriados depende de prévia permissão da autoridade competente em matéria de trabalho, autorização esta que pode ser concedida a título permanente (nas atividades que, por sua natureza ou pela conveniência pública, devem ser exercidas aos domingos) ou transitória (até 60 dias cada autorização).

O repouso semanal remunerado deve coincidir com o domingo, no mínimo, uma vez no período máximo de quatro semanas para os setores de comércio e serviços e de sete semanas para o setor industrial. O trabalho aos domingos e feriados, pelos termos da MP 905, também

⁶¹ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Art. 791-A. § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

⁶² Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/05/06/interna-brasil,753261/casos-de-assedio-moral-crescem-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 09 dez. 2019.



não será mais remunerado em dobro, se o empregador determinar outro dia de folga compensatória.

A tentativa de “normalizar” o trabalho aos domingos, excluindo o direito ao pagamento da dobra legal já havia sido feita por ocasião da MP 881. O Parlamento reconheceu a impossibilidade de examinar uma matéria dessa relevância, de modo açodado e retirou do texto disposição que agora retorna nos artigos acima. Trata-se de disposição que pouco alterará em relação ao resultado financeiro da empresa, mas implicará prejuízo concreto, especialmente, à mulher trabalhadora. A folga aos domingos tem significado que extrapola seu conteúdo econômico, tem relação direta com a possibilidade de convívio social, em atenção, inclusive, ao que dispõe o artigo 226 da Constituição, quando protege a família.

Essas alterações aprofundam ainda mais as desigualdades de gênero e reforçam a divisão sexual do trabalho, pois desconsideram a ausência de creches e escolas abertas em domingos ou feriados, fazendo com que as mulheres trabalhadoras, ainda majoritariamente encarregadas do trabalho reprodutivo, possuam outras questões para administrar, na medida em que dependerão de terceiros para o cuidado dos filhos – em geral outra mulher, que também estará laborando aos domingos, perpetuando essa mesma realidade – ou, ao menos, fazer com que o labor nesses dias não coincida com o de seus companheiros, se os tiver.

Esses exemplos revelam a importância de construirmos uma racionalidade que ao mesmo tempo denuncie o machismo estrutural e determine uma atuação comprometida, a partir de um filtro constitucional e convencional, quando da interpretação/aplicação das normas trabalhistas.

5 TEM O DIREITO ALGUMA FUNÇÃO NESSA HISTÓRIA?

Se estivermos de acordo sobre a existência de misoginia e racismo estrutural, que retroalimenta e conserva relações sociais violentas contra a mulher, teremos de reconhecer as limitações do Direito para dar conta dessa questão social. Qualquer mudança de racionalidade, passa necessariamente por uma educação para a igualdade, pela desconstrução de conceitos seculares e pela ressignificação dos espaços sociais, a partir de uma visão de gênero completamente diferente daquela atualmente reproduzida como discurso oficial.

O Direito não tem condições de transformar a realidade. Isso não significa necessariamente abrir mão do que Pachukanis denominou “as armas do inimigo”⁶³. Há uma função para o Direito, que passa, no caso do Brasil, pela aplicação intransigente e radical da ordem constitucional vigente, cujos valores já propõem essa mudança.

A fundamentalidade dos direitos sociais é explícita na Constituição de 1988 e por mais que estejamos lidando, desde a década de 1990, com o desmanche desses direitos, já passou da hora de retomarmos nosso compromisso radical com essa ordem de valores. A prova de que é preciso uma prática comprometida com a ordem constitucional é o aguçamento do descompromisso com trabalho decente, dignidade humana, solidariedade, cidadania e inclusão social, emblematicamente representado pela “reforma” trabalhista e pelas alterações posteriores produzidas na legislação trabalhista.

Em tempos de exceção, defender a Constituição não é suficiente, pois também seu texto está à disposição de um congresso conservador e ávido em produzir alterações que destruam aquilo que ela tem de mais importante: os valores que preconiza. É nesse contexto que os organismos internacionais e suas normas ganham ainda maior relevância, pois representam uma possibilidade de buscar a efetividade dos direitos sociais a partir de uma lógica que exceda àquela constitucional.

A OIT recentemente editou a Declaração do Centenário para o Futuro do Trabalho, que foi adotada pela Conferência Internacional do Trabalho em junho de 2019. Nela, foram reafirmados objetivos, como o de “levar a bom termo a luta inacabada pela igualdade de gênero no trabalho através de uma agenda transformadora, que concretize a igualdade de participação e a igualdade de remuneração entre mulheres e homens por trabalho de igual valor”⁶⁴. Pois bem, no mundo das relações do trabalho no Brasil essa luta passa pelo reconhecimento da necessidade de aplicação das recomendações e convenções da OIT, ratificadas ou não.

Isso porque a fundamentalidade das convenções da OIT também decorre da literalidade da nossa Constituição. O artigo 5º, § 3º, refere que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas

⁶³ PACHUKANIS, Evgeni. A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921 – 1929). Coordenação Marcus Orione, Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017, p. 178,

⁶⁴ Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_706928.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

constitucionais”. Esse dispositivo não é original, foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Em regra, tem sido invocado para o efeito de demonstrar a fundamentalidade dos tratados internacionais, mas sua função é apenas emprestar a esses tratados, quando incorporados com quórum especial, status de emenda constitucional.

É o § 2º do artigo 5º, cuja redação foi originalmente construída no processo constituinte, que define que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil *seja parte*”. A escolha de palavras aqui é fundamental. As convenções da OIT versam sobre direitos humanos, portanto, todas elas devem ser consideradas direitos fundamentais, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 1988, pois são tratados de que o Brasil é parte.

A Convenção 158 da OIT, por exemplo, é condição de possibilidade para a prática de todos os direitos sociais do trabalho. Sua aplicação, portanto, não pode se sujeitar à ratificação ou, especificamente no caso dessa convenção, à inércia do STF em julgar a ADI 1625⁶⁵. E a aplicação imediata dessa convenção, que não trata de estabilidade, mas do dever de motivar a dispensa, interessa especialmente às mulheres, mais afetadas pela recessão e o desemprego. De acordo com o IBGE, elas são a maioria (52,6%) da população desocupada e da população fora da força de trabalho (64,6%). Entre os homens, a taxa de desemprego ficou em 10,9% no 1º trimestre de 2019, e entre as mulheres, ficou em 14,9%. O desemprego de longo prazo atinge mais fortemente as mulheres. Entre as desocupadas, 28,8% estão nessa condição há pelo menos dois anos, contra 20,3% dos homens⁶⁶. Aplicar de modo imediato a convenção 158 da OIT é algo que inclusive pode ser sustentado a partir da redação do art. 477A da CLT. Ao dizer que equiparam-se para todos os fins as dispensas individuais, plúrimas ou coletivas, esse dispositivo, para que possa ser interpretado e aplicado como norma trabalhista e, pois, fundamentada na noção de proteção a quem trabalha⁶⁷, deve ser compreendido como a autorização para que os critérios da convenção 158 da OIT sejam sempre respeitados⁶⁸.

⁶⁵ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>>. Acesso em: 13 set. 2019.

⁶⁶ Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/18/numero-de-desempregados-ha-mais-de-2-anos-cresce-424percent-em-4-anos.ghtml>>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁶⁷ SEVERO, V. S.. A Resistência em tempos de desmanche do Estado Social: a necessidade de proteção jurídica ao trabalho humano subordinado. In: SEVERO, Valdete Souto. (Org.). *FEMARGS: 25 ANOS DE HISTÓRIA*. 1 ed. Porto Alegre: HS Editora, 2018, v. 1, p. 112-124.

⁶⁸ Sobre o tema, ver: SEVERO, Valdete Souto. *A Convenção 158 da OIT: os desafios de construir uma cultura jurídica comprometida com os tratados internacionais*. No prelo.

A Convenção no 111 da OIT, por sua vez, define como discriminação toda “distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, ou, ainda, qualquer outra distinção, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”, exatamente o que faz a “reforma” trabalhista e as alterações antes analisadas.

No mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial realizada em 1965 e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1969, vão em idêntico sentido de coibir práticas e regulações que coloquem grupos sociais em situações de flagrante desvantagem. A premissa de que trabalho decente é condição de possibilidade para justiça social e convívio democrático foi reafirmada e aprofundada na Declaração de Filadélfia, em 1944, que serviu de modelo à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948⁶⁹. Vários outros dispositivos dessa Declaração reforçam a importância das condições de trabalho para uma vida minimamente digna⁷⁰. No mesmo sentido, o PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS - PIDESC, formulado em 1966, ratificado pelo Brasil em janeiro de 1992 (Decreto nº 591/92), estabelece que os Estados devem garantir trabalho decente, elaborando “programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em *condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais*” (art. 6º)⁷¹.

⁶⁹ O Artigo 23 estabelece: 1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social. 4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁷⁰ O artigo 22, por exemplo, refere que “toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social”, exatamente o que a MP 905, na linha do que já foi a chamada “reforma” trabalhista (Lei 13.467) e a recente Lei 13.874, tenta suprimir. O artigo 25 dispõe que “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

⁷¹ No Comentário Geral nº 18, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, intérprete do PIDESC, explicita que o trabalho de que trata esse artigo é trabalho decente, razão pela qual devem ser garantidas condições de trabalho seguras e remuneração digna, capaz de garantir a subsistência da família, de erradicar o trabalho infantil e de estabelecer um parâmetro cada vez maior de proteção para quem vive do trabalho. Nele consta expressamente: “o direito ao trabalho é essencial para a realização dos outros direitos humanos e constitui uma parte inseparável

No artigo 7º do PIDESC está reconhecido o “direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e *uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção*; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) Uma *existência decente para elas e suas famílias*, em conformidade com as disposições do presente Pacto;) À segurança e a higiene no trabalho; c) *Igual oportunidade para todos* de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos”. O artigo 9º, de outra parte, reconhece “o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social”.

Esses instrumentos internacionais, somados a nossa Constituição, evidentemente não conseguem, por si só, garantir proteção adequada ao trabalho da mulher. É necessário que haja, por parte dos intérpretes aplicadores do Direito do Trabalho, uma vontade de superação da realidade de violência real e simbólica contra as mulheres, inclusive no âmbito das relações entre capital e trabalho.

271

7 CONCLUSÃO

Há uma misoginia estrutural em nossa história, que se revela na violência real e simbólica contra o corpo, a força de trabalho e a alma das mulheres. Uma cultura que acaba sendo reproduzida nas diferentes instâncias sociais e que hoje foi alçada à condição de discurso oficial do governo.

Essa circunstância nos desafia a tornar ainda mais radical a luta contra toda a forma de discriminação contra a mulher. É nesse contexto que, reconhecendo que a vitória na construção

e inerente da dignidade humana. Todo indivíduo tem o direito de ser capaz de trabalhar, e de modo que lhe garanta viver com dignidade. O direito ao trabalho contribui ao mesmo tempo para a sobrevivência do indivíduo e da sua família, e, conquanto seja o trabalho livremente escolhido ou aceito, para o seu desenvolvimento e reconhecimento dentro de sua comunidade”. Nesse comentário ainda consta: “Medidas específicas para aumentar a flexibilidade dos mercados de trabalho não devem tornar o trabalho menos estável ou reduzir a proteção social do trabalhador”. (UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. The Right to Work. General Comment n. 18, adopted on 24 November 2005. E/C.12/GC/18). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 08 dez. 2019.

de uma sociedade menos machista passa necessariamente pela educação crítica, pública e de qualidade, devemos também reconhecer a funcionalidade do uso comprometido do Direito como instrumento de resistência.

A aposta na contaminação do direito brasileiro pelas diretrizes da OIT, especialmente quando fixa patamares de convívio social que são limites à ânsia predatória do capital, é fundamental para o enfrentamento desse momento de retorno à barbárie. O primeiro passo é superar uma jurisprudência refratária à aplicação imediata e plena das normas internacionais sobre direitos humanos, fazendo valer em âmbito interno as diretrizes de proteção à mulher.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Rascismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BARROS, Thiago. *A situação da população negra no mercado de trabalho da Região do Grande ABC paulista*. Disponível em: <<http://www.esquerdadiario.com.br/A-situacao-da-populacao-negra-no-mercado-de-trabalho-da-Regiao-do-Grande-ABC-paulista>>. Acesso em: 04 out. 2018.

CASTILHO, Ela Wieko Volkmer de; OMOTO, João Akira; VIEGAS E SILVA, Marisa; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org). *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ESMPU, 2019.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização Bancária no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015.

EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016.

FEDERICI, Silvia. *O Calibã e a Bruxa*. São Paulo: Coletivo Sycorax, 2004.

FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução. Trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2019.

FEDERICI, Silvia. *Mulheres e Caça às Bruxas*. São Paulo, Boitempo, 2019.

FINCO, Daniela; GOBBI, Marcia Aparecida; GOULART DE FARIA, Ana Lúcia. (Org). *Creche e feminismo: desafios atuais para uma educação descolonizadora*. Campinas, SP:



Edições Leitura Crítica; Associação de Leitura do Brasil – ALB; São Paulo: Fundação Carlos Chagas - FCC, 2015.

MARX, Karl. *O Capital. Livro I*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELO, Elinay; BENDA, Laura. E se fossem um juiz, um presidente e um professor? In SALVADOR BEZERRA, Andre Augusto (Org). *2016: o histórico ano dos 25 anos da AJD*. São Paulo: Grapa Marketing Editorial, 2017. p. 134-8.

MÉSZÁROS, István. *Para Além do Capital*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

MIGUEL, Luis Felipe. *Dominação e resistência. Desafios para uma política emancipatória*. São Paulo: Boitempo, 2018.

OLIVEIRA, Juliana Andrade. *Fazendo a vida fazendo unhas: uma análise sociológica do trabalho de manicure*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014. Disponível em: <file:///Users/valdetesevero/Downloads/2014_JulianaAndradeOliveira_VCorr.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921 – 1929)*. Coordenação Marcus Orione, Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017.

273

SEVERO, Valdete Souto. A Resistência em tempos de desmanche do Estado Social: a necessidade de proteção jurídica ao trabalho humano subordinado. In: SEVERO, Valdete Souto.. (Org.). *FEMARGS: 25 ANOS DE HISTÓRIA*. 1ed.Porto Alegre: HS Editora, 2018, v. 1, p. 112-124.

SEVERO, Valdete Souto. *Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

SEVERO, Valdete Souto. Garantia de Manutenção no Emprego: Condição de Possibilidade da Verdadeira Negociação Coletiva. In: *Cadernos da Amatra 4*, 9a edição, out/dez 2008.

SEVERO, Valdete Souto. *O Dever de motivar a despedida: Argumentos para uma lógica comprometida com a ordem constitucional vigente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEVERO, Valdete Souto. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. (org) *Resistência III: O Direito do Trabalho diz não à Terceirização*. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A convenção nº 158 da OIT e a perda do emprego. *Jornal Trabalhista Consulex*: Brasília. Brasília, DF, n.1248, 17 nov. 2008.

TELES, Maria Amélia de Almeida; SANTIAGO, Flávio; GOULART DE FARIA, Ana Lúcia (Orgs.) *Por que a creche é uma luta das mulheres? Inquietações femininas já demonstram que as crianças pequenas são de responsabilidade de toda a sociedade*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018.



VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Terceirização e o trabalho doméstico não remunerado: imbricações além do que pode parecer. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. *Resistência III: o direito do trabalho diz não à terceirização*. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O Direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

Submissão: 16/09/2019
Aceito para Publicação: 10/01/2020



PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN PRISONS

Andre Luiz dos Santos Nakamura*

RESUMO: A possibilidade de se utilizar da concessão administrativa, modalidade de Parceria Público-Privada, para a gestão terceirizada de estabelecimentos prisionais requer muita cautela do Poder Público. Não é possível a mera importação do modelo existente nos Estados Unidos da América, em razão da vedação de delegação à iniciativa privada do exercício do Poder de Polícia. Apesar de ser possível que o parceiro privado execute as tarefas administrativas realizadas num presídio, qualquer atividade que tenha qualquer efeito no regime de cumprimento da pena do detento não pode ser terceirizada. O contrato de gestão terceirizada de presídios por meio de PPPs pode levar à queda da qualidade dos serviços prestados à população carcerária, com prejuízos ao interesse público. O trabalho do preso, em razão de norma convencional com status de norma de direito fundamental não pode ser terceirizado para a iniciativa privada.

ABSTRACT: The possibility of using the Public-Private Partnership for out sourced management of prisons requires a lot of caution from the State. It is not possible to simply import the existing model in the United States of America, due to the prohibition of delegation to the private initiative of the exercise of Police Power. Although it is possible for the private partner to perform the administrative tasks performed in a prison, any activity that has any effect on the detention penalty can not be outsourced. The outsourced management contract of prisons through PPPs may lead to a drop in the quality of services provided to the prison population, with losses to the public interest. The handiwork of prisoners, by reason of the conventional norm with status of norm of fundamental right, can not be outsourced to the private initiative.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria Público-Privada. Estabelecimentos prisionais. Poder de Polícia.

KEYWORDS: Public Private Partnership. Prisons. Police Power.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Concessões administrativas. 2. Experiência nos Estados Unidos da América. 3 Experiência brasileira na PPP prisional. 4 Atividades passíveis de serem realizadas pelo parceiro privado em razão da vedação à delegação do poder de polícia. 5 Aspectos contratuais de uma parceria público-privada no sistema prisional. 6 Trabalho do preso. Conclusão. Referências.

276

INTRODUÇÃO

O sistema prisional sempre foi, por tradição, estatal. Desde o início dos tempos, a restrição da liberdade em decorrência do descumprimento da norma jurídica sempre foi uma tarefa privativa do Estado. Entretanto, a partir dos anos 80, iniciou-se a privatização de parte do sistema carcerário nos Estados Unidos da América.

Em razão da introdução do modelo de gestão privada de unidades carcerárias no Brasil, com a implantação do Presídio de Ribeirão Neves, em Minas Gerais, faz-se necessário um estudo acerca do modelo de Parcerias Público-Privadas no sistema prisional, em especial sobre seus limites, bem como sobre suas vantagens e desvantagens.

Não se torna possível a importação do modelo norte americano sem ter em conta a disciplina constitucional vigente no Brasil. Além da necessária análise da eventual

* Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor na Universidade Paulista - UNIP e Escola Superior da Advocacia - ESA.

vantajosidade do modelo de Parcerias Público-Privadas no setor penitenciário, faz-se necessário estabelecer que atividades podem e quais não podem ou não devem ser delegadas ao parceiro privado.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, este artigo irá relatar a experiência norte americana, elencar e justificar as atividades que podem e as que não podem ser delegadas à iniciativa privada.

1 CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS

Uma forma de se administrar prisões seria por meio das chamadas concessões administrativas, espécie de Parceria Público-Privada (PPP). A concessão administrativa, prevista no art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, é aquela que poderá ser utilizada em serviços públicos onde não há a cobrança de tarifas, razão pela qual a remuneração do concessionário é paga totalmente pelo poder concedente; não havendo a cobrança de tarifa pelo concessionário, ele é remunerado totalmente pelo Estado, que é o usuário indireto do serviço prestado.

277

A Concessão Administrativa se destina à realização de obras públicas seguidas da prestação de serviços e do fornecimento de bens. Diferentemente das concessões tradicionais, a concessão administrativa pode, também, abranger atividades que não classificadas como serviço público em sentido estrito. Nesse sentido:

Vê-se, portanto, que nas concessões administrativas há um considerável alargamento da concepção de serviço público, uma vez que tal espécie de concessão poderá abarcar não somente serviços públicos econômicos, previstos no artigo 175 da Constituição Federal, tanto quanto as concessões comuns e patrocinadas, como também outras atividades não incluídas no rol dos serviços públicos econômicos, tais como serviços públicos de caráter social e utilidades relativas aos serviços públicos como função pública (neste último caso, respeitados os limites impostos pelo inciso III do artigo 4º da Lei nº 11.079/2005) (SCHIRATO, 2007)

Não se confunde a concessão administrativa com a mera empreitada de obra pública. A concessão administrativa pressupõe, ao menos, um serviço associado à execução da obra pública, sob pena de não se configurar um contrato de Parceria Público-Privada (PPP). Conforme lição da doutrina, “a *gestão global do serviço* objeto da concessão administrativa,



subordinada apenas ao cumprimento das condições contratuais fixadas, é o suficiente para o tratamento jurídico diverso (Oliveira, 2014)”. Conforme lição de Schirato:

Enquanto nos contratos de empreitada de obra pública o contratado deve simplesmente realizar a obra de acordo com as instruções e especificações impostas pela Administração Pública, após o que todos os riscos são transferidos à Administração Pública, a obra pública, no contrato de concessão administrativa, é apenas uma parcela das obrigações do particular, que deverá também prestar serviços à Administração Pública relativos à infraestrutura construída, recuperada ou ampliada pelo prazo de duração do respectivo contrato, ficando os riscos de funcionamento e solidez da obra realizada com o particular até a respectiva reversão à Administração Pública quando do término do contrato, que terá prazo de duração mínimo de cinco anos. É expressamente vedado pelo inciso III do §4º do artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 a realização de contratação de PPP para a simples execução de obra pública, na modalidade disciplinada pela Lei nº 8.666/93. (SCHIRATO, 2007).

Assim, em tese, toda atividade estatal, mesmo que não se configure como serviço público sem sentido estrito, poderia ser delegada à iniciativa privada mediante a contratação de uma concessão administrativa, desde que houvesse a efetiva gestão desta atividade. Os “serviços públicos”, em sentido amplo, passíveis de contratação de concessões administrativas são aqueles em que não existe a cobrança de tarifa ou contraprestação do usuário. Serviços como educação, saúde e gestão de estabelecimentos prisionais poderiam ser contratados mediante Parcerias Público-Privadas (PPPs), na modalidade Concessão Administrativa.

Entretanto, o encarceramento representa a manifestação mais intensa de cerceamento do Estado sobre a liberdade das pessoas¹. A contratação de Parcerias Público-Privadas no sistema carcerário demanda uma análise que não se contém somente no âmbito do Direito Administrativo. Necessário um estudo das normas constitucionais que protegem os direitos dos presos, bem como dos limites da delegação de atos relacionados ao exercício do Poder de Polícia, praticados dentro do âmbito da execução penal. A princípio, os atos que não têm relação direta com o exercício do Poder de Polícia são passíveis de delegação. Entretanto, no âmbito do sistema prisional, tal diferenciação se torna um pouco mais complexa, visto que todos os atos, mesmo os de mera gestão, se desenvolvem num ambiente de limitação de liberdade.

¹ “O encarceramento de pessoas apresenta relação direta com o poder de coerção, que consiste em uma das manifestações mais extremas do poder de polícia. Por outro lado, a gestão de estabelecimentos prisionais implica também o desenvolvimento de várias atividades de caráter meramente administrativo ou de feição objetiva, com ampla programação prévia”. (KLEIN, 2015).

2 A EXPERIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A experiência dos Estados Unidos da América em Parcerias Público-Privadas no sistema prisional é um importante referencial para que se possa analisar se seria ou não vantajoso ao interesse público a implantação do referido modelo no Brasil. Os Estados Unidos da América têm a maior população carcerária do mundo. Segundo dados no ano de 2017, os Estados Unidos tinham uma população carcerária de 2.145.100 pessoas; o Brasil ocupa a terceira posição, com uma população carcerária de 726.812 pessoas². Assim, um dos problemas orçamentários dos Estados Unidos da América é o grande custo do sistema penitenciário.

A Parceria Público-Privada no sistema prisional é vista como uma forma de diminuição dos custos estatais com o sistema carcerário. Alguns estados americanos que utilizam o sistema prisional administrado pela iniciativa privada têm um custo muito menor por preso que os Estados que adotam um sistema de gestão pública:

California is spending more than \$8 billion on corrections this year, more than 10 percent of the massive state budget. State taxpayers spend about \$133 per inmate—every day. Texas, which has the second largest inmate population after California, spends less than one-third of that amount—about \$42.50 per inmate per day. One reason Texas spends so much less than California on prisons is its extensive use of public-private partnerships. Since 1989, Texas' annual data shows its cost savings from private prisons have averaged 15 percent a year. During that time, there was not a single year in which government-run prisons matched or were below the private prison costs (GILROY; COUPAL, 2010)³.

As prisões nos Estados Unidos da América sempre foram públicas, até os anos 80, quando foi dado início a um programa de prisões privadas⁴. Nos Estados Unidos, apenas a decisão acerca de eventual punição a ser aplicada ao preso é de competência dos agentes públicos. As demais atividades, até mesmo a segurança dos presídios, é toda delegada à

² BRASIL (2017).

³ “A Califórnia está gastando mais de US \$ 8 bilhões no sistema prisional neste ano, mais de 10% do orçamento estatal total anual. Os contribuintes estaduais gastam cerca de US\$ 133 por preso - todos os dias. O Texas, que tem a segunda maior população de detentos depois da Califórnia, gasta menos de um terço desse montante - cerca de US \$ 42,50 por preso por dia. Uma razão pela qual o Texas gasta muito menos do que a Califórnia nas prisões é o uso extensivo de parcerias público-privadas. Desde 1989, os dados anuais do Texas mostram que sua economia decorrente das prisões privadas foi em média de 15% ao ano. Durante esse período, não houve um único ano em que as prisões administradas pelo governo correspondessem ou estivessem abaixo dos custos da prisão privada”. (tradução nossa)

⁴ “Privatization of prisons refers to the contracting out by the government of the operations of prisons to private companies. In the middle ages, prisons were typically private, but by the twentieth century, governments in most countries had taken over their operation”. (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997)

iniciativa privada⁵. O percentual de presos nas prisões privadas ainda é pequeno, se comparado aos que estão cumprindo pena em prisões públicas.

Os custos das prisões privadas são menores que os das prisões públicas, dentre outras razões, devido à menor remuneração paga aos agentes de segurança naquelas, se comparadas a estas. Os custos de segurança correspondem a aproximadamente dois terços dos custos de um encarceramento. Estima-se que o valor da remuneração dos agentes de segurança das prisões privadas é 15% inferior aos pagos pelas prisões públicas. Dessa forma, a contratação de agentes de segurança com menores remunerações se mostra decisivo para se diminuir os custos do sistema carcerário⁶.

Entretanto, os menores custos na remuneração dos agentes de segurança têm gerado alguns problemas ao sistema prisional americano. Agentes pouco remunerados tendem a ser menos qualificados. Foi verificado um caso em que uma empresa privada responsável pela gestão de uma prisão contratou como agentes de segurança pessoas sem qualquer experiência. O resultado foi um aumento dos casos de violência contra os presos, em razão do despreparo dos agentes de segurança, resultando numa grande rebelião⁷.

280

⁵ “In the United States today, while private companies by law are restricted from meting out punishment, and public employees are usually present even in private prisons to make decisions on issues that can be interpreted as changes in the severity of prisoners’ punishment, almost all the other activities related to incarceration can in principle be privatized. Private prisons have grown rapidly in the United States in the last decade from a capacity of about 1200 prisoners in 1985 to almost 50,000 prisoners at the end of 1994 {Thomas 1995}. Still, private prisons house only about 3 percent of the total prison population”. (HART; SHLEIFER; VISHNY,1997).

⁶ “Private prisons are perhaps 10 percent cheaper, per prisoner, than public prisons.15 The major reason for the lower costs appears to be the roughly 15 percent wage premium for public guards over private guards {Donahue 1988}. Part of the labor cost difference is that private contractors do not pay the public union wage premium; another part is that they hire lower quality work ers. Since labor accounts for two-thirds of the incarceration costs, the differences in labor costs can roughly account for the 10 percent cost saving from private prisons”. (HART; SHLEIFER; VISHNY,1997).

⁷ “While CCA private prisons in Tennessee are widely regarded as a success of private prison management, ESMOR’s detention facility in Elizabeth, New Jersey, operated for the Immigration and Naturalization Service (INS), is widely regarded as a failure, in part because a riot broke out at that facility on June 18, 1995. The ESMOR facility housed foreign nationals who were caught attempting to enter the United States illegally through Kennedy and Newark airports, and who were awaiting deportation—not exactly a hard core criminal crowd. ESMOR won the INS contract by significantly underbidding another private competitor, in part because it assumed in its bid lower wage rates for prison staff. The contract actually specified the types of workers that ESMOR was supposed to hire, but it turned out to be possible within the contract to hire as guards individuals who previously guarded goods in warehouses. With respect to training, ESMOR evidently just violated the contract: the INS reports that ESMOR “did not meet requirements of the contract” in this area. Overall, the ESMOR facility was seriously understaffed, guards did not receive enough training, guards were implicated in incidents of physical abuse of prisoners, and supervision of staff by management was lacking. When the riot broke out, the guards immediately ran away, and called the police from a pay phone. INS attributed many of the problems at the facility to ESMOR’s cutting corners, principally on labor. The evidence in the report points to the possibility of cost savings by private contractors at the expense of quality, as well as to the government’s failure to respond to explicit contract violations by the contractor”. (HART; SHLEIFER; VISHNY,1997).

Outro fator essencial para a diminuição dos custos do sistema prisional privado é a diminuição da qualidade dos serviços prestados aos presos. A qualidade dos serviços aqui referida diz respeito a prestações essenciais, como alimentação, atendimento à saúde e vestuário adequado. Também, visando à diminuição dos custos, pode ocorrer o descaso com programas de reinserção social. Por fim, é possível que a busca do lucro leve à exploração da força de trabalho dos presos. Nesse sentido:

The most controversial and interesting issues raised by private prisons concern the quality of service. Quality covers order in the prisons (security of prisoners, escapes, staff conduct toward prisoners, violence by guards and between prisoners, disciplinary procedures, etc.), amenities that prisoners receive (quality of food, health care, dental care, mental care, clothes, quality of facilities, prison work, entertainment, access to legal help, etc.), and rehabilitation (vocational training, other education, parole procedures, etc.). Objections to prison privatization typically focus on quality. To quote DiIulio {1987}, “The history of private sector involvement in corrections is unrelievedly bleak, a well documented tale of inmate abuse and political corruption. In many instances, private contractors worked inmates to death, beat or killed them for minor rule infractions, or failed to provide inmates with the quantity and quality of life’s necessities (food, clothing, shelter, etc.) specified in their often meticulously drafted contracts. (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997)⁸.

281

As prisões privadas ocasionaram um ambiente de corrupção institucional nos Estados Unidos da América. Houve o surgimento de relações impróprias entre o Poder Público e as concessionárias de serviços penitenciários. Para o agente privado, o preso é um ativo financeiro. A quantidade de presos é um fator decisivo na sua remuneração. Nos Estados Unidos verificou-se que os agentes privados atuantes no setor de presídios começaram a patrocinar as campanhas eleitorais de políticos que tinham propostas de endurecimento da legislação penal⁹. Também se

⁸ “As questões mais controversas e polêmicas decorrentes das prisões privadas dizem respeito à qualidade do serviço. Qualidade se refere à segurança das prisões (segurança dos prisioneiros, fugas, conduta dos funcionários prisioneiros, violência por guardas e entre prisioneiros, procedimentos, etc.), as utilidades que os presos recebem (qualidade de alimentos, cuidados de saúde, cuidados dentários, cuidados mentais, roupas, qualidade de instalações, trabalho penitenciário, entretenimento, acesso à ajuda legal, etc.), e reabilitação (formação profissional, outra educação, liberdade condicional procedimentos, etc.). As objeções à privatização da prisão geralmente se concentram na qualidade. Para citar DiIulio {1987}, ‘a história do privado no setor prisional é irremediavelmente sombrio, um conto bem documentado de abuso de presos e corrupção política. Em muitos casos, os concessionários privados fizeram presos trabalhar até a morte, houve relatos de espancamento e mortes por infrações de menor potencial, bem como não fornecimento aos presos da quantidade e da qualidade de insumos vitais (alimentos, roupas, abrigo, etc.), mesmo que estes estivessem especificados nos contratos”. (Tradução nossa).

⁹ “Segundo o relatório de In the Public Interest, tanto a CCA como a Geo Group fazem intenso *lobby* para tentar endurecer as leis com o objetivo último de aumentar – ou, no mínimo, manter – a população carcerária. A primeira destinou 17,4 milhões de dólares para influenciar políticos entre 2002 e 2012, segundo dados do Center of Responsive Politics, uma entidade civil. Paralelamente, também fizeram generosas doações às campanhas de

verificou que políticos e pessoas próximas destes se envolveram em casos de corrupção direta, mediante favorecimento de empresas do setor prisional¹⁰.

As prisões privadas americanas se tornaram um negócio extremamente lucrativo. As companhias se tornaram altamente rentáveis, com grande desempenho na Bolsa de Valores:

As duas maiores companhias envolvidas no atual negócio das prisões administram estabelecimentos penitenciários nos EUA, Canadá, Inglaterra, França, Alemanha, Austrália e Porto Rico. A Corrections Corporation of America (CCA) e a Wackenhut Corrections Corporations detêm 3/4 do mercado global das prisões. O market share das duas companhias corresponde a 49,32% e 25,81%, respectivamente. Segundo suas previsões, num futuro próximo ambas deveriam expandir os negócios rumo à América Latina e ao Leste Europeu. As recentes visitas de autoridades do Panamá, México, Argentina e Chile a alguns de seus estabelecimentos “dão uma medida significativa do enorme potencial de expansão do mercado global dos serviços de administração penitenciária”. Em junho de 1996, enquanto a média anual do índice Dow Jones girava em torno de 11%, as ações da CCA virtualmente dobraram o seu valor e as da Wackenhut valorizaram-se em nada mais nada menos que 155%, o que levou Wall Street a considerá-las uma ótima opção de investimento (hot stocks) (MINHOTO, 2002).

As vantagens do uso de prisões privadas têm sido contestadas. Estudos realizados nos Estados Unidos comprovam que não existe uma vantagem financeira real¹¹. Dessa forma, nem mesmo a questão da econômica de recursos pode ser considerada relevante para a adoção de um sistema prisional privado.

No ano de 2016, conforme informação de Correia (2016) o Departamento de Justiça dos Estados Unidos anunciou que pretende deixar de usar prisões privadas para abrigar presos sob custódia federal. As causas são a má qualidade da comida, do atendimento médico e

líderes políticos chave: entre 2003 e 2012, a CCA destinou 1,9 milhões a isso, enquanto a Geo Group, 2,9 milhões”. (FAUS, 2014)

¹⁰ “Finally, the choice of whether to privatize prisons depends on the importance of corruption and patronage. Patronage does not appear to be a huge problem in prison employment in the United States, since the union premium as of this writing is not large. Corruption appears to be a greater concern, at least judging from the available anecdotal evidence. To begin, private prison companies are very active politically. For instance, ESMOR evidently lobbies politicians and makes political contributions to receive contracts {The New York Times, July 23, 1995}. The wife of Tennessee governor Lamar Alexander invested early and profitably in the stock of Corrections Corporation of America, which subsequently got involved very deeply in the privatization of Tennessee prisons with the governor’s endorsement {The New Republic, March 4, 1996, p. 9}”. (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997).

¹¹ “Our conclusion is that prison privatization provides neither a clear advantage nor disadvantage compared with publicly managed prisons. Neither cost savings nor improvements in quality of confinement are guaranteed through privatization. Across the board, effect sizes were small, so small that the value of moving to a privately managed system is questionable. An empirical argument against privatization may be made based on the finding that publicly managed prisons tend to provide better skills training programs and seemed to generate fewer complaints or grievances. However, improved training programs may not result in benefits to inmates or society, and the number of grievances filed may not accurately reflect the quality of life in prison”. (LUNDAHL, KUNZ; HARRIS; VLEET, 2009).

incidentes relacionados a motins e violência. Entretanto, a política atual do Presidente da República Donald Trump de aumento do número de encarceramentos impediu o fechamento de prisões¹². De qualquer forma, não mais se avançou no modelo de prisões privadas nos Estados Unidos da América.

3 EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NA PPP PRISIONAL

No Brasil existem 32 (trinta e duas) unidades prisionais administradas pela iniciativa privada, em oito Estados brasileiros¹³. Entretanto, existem apenas duas experiências de PPPs no setor penitenciário no Brasil: a Penitenciária de Itaquitinga, em Pernambuco, e a Penitenciária de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais. O presídio de Minas Gerais está em funcionamento desde 2013 e abriga mais de 600 presos, entre regimes aberto e semiaberto. Já o presídio de Pernambuco deveria ter sido inaugurado em 2014, mas o projeto encontra-se paralisado em razão da falência do vencedor da licitação. Os demais estabelecimentos prisionais privados são administrados num modelo de cogestão que não se confunde com o modelo de PPP.

Conforme informações oficiais do Governo de Minas Gerais (2014), o contrato da PPP do Complexo Penal fixou um prazo de concessão de 27 anos, até o ano de 2036, podendo ser prorrogável até o limite de 35 anos, ou seja, até 2044. Os dois primeiros anos de concessão foram destinados à construção do empreendimento e os 25 anos restantes serão para a gestão prisional por parte da concessionária.

O projeto prevê a disponibilização de 3.360 vagas prisionais, divididas em 5 unidades prisionais, sendo três para o regime fechado e duas para o regime aberto. Foi prevista a construção de uma unidade de administração central do Complexo Penal.

O valor estimado do contrato, a valores de 2008, é de R\$ 2.111.476.080,00 (dois bilhões, cento e onze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais). O parceiro

¹² “O Departamento de Justiça dos EUA anunciou em agosto que a Agência Federal de Prisões começaria o seu processo de eliminação progressiva do uso de prisões privadas. O Departamento de Segurança Nacional, responsável pela alocação de imigrantes detidos, anunciou uma revisão do seu uso de instalações privadas. Os resultados dessa revisão ainda não estavam disponíveis até a elaboração deste relatório. A proposta do presidente eleito Trump de deter e deportar milhões de imigrantes tornaria difícil ao Departamento de Segurança Nacional fechar qualquer instalação, seja privada ou pública”. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016).

¹³ Cf. BREMBATTI, Katia; FONTES, Giulia. Presídios privados no Brasil. *Gazeta do Povo*. 14-06-2019. Disponível em: <<https://especiais.gazetadopovo.com.br/politica/presidios-privados-no-brasil/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.



privado executa os seguintes serviços: i) atendimento médico de baixa complexidade no estabelecimento penal; ii) educação básica e média aos internos; iii) treinamento profissional e cursos profissionalizantes; iv) recreação esportiva; v) alimentação; vi) assistência jurídica e psicológica; vii) vigilância interna; viii) gestão do trabalho de preso.

Cada preso tem um custo médio de R\$ 3,5 mil por mês. Metade do valor é o custo real do preso. A outra metade é referente à construção do complexo. Quando a construção for paga, o valor passa a ser o lucro da concessionária.

A remuneração do parceiro privado é vinculada à disponibilidade da vaga prisional e aos indicadores de desempenho dos serviços prestados. Os indicadores compreendem medições das atividades de assistência e apoio ao interno, bem como dos padrões de segurança praticados. São previstos como indicadores de desempenho: i) número de fugas; ii) número de rebeliões e/ou motins; iii) nível educacional dos internos.

O Poder Público permanece responsável pelas atividades de segurança armada nas muralhas e pela segurança externa a cada Unidade que compõem o Complexo Penal, bem como pela supervisão, controle e monitoramento de todas as atividades. O diretor de segurança também permanece como um agente governamental e tem exclusivamente as responsabilidades de monitorar e supervisionar os padrões de segurança da unidade, além e de aplicar eventuais sanções administrativas aos internos. O governo do Estado também se responsabiliza por administrar as transferências de internos relacionadas à unidade, vedada expressamente qualquer forma de superlotação.

284

4 ATIVIDADES PASSÍVEIS DE SEREM REALIZADAS PELO PARCEIRO PRIVADO EM RAZÃO DA VEDAÇÃO À DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

Uma das grandes questões no estudo da Parceria Público-Privada no setor penitenciário é a possibilidade ou não de delegação à agentes privados do exercício do Poder de Polícia. Sobre o Poder de Polícia, assim dispõe o artigo 78 do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A palavra “polícia” deriva das palavras grega *politeia* e latina *politia*, que, por sua vez, derivam do Grego *polis*, o que a remete noção de ordem da cidade antiga, acepção sinônima de “administração”, que permaneceu com tal conotação até o final da Idade Média, quando o termo “polícia” começou a se especializar, até que, sob o influxo de ideias liberais, por volta do século XVIII, passou a designar atividades do Estado que condicionam as liberdades individuais. Segundo a doutrina,

Poder de polícia é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública em geral, para condicionar e restringir o uso e gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado (MEIRELLES, 1972).

A restrição à liberdade imposta pela autoridade no exercício do Poder de Polícia decorre de lei. É a aplicação da lei no caso concreto. Conforme alerta de Rocha (2013, p. 487-488) “não cabe à Administração estabelecer restrição ou limitação à propriedade e à liberdade que não estejam previstos na lei”. O Poder de Polícia se fundamenta no interesse público e supremacia geral da Administração. Esta, segundo Carvalho Filho (2009, p. 79), “mantém, em relação aos administrados, de modo indistinto, nítida superioridade, pelo fato de satisfazer, como expressão de um dos poderes do Estado, interesses públicos”.

Do conceito acima, percebe-se que o exercício do Poder de Polícia é uma atividade exclusivamente estatal. Não existe a possibilidade de delegação do Poder de Polícia a agentes privados. O Supremo Tribunal Federal tem um posicionamento contrário à delegação do Poder de Polícia:

[...] a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2002).

A Lei nº 11.079/2004 adotou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que expressamente previu, no art. 4º, dentre outras diretrizes das Parcerias Público-Privadas, a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Conforme lição de Oliveira (2011), “a vedação de terceirização abrange tanto o poder de polícia em sentido amplo quanto em sentido

estrito, caracterizando sua inviabilidade pela detenção exclusiva pelo Estado do poder de coerção jurídica”. Dessa forma, em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como em decorrência do comando legal expresso acima citado, não restam dúvidas que o Poder de Polícia a ser exercido dentro do estabelecimento carcerário não pode ser delegado ao parceiro privado.

Entretanto, nem todas as atividades desenvolvidas na administração de um estabelecimento prisional são diretamente relacionadas ao Poder de Polícia. As que não tiverem qualquer relação com o exercício direto do Poder de Polícia, em regra, podem ser delegadas à iniciativa privada. Entretanto, a questão se mostra mais complexa no que se refere a algumas atividades que não se configuram como exercício do Poder de Polícia, mas são relacionadas a este.

Mesmo as atividades passíveis de delegação devem ser previamente programadas pela Administração Pública, diminuindo ao máximo qualquer atuação discricionária do parceiro privado que possa resultar em restrições à liberdade dos presos. A programação das atividades facilita o controle necessário a ser realizado pelo Estado sobre o parceiro privado. Nesse sentido é a lição de Aline Lícia Klein:

É necessária a prévia programação das atividades a serem desempenhadas pelo particular de modo objetivo, mas não podendo a própria Administração delegar integralmente as suas atribuições. A definição antecipada dos requisitos e procedimentos a serem observados no desempenho das atividades delegadas é imprescindível também para que a Administração possa exercer efetivo controle sobre a atuação do particular (KLEIN, 2015).

É pacífico que as atividades materiais de mera administração do estabelecimento prisional podem ser delegadas para o parceiro privado, bem como a construção do próprio estabelecimento prisional. Nesse sentido:

Dentre as tarefas envolvidas na execução penal, a assistência material prestada dentro do complexo prisional compreende funções como o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia. Por não apresentar quaisquer manifestações de coerção ou atividade decisória, inexistem no caso óbices constitucionais ou legais quanto à viabilidade de sua delegação à particulares. Já as atividades relacionadas com a saúde e educação também caracterizam-se como meramente administrativas nas hipóteses em que não exprimam relação direta com as condições da execução da pena, devendo-se analisar à luz do caso concreto a possibilidade ou não de delegação ao parceiro privado (MÂNICA, 2017).



Os serviços de assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa, elencados no art. 11 da Lei de Execução Penal, a princípio, poderiam ser delegados ao parceiro privado. Entretanto, não podem os parceiros privados decidirem qualquer questão resultante das atividades de assistência que tenha qualquer repercussão na pena. Conforme entendimento de Mangullo (2014), “o concessionário pode promover as aulas, as formas de trabalho, mas não poderá decidir a consequência que isso terá na pena do condenado”. Ademais, segundo Klein (2015) “uma avaliação médica que poderá embasar a progressão de regime do preso, por exemplo, adquire relevância diferenciada e deixa de ser uma atividade meramente instrumental à execução da pena”.

No que se refere à assistência social, não se pode perder de vista que ela tem uma ligação direta com a liberdade do preso. Conforme dispõem os arts. 22 e 23 da Lei de Execuções Penais, a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Incumbe ao serviço de assistência social i) conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames; ii) relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido; iii) acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; iv) promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; v) promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; vi) providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho; vii) orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima. Em razão da estreita ligação de tal atividade com a possibilidade de libertação do preso, entende-se que não pode ser terceirizada:

Quanto aos Artigos 22 e 23 e 25 a 27, referentes à Assistência Social prestada dentro e fora do estabelecimento prisional, deve ser observado, novamente, o caráter de poder decisório incumbido nos atos prestados por estes dentro do estabelecimento. Tais atividades mantêm relação direta com a progressão de pena e com as aplicações de sanções aos apenados. Por meio de relatórios e diagnósticos enviados ao juízo responsável e ao diretor do estabelecimento, bem como as demais atribuições especificadas nos incisos I a VII do Artigo 23, essa assistência pode ter caráter sancionatório, não cabendo, em regra, sua delegação ao particular (MÂNICA, 2017).

A direção do estabelecimento também deve ser pública. O diretor do estabelecimento penal, conforme dispõem os arts. 53 e 54 da Lei de Execuções Penais, pode impor ao preso as seguintes sanções: i) advertência verbal; ii) repreensão; iii) suspensão ou restrição de direitos; iv) isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam

alojamento coletivo. Também pode o diretor do presídio requerer ao juiz a inclusão do detento no regime disciplinar diferenciado. Dessa forma, não pode a direção do presídio ser realizada pelo agente privado parceiro do Estado, devendo tal atividade ser exercida por um agente público¹⁴. No Presídio de Ribeirão da Neves, optou-se pela existência de um Diretor Administrativo e um Diretor prisional, sendo este um agente público¹⁵.

A controvérsia surge no que se refere aos serviços de vigilância do estabelecimento prisional. Há entendimentos no sentido de que seria possível a vigilância privada nos estabelecimentos prisionais, tendo em vista que não se configuraria nessa hipótese a terceirização do Poder de Polícia. Haveria a mera execução de uma ordem já foi expedida pela autoridade estatal competente. Entende-se que mesmo as atividades exclusivas da administração, tais como o poder de polícia, poderia ter seus atos instrumentais ou materiais transferidos para a iniciativa privada, conforme lição da doutrina:

Nos casos em que houver atos meramente materiais e instrumentais à manifestação jurídica de competências exclusivas ou típicas estatais (preparatórios ou sucessivos), não haverá atribuição de competência decisória acerca das razões que conduzem à interferência da propriedade e liberdade dos particulares. São atividades consideradas ‘serviços instrumentais’ à manifestação jurídica do poder de polícia. Nessas condições, afirma-se a viabilidade da gestão privada. Excepcionalmente, mesmo a emissão por privado de ato jurídico (vinculado) manifestante do poder de polícia tem sido admitida [...] a transferência de atividades meramente instrumentais, e geralmente de conteúdo técnico, no desempenho de competências exclusivas do Estado é admitida em nosso direito [...] uma coisa é decidir acerca do conteúdo jurídico e político da manifestação da polícia administrativa, competência reservada indelegavelmente à Administração, outra é promover a mera execução, preparatória ou sucessiva, acerca do que foi (ou será) deliberado pela autoridade pública (GUIMARÃES, 2014)

288

Entretanto, existe entendimento diverso no sentido de que, em razão das características de um estabelecimento prisional, não haveria como se dissociar o serviço de vigilância com a eventual e potencial aplicação da violência física contra os detentos. Dessa forma, não seria possível, num sistema de prisional mediante Parcerias Público-Privadas, substituir-se agentes

¹⁴“ Por esse motivo, entende-se que a contratação de pessoal que realize funções de direção e gerência não poderá ser delegada, sendo estes, necessariamente, servidores públicos. Isto, porque detém, em seus atos, carga decisória quanto às coerções aplicadas aos reclusos e representam prolongamento da função jurisdicional típica estatal”. (MÂNICA, 2017).

¹⁵“Diferentemente dos presídios de gestão direta, a PPP possui dois diretores gerais, um público, responsável pelas funções do Estado, e um privado, maior representante do consórcio no Complexo. Além dos diretores gerais, há também dois diretores distintos para cada unidade do Complexo. Apesar de possuírem funções diferentes, há um aparente alinhamento estratégico de todo o corpo diretivo”. (CORREA, 2014)



penitenciários públicos por agentes de segurança privados, conforme lição de José Roberto Pimenta Oliveira:

Diversamente do que ocorre nas diversas repartições administrativas, nas quais a *terceirização da vigilância* pode ser legítima se observadas as limitações legais advindas da organização administrativa e do exercício da função pública, nos estabelecimentos penais, haja vista sua finalidade, não ostenta a referida atividade o mesmo caráter instrumental. Com efeito, a operação da segurança do presídio está diretamente ligada ao monitoramento dos deveres dos presos, sendo que, no cumprimento da atividade material, não raro se faz uso da coação para lograr sua execução regular. Disso resulta a vedação de substituição de agentes públicos no exercício concreto dessa atividade material. (OLIVEIRA, 2011)

De fato, em razão das características de um estabelecimento prisional, é questionável a afirmativa de que os serviços de vigilância não teriam relação com o eventual uso da força e imposição de penalidades aos presos¹⁶. Conforme acima demonstrado, o Poder de Polícia, bem como as atividades que impliquem o uso da força física contra o preso somente podem ser realizadas por agentes estatais, salvo nas hipóteses de legítima defesa ou desforço imediato¹⁷. Dessa forma, não devem os serviços de vigilância do estabelecimento prisional serem executados pelo parceiro privado. Anote-se que tal conclusão pode levar a um desinteresse da iniciativa privada pelo sistema de PPPs em matéria prisional, tendo em vista que a vigilância representa um dos maiores custos do sistema. Apenas atividades paralelas aos serviços de vigilância, como monitoramento por câmeras e fornecimento de materiais poderiam ser repassados ao parceiro privado¹⁸.

289

Ressalte-se que, por meio da Emenda Constitucional nº 104/2019, foram instituídas as polícias penais federal, estaduais e distrital. Dispôs ainda a Emenda Constitucional nº 104 que:

¹⁶ “Se o exercício da atividade de segurança do estabelecimento prisional demandar o emprego usual, frequente, de mecanismos de defesa, isso implicaria a indevida delegação de poderes públicos de coerção aos agentes privados, pois tal atuação não é incompatível com a natureza excepcional dos direitos privados de defesa” (KLEIN, 2015)

¹⁷ “Em outras palavras, o concessionário estaria habilitado a unicamente ‘abrigar’ o preso, ressalvadas, por imperativo lógico, as reações porventura decorrentes da exercitabilidade do direito de autotutela conferido ao particular em situações excepcionais, capaz de validar eventuais legítima defesa ou desforço imediato, por exemplo”. (MANGULLO, 2014).

¹⁸ “No entanto, no que tange à indelegabilidade absoluta de tarefas relacionadas à segurança dos estabelecimentos prisionais, existe o entendimento de que atividades que compreendem a segurança e monitoramento interno apresentam alguns pontos de conexão com o exercício de coerção pelo Estado, havendo, portanto, ofícios que não exprimem, diretamente, a coerção estatal. A estas, é imprescindível que se analise, de maneira específica, como se realizam tais tarefas e como se ligam ao exercício punitivo. Por isso, em relação à segurança interna, existem atividades que não geram dúvidas quanto à possibilidade de delegação, como o fornecimento de materiais e equipamentos, visto à maior efetividade dos particulares em buscar novos aparatos tecnológicos que possam garantir melhores condições de controle dos presos”. (MÂNICA, 2017)



Art. 4º O preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito, exclusivamente, por meio de concurso público e por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes.

A Emenda Constitucional nº 104/2019 transformou todos os agentes penitenciários em policiais penais. Também dispôs que o preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito exclusivamente por meio de concurso público. Dessa forma, torna-se vedado pela Constituição Federal que agentes privados exerçam a função de agentes penitenciários e, assim, a função de vigilância do estabelecimento penal deve ser mantida com os agentes policiais penais.

As atividades de manutenção da quantidade de presos, de acordo com a capacidade do estabelecimento podem ser delegadas ao parceiro privado o qual, poderia, inclusive, ter a palavra final acerca da compatibilidade ou não da quantidade de presos com a estrutura do estabelecimento penitenciário¹⁹. Atividades consistentes em levar e trazer o preso, salvo a segurança armada responsável pela segurança, poderia ser de responsabilidade do privado²⁰. Entretanto, a decisão acerca de qual será o estabelecimento prisional onde serão alocados os presos deve ser sempre de responsabilidade dos agentes públicos competentes que atuam na execução penal, não podendo tal decisão ser transferida para o parceiro privado²¹.

290

5 ASPECTOS CONTRATUAIS DE UMA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL

Um contrato de Parceria Público-Privada no sistema prisional poderia ter vários formatos. Seria possível a contratação de particulares apenas para gerir um estabelecimento

¹⁹ “Uma das atividades que pode ser delegada ao parceiro privado é a manutenção de quantidade de presos compatível com a estrutura e finalidade do estabelecimento penal. Não há qualquer impedimento para que o controle de número de presos seja realizado pelo particular. Até porque, é justamente uma das questões que não são atendidas nos presídios públicos e que, de certa maneira, justificam a concessão do serviço”. (MANGULLO, 2014).

²⁰ “O controle de entrada (e saída) dos presos pode ser vista como atividade material, já que não implica em qualquer privação direta de liberdade do preso, mas apenas uma questão da prática do recebimento de presidiários, claramente corriqueira na ‘vida’ da prisão”. (MANGULLO, 2014).

²¹ “O que, no entanto, deve ser decidido pela Administração Pública, sem possibilidade de delegação ao parceiro privado, é a qual presídio cada detento se destina, enquanto persistir um sistema administrativo híbrido de reclusão, pois somente o Estado detém o poder de decisão acerca da forma de exercício do *jus exequendi*. Não poderá, nessa medida, o particular decidir quem ele receberá”. (MANGULLO, 2014).

prisional pronto e em funcionamento. Também seria possível a contratação da construção do estabelecimento prisional pelo Poder Público, mediante regular licitação, seguida da contratação da administração do estabelecimento por um agente privado. Por fim, seria possível a contratação de um agente privado para a construção de um novo presídio, bem como para administração deste.

Para o modelo de contratação da construção seguida da administração, podem surgir problemas operacionais. Em regra, o agente privado que tem a *expertise* para obras de engenharia não o tem para a administração de um presídio. Se o ganhador da licitação for uma empresa de engenharia, muito provavelmente, ela irá terceirizar a administração do estabelecimento prisional mediante a contratação de terceiros, ao menor preço, gerando riscos na qualidade dos serviços²².

Num contrato de Parceria Público-Privada de um presídio existe uma grande possibilidade de incidência do denominado “risco moral”. O Estado tem o interesse em pagar o menor valor possível ao agente privado. Este, por sua vez, não tem qualquer estímulo para melhorar a qualidade do serviço que presta aos detentos, tendo em vista que melhorias nos serviços de saúde, alimentação e demais comodidades ao preso ocasionariam o aumento de seus custos que não seriam facilmente ressarcidos pelo Estado²³. Ao agente privado fica aberta a oportunidade de realizar alterações nos serviços prestados aos presos, diminuindo a qualidade da alimentação, conforto, saúde e ainda ter uma vantagem econômica decorrente destes atos²⁴. Nesse sentido:

In contrast, if the provider is a private contractor, he has the residual control rights over the asset, and hence does not need to get government approval for a cost

²² “Neste cenário, um dos itens propostos no contrato, pelo Estado, estabelece que a empresa que deverá construir a nova penitenciária, a Construtora, será a responsável por subcontratar o serviço de ressocialização aos detentos. No mesmo contrato, estabelece-se que outra empresa, a Administradora, seja responsável pela administração do presídio. No entanto, é razoável pensar que a Construtora não possua know-how para monitorar eficientemente o serviço de ressocialização, dando origem ao problema de *Moral Hazard* e a possibilidade de oportunismos pós-contratual por parte da empresa terceirizada, ao oferecer um serviço de qualidade inferior a desejada. Portanto, nesse cenário surge o problema do *Moral Hazard*, visto que a construtora terá dificuldades em monitorar eficientemente a qualidade dos serviços prestados pela empresa terceirizada”. (REIS; ASSIS; FERANDEZ, 2016)

²³ “Nonetheless, we also show that serious and unavoidable incompleteness remains even in the “best practice” existing contracts. Moreover, the incompleteness takes the form described in the model: contractors have an opportunity to reduce costs in ways that may lead to a substantial deterioration of quality”. (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997).

²⁴ “O Risco Moral ocorre devido ao fato de a firma possuir o conhecimento dos resultados de determinados movimentos intrinsecamente endógenos, bem como, custos e medidas administrativas, o que permite a ela modificar estes valores para obter alguma vantagem quando os contratos são definidos”. (REIS; ASSIS; FERANDEZ, 2016)

reduction. At the same time, if a private contractor wants to improve quality and get a higher price, he needs to negotiate with the government since the government is the buyer of the service. As a consequence, the private contractor generally has a stronger incentive both to improve quality and to reduce costs than the government employee has. But, the private contractor's incentive to engage in cost reduction is typically too strong since he ignores the adverse impact on quality (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997)²⁵

Mesmo que se especifiquem nos instrumentos contratuais a forma como devem ser prestados os serviços de alimentação, reeducação, assistência médica e outros que proporcionem comodidades aos presos, o Estado nunca terá o controle do que realmente é realizado dentro do estabelecimento prisional²⁶. Corre-se o risco do surgimento da denominada “seleção adversa²⁷”, ficando o parceiro público nas mãos do parceiro privado que pode executar o contrato da forma que lhe proporcionar o maior lucro, desprestigiando o interesse público²⁸.

Ademais, não se pode perder de vista que, para o parceiro privado, quanto maior for o encarceramento, maior será o lucro. Devem ser previstos no contrato formas de remuneração que premiem a progressão da pena e o desencarceramento. A previsão de remuneração atrelada

²⁵ “Por outro lado, se o fornecedor for um contratado privado, ele tem os direitos de controle residual sobre o ativo e, portanto, não precisa obter aprovação do governo para uma redução de custo. Ao mesmo tempo, se um fornecedor privado quiser melhorar a qualidade e obter um preço mais alto, ele precisaria negociar com o governo, já que o governo é o comprador do serviço. Em regra, o contratante privado geralmente tem um incentivo mais forte para melhorar a qualidade e reduzir custos do que o funcionário do governo. Mas no sistema penitenciário, o incentivo do contratante privado para se engajar na redução de custos é tipicamente muito forte, já que ele ignora o impacto adverso na qualidade” (tradução nossa).

²⁶ “When should a government provide a service in-house, and when should it contract out provision? We develop a model in which the provider can invest in improving the quality of service or reducing cost. If contracts are incomplete, the private provider has a stronger incentive to engage in both quality improvement and cost reduction than a government employee has. However, the private contractor's incentive to engage in cost reduction is typically too strong because he ignores the adverse effect on noncontractible quality. The model is applied to understanding the costs and benefits of prison privatization”. (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997).

²⁷ “A Seleção Adversa ocorre quando o governo não consegue identificar a qualidade do serviço prestado pelas empresas privadas candidatas a fornecerem o serviço, antes de o contrato ter sido assinado”. (REIS; ASSIS; FERANDEZ, 2016).

²⁸ “In sum, our model suggests that a plausible theoretical case can be made against prison privatization. This case is weakened if competition for inmates can be made effective, but strengthened by the relevance of political activism by private contractors. One instance in which the case against prison privatization is stronger is maximum security prisons, where the prevention of violence by prisoners against guards and other prisoners is a crucial goal {The New York Times Magazine 1995}. In many cases, the principal strategy for preventing such violence is the threat of the use of force by the guards. We have shown that it is difficult to delineate contractually the permissible circumstances for the use of such force. Moreover, hiring less educated guards and undertraining them—which private prisons have a strong incentive to do—can encourage the unwarranted use of force by the guards. As a result, our arguments suggest that maximum security prisons should not be privatized so long as limiting the use of force against prisoners is an important public objective. Consistent with this view, only 4 of the 88 private prisons in Thomas's {1995} census of private adult correctional institutions in the United States are maximum security. In contrast, private halfway houses and youth correctional facilities, where violence problems are less serious, are common {Shichor 1995}”. (HART; SHLEIFER; VISHNY 1997).

exclusivamente ao número de presos atendidos pode estimular comportamentos e fraudes que dificultem a progressão e a saída do preso do estabelecimento²⁹.

6 TRABALHO DO PRESO

Outro aspecto sensível é questão do trabalho do preso e das possibilidades da exploração da mão-de-obra carcerária pelo parceiro privado. Deve-se analisar a questão a partir da Constituição Federal que, no art. 5º, XLVII, “c”, determina que não haverá penas de trabalhos forçados. A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984, em seu art. 28, determina que o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Segundo o art. 31 da Lei de Execução Penal, o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Contudo, interpretando-se este dispositivo legal em harmonia com o texto constitucional, verifica-se que o trabalho é obrigatório, mas não pode ser imposto ao preso, devendo este ser estimulado a trabalhar durante o cumprimento da pena, como medida necessária à sua readaptação social, em razão da remuneração, bem como em razão da possibilidade de sanções pelo não cumprimento do trabalho. Conforme lição de Silva (2007, p 149-150), “o trabalho nas prisões deve ser estimulado, deve-se persuadir o condenado sobre a conveniência do trabalho”.

Conforme dispõe o art. 34 da Lei de Execução Penal, o trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado; o § 2º deste dispositivo legal dispõe que os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. O trabalho externo, conforme art. 36 da Lei de Execução Penal, somente poderá ser realizado em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

²⁹ “Um dos aspectos aptos a comprometer a objetividade no desenvolvimento das atividades de polícia delegadas é a vinculação da remuneração do particular aos resultados da atividade que exerce. Diante disso, faz-se necessário determinar a forma de remuneração do particular de modo que não incentive desvios de conduta”. (KLEIN, 2015)

De toda a disciplina legal acima, percebe-se que o trabalho, apesar de ser um dever do preso, não pode lhe ser imposto, muito menos por um agente privado, se aquele não quiser realizá-lo.

Logo, apesar do trabalho poder ser implantado pela iniciativa privada, através de convênios com o Poder Público, não pode o trabalho do preso ser objeto do contrato de Parceria Público-Privada para que se possa constituir em lucro para o parceiro privado, nem pode este ser autorizado a alienar a mão-de-obra carcerária para outras empresas privadas, sob pena de se criar condições para que, na prática, se instaure um regime de trabalhos forçados.

O trabalho do preso não pode ser posto à disposição de agentes privados. Tal vedação consta expressamente do art. 6º do Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27, de 1992:

Art. 6 [...]

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. *Tais trabalhos ou serviços de devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado* (grifos nossos).

294

Um tratado de direitos humanos é uma norma de direito fundamental, na forma do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de anterior à Emenda Constitucional 45/2004, o Pacto de São José da Costa Rica tem natureza de norma de direito fundamental, estando acima das leis e abaixo da Constituição Federal, com *status* de norma superlegal. Conforme voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Britto “o Pacto de San José da Costa Rica, tendo o seu fundamento de validade na Constituição brasileira (no § 2º do art. 5º), se contrapõe a qualquer norma ordinária brasileira interna³⁰”.

O Pacto de São José da Costa Rica expressamente proíbe que o Estado coloque seus presos para trabalhar para particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado. Dessa forma, totalmente inconstitucional a previsão constante do art. 10 do Projeto de Lei nº 513/2011³¹ que prevê:

³⁰ BRASIL, 2008.

³¹ BRASIL, 2011.



Art. 10. O concessionário terá liberdade para explorar o trabalho dos presos, assim como utilizar ambientes do estabelecimento penal para a comercialização de produtos e serviços oriundos desse trabalho, e dos lucros advindos será deduzida a remuneração devida, observado o disposto neste artigo.

Por fim, não se pode perder de vista que o trabalho é diretamente relacionado ao regime disciplinar. Conforme art. 44 da Lei de Execução Penal, a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Dispõe o art. 126 que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. Logo, o trabalho tem estreita relação com o regime disciplinar do preso, estando abrangido pelo Poder de Polícia indelegável à iniciativa privada.

Dessa forma, o trabalho do preso deve ser organizado pelo Poder Público, diretamente ou mediante convênio, não podendo entrar na equação econômica do contrato de Parceria Público-Privada, muito menos deve ser permitido ao parceiro privado terceirizar o trabalho do preso.

295

CONCLUSÃO

A celebração de Parcerias Público-Privadas no setor prisional não pode implicar em qualquer delegação de atividades que possam ter repercussão na pena do condenado, em razão da vedação à terceirização do Poder de Polícia.

A segurança interna do presídio, em razão das características do sistema carcerário, não pode ser realizada por agentes privados. Não há como desvincular a segurança de um estabelecimento prisional da possibilidade e necessidade de uso da força contra os presos, razão pela qual incide a vedação da delegação do Poder de Polícia. Ademais, após a Emenda Constitucional nº 104/2019, todos os agentes penitenciários foram transformados em policiais penais e estes somente podem ser contratados mediante concurso público, o que inviabiliza a transferência das atividades relativas à segurança interna no estabelecimento prisional ao parceiro privado.

O trabalho do preso, apesar de obrigatório, não pode lhe ser imposto. O Pacto de São José da Costa Rica impede que o trabalho do preso possa ser disponibilizado para agentes privados. Desta forma, seria inconstitucional qualquer previsão no contrato de concessão



administrativa de presídios a possibilidade de gestão e contabilização do trabalho do preso como forma de remuneração do concessionário.

O contrato de uma Parceria Público-Privada no sistema prisional é de grande risco para o interesse público e pode ocasionar situações em que o parceiro público não tem como controlar a execução do contrato pelo parceiro privado. Trata-se de um contrato incompleto, onde o parceiro privado terá ferramentas de diminuição de custos, em detrimento do interesse público, que dificilmente poderão ser controlados pelo parceiro público. Existirá um estímulo do parceiro privado em diminuir a qualidade do serviço prestado visando diminuir custos e aumentar os lucros. Ademais, considerando que o destinatário do serviço a ser prestado pelo privado é a população carcerária, pouco influente nas decisões políticas, dificilmente o Estado terá outro fator de análise da vantajosidade do modelo que não seja a eventual diminuição dos custos do sistema carcerário, desprezando eventual queda da qualidade de vida da população carcerária.

Por todo o acima exposto, percebe-se que, a princípio, não é a melhor escolha para o atendimento do interesse público a adoção de um modelo de parcerias público-privadas no sistema prisional.

296

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 104, de 4 de dezembro de 2019. *Altera o inciso XIV do caput do art. 21, o § 4º do art. 32 e o art. 144 da Constituição Federal, para criar as polícias penais federal, estaduais e distrital*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc104.htm#art3>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.



BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização - junho de 2016*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Senado. *Projeto de Lei nº 513, de 2011*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4320011&ts=1553274596205&disposition=inline>>. Acesso em 24 mar. 2019

BRASIL Supremo Tribunal Federal. *ADI 1717*, Relator (a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00063 EMENT VOL-02104-01 PP-00149.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 87585*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, voto do Ministro Carlos Brito. disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em 01/02/2020.

BREMBATTI, Katia; FONTES, Giulia. Presídios privados no Brasil. *Gazeta do Povo*. 14-06-2019. Disponível em: <<https://especiais.gazetadopovo.com.br/politica/presidios-privados-no-brasil/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

297

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORREA, Alessandra. Por que os EUA decidiram deixar de usar prisões privadas. *BBC News Brasil*. 27/08/2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37195944>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

CORREA, Gustavo Freitas; CORSI, Lucas Cavanha. O primeiro complexo penitenciário de Parceria Público-Privada do Brasil. *Fundação Getúlio Vargas – EAESP*. 2014. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

FAUS, Joan. O negócio sujo das prisões privadas nos EUA. *El País*. 23/01/2014. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/23/internacional/1390438939_340631.html>. Acesso em 25 mar. 2019.

GILROY, Leonard; COUPAL, Jon. The Case for Privatizing California's Prisons. *Reason*. April, 2010. Disponível em: <<https://reason.com/2010/04/14/the-case-for-privatizing-calif/>>. Acesso em 01 fev. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a teoria das atividades indelegáveis. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406



HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The proper scope of Government: theory and na application to prisios. *The Quarterly Journal of Economics*, p. 1.127-1161. November 1997. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper_scope.pdf>. Acesso em 21/01/2019.

KLEIN, Aline Lícia. A utilização de parcerias público-privadas para a gestão de estabelecimentos prisionais. IN: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 677-702.

HUMAN RIGHTS WATCH. Estados Unidos: eventos de 2016. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/country-chapters/298279>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

LUNDAHL, B. W.; KUNZ, C., Brownell, C.; HARRIS, N.; VLEET, R. V. Prison Privatization: A Meta-analysis of Cost and Quality of Confinement Indicators. *Research on Social Work Practice*, abril, 2009, 383–394. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/1049731509331946>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MANGULLO, Marcella Querino. As Parcerias Público-Privadas na atividade penitenciária. IN: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIN, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral a aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 399-415.

MÂNICA, Fernando Borges; BRUSTOLIN, Rafaell. Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 7, nº 1, 2017, p. 304-320.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Poder de polícia e segurança nacional*. In: Revista dos Tribunais, v. 61, n 445, p. 287 – 298.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, v. 55, p. 133-154, 2002.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Terceirização da Administração Pública: possibilidades e limites. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 407/464.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias Público-Privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Parcerias Público-Privadas*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 433-467.

REIS, Magnus dos; ASSIS, Rodrigo Salvato de; FERANDEZ, Rodrigo Nobre. *Desenho contratual de Parcerias Público-Privadas para presídios*. *Economic Analysis of Law Review*. V. 7, nº 1, p. 53-70, Jan-Jun, 2016

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.



SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 219-235, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49825>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição Federal*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007

Submissão: 19/09/2019
Aceito para Publicação: 10/03/2020

